

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Barbara FRELETEAU

DEVOIR ET INCOMBANCE EN MATIERE CONTRACTUELLE

Sous la direction de : Mme le Professeur Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Soutenue le 4 décembre 2015

Membres du jury :

Mme BOUCARD, Hélène

Professeur à l'Université de Poitiers, rapporteur

M. FAGES, Bertrand

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, rapporteur

M. MAZEAUD, Denis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Mme SAUTONIE-LAGUIONIE, Laura

Professeur à l'Université de Bordeaux

M. WICKER, Guillaume

Professeur à l'Université de Bordeaux

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents, sans lesquels rien n'aurait été possible
À Karim, pour son indéfectible soutien
À la mémoire de ma grand-mère

Nombreux sont ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de cette thèse. Je tiens à leur adresser à tous mes remerciements.

Je remercie tout d'abord Mme le professeur Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, dont la disponibilité, les conseils avisés, la rigueur et la confiance m'ont été si précieux.

Je remercie ensuite l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine, et notamment Mmes Jocelyne POMARÈS et Elodie CHAGNAUD, pour leur aide et assistance tout au long de cette recherche.

Je remercie aussi tout le personnel de la bibliothèque de droit privé qui, par ses compétences et sa prévenance, a largement contribué à l'accomplissement serein de ce travail.

Je tiens à remercier Annie MÉGERT et Leila ELIET pour leur précieuse assistance linguistique. Je remercie également Pauline EYSSARTIER pour ses relectures.

Je remercie enfin mes parents et Karim pour leur soutien affectif, leurs relectures minutieuses, et plus particulièrement ma mère pour sa riche contribution à la traduction de textes allemands.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

APD	Archives de philosophie du droit
BGB	<i>Bürgerliche Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin civil
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrat concurrence consommation
CE	communauté européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CO	Code des obligations (suisse)
coll.	collection
collab.	collaboration
Comp.	comparez
<i>Contra</i>	en sens contraire
CVIM	<i>Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises</i>
D.	Dalloz
D°	Décision
Defr.	Répertoire du notariat Defrénois
Dict.	Dictionnaire
Diss.	Dissertation (thèse allemande)
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Revue Droit social
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés
éd.	édition
ét.	étude
fasc.	fascicule
GP	Gazette du palais
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i> (Code de commerce allemand)
<i>Ibid</i>	référence précitée
IDA	Institut de droit des affaires
<i>In</i>	dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.-D.	Juris-data
Jcl.	Jurisclasseur
JCP A	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Administratif
JCP G	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Générale
JCP E	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise
JCP N	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Notariale
JCP S	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition Sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes

L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LJAM	Librairie de jurisprudence ancienne et moderne
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n°	numéro
n.	note de bas de page
not.	notamment
obs.	observations
op. cit.	référence déjà citée
post.	postface
préc.	précité(e)
préf.	préface
prés.	présentation
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
PUT	Presses Universitaires de Toulouse
RCA	Responsabilité civile et assurance
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et bourse
RDC	Revue des contrats
RDCB	Revue de droit commercial belge
Rép. civ. D.	Répertoire civil Dalloz
Resp. civ. et assur.	Revue responsabilité civile et assurance
Rev. Soc.	Revue des sociétés
RFD adm.	Revue française de droit administratif
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDC	Revue générale de droit civil (belge)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv. Dir. Comm.	Revue (italienne) de droit commercial
RJ Com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
s.	suivants
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	tome
TAHC	Travaux de l'association Henri Capitant
T. civ.	Tribunal civil
trad.	traduction
Univ.	Université
univers.	universitaire(s)
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i>
vol.	Volume
VVG	<i>Versicherungsvertragsgesetz</i> (Code des assurances allemand)

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
 PREMIERE PARTIE - LES NOTIONS DE DEVOIR ET D'INCOMBANCE CONTRACTUELS	 43
 TITRE I - DES CONTRAINTES COMPORTEMENTALES IMPOSÉES AU CONTRACTANT	 47
Chapitre I - Une nature commune	49
Chapitre II - Un fondement commun	105
 TITRE II - DES CONTRAINTES COMPORTEMENTALES DISTINCTES	185
Chapitre I - Un objet distinct.....	187
Chapitre II - Une finalité distincte	273
 SECONDE PARTIE - LES SANCTIONS DU DEVOIR ET DE L'INCOMBANCE CONTRACTUELS	 353
 TITRE I - LA PREPONDERANCE DE SANCTIONS PROPRES	357
Chapitre I - Les sanctions propres au devoir contractuel	359
Chapitre II - La sanction propre à l'incombance contractuelle.....	433
 TITRE II- L'EXISTENCE DE SANCTIONS COMMUNES.....	521
Chapitre I - La sanction du comportement du contractant par la fin de non-recevoir	523
Chapitre II - La sanction du comportement du contractant par la résolution du contrat.....	581
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 639

INTRODUCTION

« Les mots changent de sens, se pervertissent, s'étendent ou se réduisent, au hasard de la vie.
[...] Il importe de réagir énergiquement contre ces tendances dissolvantes, si l'on veut
maintenir à l'organisation juridique sa valeur pratique la plus essentielle »¹

1. Devoir et incombance : des concepts à l'appui de la préservation du sens technique du mot obligation. Depuis quelque temps déjà, est dénoncé un véritable abus de la part des juristes dans l'emploi du mot obligation². Notamment, le doyen CARBONNIER avait averti contre la tendance à y recourir de façon vague, soulignant que « *certaines devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'Etat et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution* »³. Or, le phénomène de moralisation du droit des contrats, favorisé par l'essor de la bonne foi objective, présente le risque d'engendrer une hypertrophie de la catégorie des obligations civiles. Cette dérive peut être évitée au regard de l'existence d'autres notions permettant de qualifier et d'encadrer les exigences purement comportementales qui s'imposent aux contractants. L'utilisation de mots distincts s'avère tout à fait utile afin de décrire des contraintes juridiques ne répondant pas en tout et pour tout aux caractéristiques de l'obligation civile, et particulièrement lorsqu'elles s'imposent dans le cadre de l'exécution du contrat. Précisément, les concepts de devoir et d'incombance correspondent à des exigences juridiquement sanctionnées, qui n'impliquent pas de prestation à exécuter, et dont le manquement s'avère peu compatible avec le prononcé des remèdes traditionnels de l'inexécution.

2. Devoir et incombance : des mots aux origines distinctes. Le mot devoir fait l'objet d'une utilisation très fréquente dans le langage courant, bien qu'il y soit souvent recouru de manière plus intuitive que raisonnée⁴. Dans un sens commun, il est à la fois un verbe transitif issu du latin « *debere* », qui signifie « *être tenu à (qqch.) par la loi, les*

¹ V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, S., 1927, n° 257.

² V. not. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, D., Paris, 1963, p. 97 : « les juristes contemporains ne se sont pas généralement servis du mot : devoir. En revanche, ils ont largement usé du mot : obligation, et on peut – comme on l'a fait en traitant des droits – critiquer, ici encore, un abus. » ; adde VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, S., 1970, p. 287 et s. : « Combien les modernes ont extrapolé, faisant servir l'obligation à une multiplicité d'usages pour lesquels elle n'était pas faite, déformant le concept, retaillant les matériaux pris dans les ruines du Corpus juris civilis avant de les réemployer » (c'est l'auteur qui souligne) ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, n° 922.

³ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922.

⁴ V. *Ibid* : « Le verbe devoir est [...] un verbe qui est plus facilement senti que défini ».

convenances, l'honneur, l'équité, la morale »¹, et un nom décrivant l'« *obligation morale considérée en elle-même, et indépendamment de son application particulière* »², tantôt saisi dans son acception générale (« *le sentiment du devoir* »)³, tantôt dans un sens plus précis comme l'obligation éthique particulière à observer (« *un, des devoirs* »)⁴. Ces définitions montrent le lien fort qui existe entre le devoir et la morale. Pour cette raison, « *les juristes ont éprouvé une certaine méfiance vis-à-vis du mot « devoir »* »⁵, et en ont laissé l'analyse aux philosophes⁶, préférant se concentrer sur l'étude des notions de droit et d'obligation⁷.

Contrairement au mot devoir, le terme incombance est inconnu du vocabulaire courant. Aucun dictionnaire de langue française n'en propose de définition. Seul le verbe transitif indirect incomber, issu du latin « *incumbere* », qui signifie « *peser sur* » relève du vocabulaire usuel⁸. Dans un sens commun, ce qui incombe s'entend de ce qui est « *imposé à quelqu'un en parlant d'une charge, d'une obligation, d'une responsabilité* »⁹. En revanche, le mot incombance a été adopté par le lexique juridique français en 2003. Il est défini comme étant la « *charge, [le] devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir* »¹⁰. Cette consécration procède de la récente découverte par quelques auteurs d'un phénomène observé depuis près d'un siècle dans des systèmes juridiques voisins¹¹. L'exemple qui en est souvent donné est celui de l'exigence qui pèse sur l'acheteur de dénoncer le vice caché de la chose auprès du vendeur, dans un certain délai à compter de la prise de connaissance de ce vice, sous peine d'encourir la déchéance du droit à la garantie contre ce vice¹².

En définitive, alors que le devoir est un concept antique dont l'étude trouve ses sources dans les écrits des philosophes moralistes, l'incombance est un terme strictement

¹ V. Dictionnaire *Le grand Robert de la langue française*, (ss dir. de) A. Rey, 2001, V° Devoir, sens 1.

² V. *Ibid*, V° Devoir, sens 2. Devoir. Ce nom est issu du mot grec *kathêkon*, également traduit en français par le terme « convenable ». CICÉRON l'a traduit en latin par *officium* (V. Dictionnaire *des concepts philosophiques*, (ss dir. de) M. Blay, Larousse in extenso, 2011, V° Devoir) ; *adde infra*, n° 3.

³ V. Dictionnaire *Le grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, V° Devoir, sens 2.

⁴ V. *Ibid*.

⁵ V ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 100.

⁶ L'étude du devoir est à ce point associée au travail du philosophe que CICÉRON s'est ainsi interrogé : « *Qui donc oserait se dire philosophe, sans dispenser aucun enseignement sur le devoir ?* », V. *De officiis*, [*Des devoirs*, (44-43 av. J.-C.)], Les Belles Lettres, 1^{er} éd., 2014, I, 5.

⁷ V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.* : « le terme même d'*obligation* est du vocabulaire du *droit* » (c'est l'auteur qui souligne).

⁸ V. Dictionnaire *Le grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, V° Incomber.

⁹ V. *Ibid*.

¹⁰ V. *Vocabulaire juridique*, (ss dir. de) G. Cornu, Ass. H. Capitant, quadriges, 10^e éd., 2014, V° Incombance.

¹¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Poitiers, 2005, n° 492 : « *Jusqu'à une époque très récente, le concept d'incombance n'a pas eu droit de cité en France* ».

¹² V. not. *Ibid* ; *adde* LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ, Droit prospectif*, n° 2, p. 703 et s. Sur cette incombance, V. *infra*, n° 153.

juridique, d'apparition plutôt récente, dont l'origine se trouve en droit étranger. Aussi, la compréhension de la notion de devoir implique-t-elle la connaissance de son appréhension au cours de l'histoire, tandis que la notion d'incombance suppose d'exposer les analyses qui en ont été proposées dans les systèmes de droit en reconnaissant l'existence.

3. Les origines de la notion de devoir dans la philosophie antique. PLATON¹ et ARISTOTE² sont les premiers à avoir pensé une morale transcendante et à avoir vu une unité tant pratique que théorique entre la morale et le Droit. Selon ces auteurs, une vie vertueuse passe par l'accomplissement d'une action juste et conduit au bonheur³. Ainsi, suivant la morale hellénique, il est pire de commettre une injustice que de la subir car le sujet fautif endure, sur le plan moral, une punition dans la conscience de sa mauvaise action⁴.

Néanmoins, « *les premières morales grecques n'ont pas de notion du devoir* »⁵. C'est un stoïcien, ZÉNON DE CITIUM, qui a inventé la notion de *kathêkon*, que CICÉRON a par la suite traduite en latin par *officium*⁶. Les stoïciens ont développé une théorie virile du devoir et du courage⁷. D'après ces métaphysiciens, le bonheur se trouve dans la vie vertueuse. Or, celle-ci suppose l'accomplissement de multiples devoirs vis-à-vis de soi-même, des autres, et du monde. Le devoir est alors défini comme étant « *ce dont la réalisation est telle que, de cette réalisation, une justification puisse être donnée* »⁸. CICÉRON a d'ailleurs été parmi les premiers à s'interroger sur la catégorisation des devoirs et à en proposer une classification en deux espèces : le devoir parfait (*perfectum officium*) et le devoir moyen (*medium officium*)⁹ : « *Le devoir parfait est le devoir absolument justifié (un acte juste), le devoir moyen celui qui*

¹ V. PLATON, *Le Gorgias*, Nathan, 2007.

² V. ARISTOTE, *Éthique de nicomaque*, trad., préf. et notes par J. Voilquin, Garnier Flammarion, 1965.

³ V. DELATTRE (M.), *Le devoir*, Paris, Quintette, 1991, p. 31 : [à propos du Gorgias de Platon] : « *L'un des problèmes centraux du dialogue porte sur le rapport entre vertu et bonheur. Dans l'esprit grec, l'idée d'un divorce possible entre ces deux qualités- qu'un homme vertueux ne soit pas heureux, ou qu'un homme puisse être heureux en ayant agi contre la vertu- apparaît comme un scandale* ».

⁴ V. PLATON, *Le Gorgias*, op. cit., p. 90 : « *le plus grand des maux, c'est de commettre l'injustice* » ; « *s'il était nécessaire que je choisisse entre subir une injustice ou la commettre, je préférerais la subir* » ; p. 100 : « *commettre l'injustice est pire que la subir, parce que c'est plus nuisible* » ; *La République*, trad. et prés. par G. Leroux, GF Flammarion, Paris, 2004, [354a] : « *l'injustice ne présentera jamais plus d'avantages que la justice* » ; ARISTOTE, *Éthique de nicomaque*, op. cit. Livre V [La justice]- Chapitre V- 18. « *L'action injuste comporte donc deux extrêmes : l'un d'eux, le moindre, consiste à subir l'injustice ; l'autre, le plus grave, à la commettre* ».

⁵ V. *Dictionnaire des concepts philosophiques*, op. cit., V° Devoir.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Les stoïciens*, trad. par E. Brehier, (ss dir. de) P.-M. Schuhl, Gallimard, 1962, p. 63 : « *Il n'y a pas un Stoïcisme, mais des Stoïciens* ». Ce courant de pensée connaît trois grandes périodes : l'ancien stoïcisme représenté par ZÉNON, CLÉANTHE et CHRYSIPPE (fin du IV^e siècle, III^e siècle avant J.-C.), le moyen stoïcisme, à travers les écrits de POSIDONIUS, PANÉTIUS et CICÉRON (I^{er} siècle avant J.-C.), et le nouveau stoïcisme, plus connu de par la notoriété de ses représentants : SÉNÈQUE, ÉPICTÈTE et MARC-AURÈLE (Empire romain).

⁸ V. CICÉRON, *De finibus*, [Des fins des biens et des maux, Livre III (été 45)], Les Belles Lettres, 1^e éd., 2002, III, 17, 58.

⁹ V. CICÉRON, *De officiis*, [Des devoirs, (44-43 av. J.-C.)], op. cit., I, 8.

est justifié sous condition (participation à la vie politique) »¹. La vertu morale stoïcienne de *fides*² – qui s’est progressivement laïcisée pour devenir la *bona fides*³ – connaîtra une grande fécondité en droit romain et jusqu’à aujourd’hui⁴. Le moyen stoïcisme a développé une morale inspirée de la pensée aristotélicienne, qui a pu directement s’introduire dans le champ juridique et politique⁵.

Ces courants philosophiques de l’antiquité ont aussi considérablement influencé la religion chrétienne.

4. L’importance de la notion de devoir dans la pensée chrétienne. Associée à la source judaïque, l’œuvre d’ARISTOTE servit de fondement pour justifier l’autorité des lois divines, des devoirs généraux que l’Homme doit observer pour plaire à Dieu, dont une liste est dressée dans le célèbre décalogue⁶. Au Moyen Âge, et notamment avec SAINT THOMAS D’AQUIN⁷, « le concept de devoir ne se saisit que dans le cadre de la pensée chrétienne et dans une perspective créationniste [.] Dieu devient, en tant que créateur de l’univers, de la loi naturelle et des dix commandements, la source ultime du devoir et la fin ultime de l’homme. La théorie du devoir devient nécessairement une théologie morale »⁸.

Cette appréhension du devoir a perduré à travers les siècles et a mené, au XVII^e, les auteurs de la philosophie moderne à en proposer une classification tripartite. En effet, THOMASIUS, PUFENDORF, CRUSIUS ou encore WOLFF ont pour point commun de distinguer des devoirs envers soi-même, des devoirs envers autrui, et des devoirs envers Dieu qui se trouvent à la charge de chaque individu⁹.

¹ V. *Ibid.*

² V. not. IMBERT (J.), « De la sociologie au droit : la « *fides* » romaine », in *Mél. H. Lévy-Bruhl*, S., 1959, p. 407 et s. ; adde FREYBURGER (G.), *Fides, Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu’à l’époque augustéenne*, Les belles lettres, 1986, p. 232 : TITE-LIVE et PLUTARQUE ont évoqué dans leurs écrits le culte que les romains vouaient à la déesse de la parole donnée *FIDES* ; LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *Rép. Civ. D.*, oct. 2014, n° 6 ; 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, 2012, n° 1.

³ V. 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*, thèse préc. n° 1.

⁴ V. *Ibid.* ; adde TRIGEAUD (J.-M.), « Convention », *APD*, S., 1990, p. 13 et s.

⁵ V. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit*, Précis D., 4^e éd., 1986, p. 82, n° 49 : « les stoïciens, survenant après Alexandre, et l’effondrement du régime de la cité grecque, se désintéressèrent du droit, cultivant surtout la morale. Sans doute le moyen stoïcisme (datant de l’époque cicéronienne) a influencé les jurisconsultes, mais c’est qu’éclectique, il véhiculait, de même que la rhétorique romaine, aussi l’enseignement d’Aristote ».

⁶ V. *La Bible, Ancien Testament, I*, trad. Œcuménique, texte intégral, Le Livre de Poche, Société Biblique Française et éd. du Cerf, Paris, 1978, *L’Exode*, Chapitre XX, *Le Deutéronome*, Chapitre V.

⁷ V. SAINT THOMAS D’AQUIN, *Du gouvernement royal*, livre II, chap. II, trad. M. Senellart, in *Machiavélisme et raison d’État*, coll. Philosophies, PUF, 1989.

⁸ V. *Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale*, (ss dir. de) M. Canto-Sperber, PUF, 2004, V^o Devoir, p. 430 ; adde CANTO-SPERBER (M.), et OGIEN (R.), *La philosophie morale*, PUF, 1^{ère} éd., 2004.

⁹ V. *Ibid.*

5. Kant ou la rationalisation du devoir moral. La théorisation et la rationalisation des impératifs moraux qui s'imposent aux hommes doit surtout beaucoup à KANT¹. Selon ce philosophe du XVIII^e siècle, la loi du devoir, que l'Homme ne peut atteindre que par la pensée, est la seule certitude qui puisse l'élever au-dessus du monde sensible. L'impératif catégorique kantien est un devoir trouvé en soi, gratuit et désintéressé. L'une des célèbres maximes du moraliste en exprime clairement le sens : « *agis de telle sorte que tu considères l'humanité dans ta personne, comme dans celle d'autrui, toujours d'abord comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* »². Le devoir de respect envers l'autre et envers soi-même, qui n'est autre que la reconnaissance de la dignité de la personne, tant dans son intégrité physique que morale, s'impose d'une façon incontournable selon KANT. Cette morale rationnelle, qui « *règne encore dans l'opinion* »³, est d'ailleurs à la base d'une certaine conception du contrat, et se retrouve à travers le « *devoir moral à tenir nos promesses, à accomplir effectivement ce que nous avons consenti* »⁴.

6. La philosophie des Lumières ou la préférence donnée à la notion de droit sur celle de devoir. À travers la philosophie des Lumières c'est surtout une idéologie libérale et détachée de la foi chrétienne qui prédomine au XVIII^e siècle, mettant en avant de nouvelles valeurs telles que la liberté, l'autonomie de la volonté et l'existence de droits individuels inaliénables⁵. En France, la notion de devoir semble alors mise au second plan, et y est nettement préférée celle de droit, qui désigne ce que l'individu peut exiger légitimement de ses gouvernants, et des autres membres de la communauté, en raison de son appartenance à la société. Cette idéologie, qui a mené à la Révolution française, influence toujours les esprits au début du XIX^e siècle. Elle est d'ailleurs au fondement de l'explication de la force obligatoire du contrat civil par les juristes du temps de la création du Code Napoléon. Cela explique que le devoir de bonne foi ne revêtait pas, à cette époque, l'importance qu'il a aujourd'hui retrouvée, et qu'il n'ait été que timidement évoqué à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil⁶.

7. La sociologie et la philosophie positiviste ou la préférence donnée à la notion de devoir sur celle de droit. Au fur et à mesure de l'affaiblissement de l'empreinte du phénomène religieux sur la société, et avec l'apparition de la sociologie et de la politique

¹ V. KANT (E.), *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, Nathan, 2010 ; *La critique de la raison pratique*, GF Flammarion, 2003.

² V. KANT (E.), *Les fondements de la métaphysique des mœurs*, *op. cit.*, p. 105.

³ V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. not. ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Garnier Flammarion, 1966.

⁶ V. not. 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*, thèse préc., n° 7.

solidariste à la fin du XIX^e siècle¹, la morale du devoir a été pensée dans le cadre de l'observation de la vie concrète des hommes en communauté, et a été rattachée à un fondement social. Ainsi, Auguste COMTE, fondateur de la philosophie positive, a plaidé pour la transformation des règles morales d'inspiration théologique en devoirs rationnels et concrets², et a prôné une morale fondée sur le « *sentiment social* »³. Selon lui, il serait nécessaire de « *remplacer spontanément, dans les débats actuels, la discussion vague et orageuse des droits par la détermination calme et rigoureuse des devoirs respectifs [...] car l'un est, au fond, purement individuel, et l'autre directement social. [...] l'un conduisant à une morale presque passive, où domine l'égoïsme ; l'autre à une morale profondément active, dirigée par la charité* »⁴.

Influencés par les avancées de la sociologie et de la phénoménologie, des juristes favorables à l'adoption d'une vision positiviste du droit ont, au début du siècle dernier, exposé des théories de l'acte juridique justifiant sa force obligatoire, non pas par la volonté des parties contractantes, mais par l'autorité du droit objectif⁵. Or, en ce qu'elle insiste sur la restriction de l'autonomie des sujets, une telle approche du phénomène contractuel conduit à l'explication de la situation de l'individu en termes de devoirs, et donc de contraintes juridiques, plutôt que de droits ou de prérogatives⁶.

Néanmoins, s'il est certain que les réflexions menées autour de la notion de devoir, de par ses liens avec la morale, ont profondément influencé la philosophie du droit et forgé l'évolution des théories portant sur la finalité de l'ordre juridique, les juristes se sont, pour leur grande majorité, désintéressés de ce terme⁷.

8. Le relatif désintérêt des juristes à l'égard de la notion de devoir. Les juristes se sont, pour une large part, montrés relativement peu intéressés par l'étude de la notion de devoir au cours des siècles⁸. Deux raisons peuvent être exposées pour justifier cette relative indifférence.

D'une part, il est clair que la dimension philosophique et morale de ce mot a pu donner le sentiment aux théoriciens du droit qu'il « *n'avait pas une rigueur suffisante pour la*

¹ V. BOURGEOIS (L.), *La solidarité*, Septentrion, 1998, spéc. ch. II, V., p. 29 et ch. III, IV, p. 39.

² V. COMTE (A.), *Cours de philosophie positive*, Hermann, 1975 ; *Discours sur l'esprit positif*, préf. J. Vrin, Paris, Librairie philosophique, 1995.

³ V. COMTE (A.), *Discours sur l'esprit positif*, op. cit., p. 179.

⁴ V. COMTE (A.), *Cours de philosophie positive*, op. cit., 57^e, II, p. 659.

⁵ V. not. DUGUIT (L.), *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, préf. F. Moderne, D., 2003 ; *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 1, Bocard, Paris, 2^e éd., 1921 ; Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, D., 1962 ; « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33 s. Pour un exposé de cette évolution, V. not. VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », in *APD, Le rôle de la volonté dans le droit*, 1957, p. 87 s.

⁶ V. not. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, t. 3, 1957, p. 1 et s., spéc. p. 2 ; adde DUGUIT (L.), *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 140 et s.

⁷ V. not. VILLEY (M.), *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit*, op. cit., p. 49 et s., n° 25 et s. ; adde TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, D., 10^e éd., 2015, n° 182 et s.

⁸ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 100.

discipline juridique »¹. Aussi les juristes préfèrent-ils depuis longtemps employer celui d'obligation, qui est indéniablement « *du vocabulaire du droit* »². Ainsi, pour certains, seule l'obligation serait une notion juridique, tandis que le devoir relèverait d'autres ordres et serait exclu du domaine légal³.

D'autre part, ces termes étant considérés comme de parfaits synonymes dans le langage courant⁴ – ce que rappellent nombre d'auteurs⁵ – l'assimilation de leur sens justifie également le manque d'attention de la doctrine à l'égard de la notion de devoir⁶. Ces termes sont souvent présentés comme étant équivalents, y compris dans une acception technique⁷.

Or, ces réticences à user du terme de devoir emportent une conséquence particulièrement paradoxale car elles engendrent une déformation du sens du mot obligation, alors que c'est précisément un objectif de précision terminologique qui semblait, à l'origine, justifier le recours à cette notion plutôt qu'à celle de devoir.

Dans son sens technique précis, l'obligation civile est un lien de droit unissant le créancier au débiteur en vertu duquel le second doit exécuter une prestation au bénéfice du premier⁸. Des auteurs distinguent clairement le devoir de l'obligation ainsi comprise, et le

¹ V. *Ibid* : « *c'est un fait que le mot « devoir » n'avait pas conquis droit de cité dans la langue juridique, alors que, depuis longtemps les moralistes se servaient sans cesse de ce terme, en précisant qu'il existait des devoirs envers la cité, etc. Il est incontestable que le mot devoir avait une connotation morale* ».

² V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.* (C'est l'auteur qui souligne) : « *L'obligation est cantonnée dans une sphère étroite* » ; adde PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989, p. 14.

³ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, D., 11^e éd., 2013, n° 1 : « *Les exigences les plus diverses pèsent sur les hommes : d'ordre moral ou religieux, d'ordre social ou politique, d'ordre logique... Exigences en forme de devoirs : à l'égard de la divinité, à l'égard de soi-même, à l'égard des autres. A l'évidence, ces obligations ne relèvent pas toutes du domaine du droit. Si le juridique se rattache au normatif, tout ce qui est normatif ne se traduit pas en règles de droit* » ; adde MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 5 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Paris, 2000, n° 148 ; YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », in *Mél. Schöenberger*, Fribourg, 1968, p. 163 et s. ; DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, t. 43, 1999, p. 259 et s. : l'auteur considère que le devoir est une exigence comportementale à l'« *état primaire* » (non juridique) qui une fois monté à la vie juridique devient une obligation (« *le devoir est moins précis et moins juridique que l'obligation* »).

⁴ V. *Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, V^o Devoir.

⁵ V. not. CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours D., 11^e éd., 2014, n° 1 : « *Dans le vocabulaire courant, on entend par obligation tout devoir qui pèse sur une personne.* » ; adde BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014, n° 1 : « *Le terme « obligation » revêt plusieurs sens distincts quoique apparentés. Dans le langage courant, il désigne de manière très générale tout devoir auquel le citoyen est astreint en vertu des règles les plus diverses : on parle des obligations morales, des obligations religieuses,...* » ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 1 ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, I- L'acte juridique*, D., 16^e éd., 2014, n° 38.

⁶ V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.*

⁷ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o Devoir, sens 1 : « *Souvent syn. d'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex. devoir de réparation à la charge du responsable)* ».

⁸ V. *Ibid*, V^o Obligation, sens 2 : « *En un sens technique, fassse passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat*

qualifient de « *règle de comportement* »¹. Une place semble ainsi reconnue à la notion de devoir juridique.

9. Une place reconnue à la notion de devoir juridique. Tel que précédemment défini, le devoir présenterait l'utilité de décrire une exigence de comportement pesant sur l'individu et sanctionnée par les pouvoirs publics, se distinguant techniquement d'une obligation civile *stricto sensu*. Différencié de l'obligation civile, le devoir ne serait pas pour autant rejeté du domaine du droit puisqu'il se trouverait assorti d'une sanction étatique. En ce sens il s'apparenterait d'ailleurs à la règle de droit, puisque celle-ci n'est autre qu'une règle de conduite pourvue d'une sanction émanant du groupe social². Néanmoins, et en raison de sa connotation philosophique, la notion de devoir juridique semble plus spécifiquement apte à qualifier des règles de droit qui ne sont pas moralement neutres, mais qui, au contraire, correspondent à l'idée de justice et qui tendent à assurer la réalité de cette vertu sur le plan des relations sociales³.

Et précisément, le droit a pu transcrire en son langage le devoir de respecter la personne, dans son intégrité tant physique que morale.

Ainsi, tout d'abord, le droit pénal sanctionne divers types de manquement au devoir de ne pas porter injustement atteinte à la personne d'autrui⁴. Ce principe trouve également sa

(obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (obligation quasi-contractuelle), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (obligation délictuelle ou quasi-délictuelle), soit de la loi (obligation légale) ».

¹ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013, n° 1. Dans les éditions antérieures, ces auteurs définissaient le devoir comme « une prescription de comportement assez vague (une « attitude » à avoir : être diligent, ne pas nuire, etc.) qui incombe à chacun, avec des nuances diverses selon son statut social, et dont tous peuvent se prévaloir » ; adde STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 148 : « Le devoir est de l'ordre des généralités, l'obligation est de l'ordre du concret, du spécial » ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 14 : « Le devoir est une directive, une notion à contenu indéterminé » ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, vol. II, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 922 : « Dans toute obligation il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation. Pour être au sens technique une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé » ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, t. I - L'acte juridique, op. cit.*, n° 38.

² V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Règle, sens 1 : « Règle de droit : désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) » ; adde RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 6 : « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique « grâce à une injonction plus énergique et à une sanction nécessaire pour le but à atteindre ». Elle s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique. » ; TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 7 et s.

³ V. not. JESTAZ (Ph.), « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1983, p. 334 et s. : « La règle de droit côtoie la règle morale lorsque le résultat juridique à atteindre passe très directement par le perfectionnement moral de l'individu. L'exemple presque d'école en est fourni par les codes de déontologie, qui d'ailleurs se présentent officiellement comme des codes de conduite ».

⁴ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.* p. 51 : il existe « un devoir général, qui pèse sur tous les hommes, de ne pas porter injustement atteinte à la vie d'autrui » ; adde STARK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2000, n° 991.

sanction en droit civil. En effet la règle de l'article 1382 du Code civil implique l'existence d'un devoir de ne pas causer un dommage à autrui par sa faute¹. En outre, si l'individu doit respecter l'intégrité physique d'autrui, il doit également respecter ses droits, il ne doit pas y porter atteinte. Ainsi, DABIN a pu mettre en avant l'existence d'un « *devoir général du respect du droit d'autrui* »².

De plus, d'autres concepts dérivés de celui de faute³, tels que l'abus de droit⁴, ou la fraude⁵, expriment différentes formes de manquements du sujet à un comportement qui est attendu de lui. Des standards tels que « *l'homme raisonnable* »⁶, ou les notions de bonne foi⁷, et de loyauté⁸, sont autant d'expressions de l'exigence de droiture posée par le système juridique à l'égard du sujet.

Enfin, il est possible de déceler « *une somme considérable de devoirs créés par l'ordre juridique, soit légal, soit coutumier* »⁹. Au-delà des devoirs généraux déjà évoqués, en existent d'autres qui pèsent sur « *toute personne remplissant certaines conditions personnelles ou circonstanciées* »¹⁰. Par exemple, la famille vis-à-vis de la personne protégée¹¹, les époux l'un envers l'autre¹², ou encore les enfants à l'égard de leurs parents¹³, ont des devoirs plus précisément définis, et liés à leur qualité. Ces normes comportementales ont certes leur pendant naturel dans l'ordre moral, mais sont prises en compte par l'ordre étatique qui les assortit d'une sanction juridique. Reconnus et encadrés par le droit, ces devoirs ne relèvent plus seulement du domaine de la morale.

¹ V. *Ibid* ; adde MICHAELIDES-NOUARIOS (G.), « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.*, 1966, p. 216 et s., spéc. p. 229.

² V. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, D., Paris, 1952, p. 96.

³ V. not. VOUIN (R.) et ROBINO (P.), *Droit privé civil et commercial, t. 2, Les biens, Les obligations, Les contrats*, PUF, 1960, p. 575. Que ce soit en matière pénale ou en matière civile, la violation du devoir renvoie à la notion de faute, qui correspond à l'idée de responsabilité – voire de culpabilité – dont la sanction permet de rétablir la *justice commutative* dans le rapport concerné (V. ARISTOTE, *Éthique de nicomaque, op. cit.*, Livre V [La justice]- Chapitre II- 12).

⁴ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.* p. 53 : « *Il n'y a guère de droits qui ne s'accompagnent au moins d'un devoir d'après la jurisprudence contemporaine, à savoir le devoir de ne pas abuser de son droit, de ne pas en user dans une pensée illégitime pour nuire à autrui plus que pour satisfaire à des intérêts sérieux* » ; adde DABIN, *Le droit subjectif, thèse préc.*, spéc. p. 293 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*

⁵ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 132 s. : L'auteur démontre qu'il existe « *un devoir de ne pas commettre de fraude paulienne* ».

⁶ V. RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 163 : « *Le bon père de famille c'est l'honnête homme. Puisqu'il s'est engagé envers autrui, il s'acquittera le mieux qu'il pourra de son obligation. Être volontairement négligent c'est être coupable* ».

⁷ V. *Ibid*, n° 162 : « *le créancier et le débiteur d'une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'un envers l'autre* ».

⁸ V. PICOD, (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 13 et s.

⁹ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », *art. préc.*, p. 163 et s.

¹⁰ V. *Ibid*.

¹¹ V. art. 415, al. 4, C. civ. : « *[la protection de la personne] est un devoir des familles et de la collectivité publique* ».

¹² V. art. 212 C. civ. : « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.* ».

¹³ V. art. 310 C. civ. : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère.* ».

Par ailleurs, la notion d'incombance, se heurte également, pour sa reconnaissance, au concept d'obligation. Une conceptualisation en a été proposée dans des systèmes de droit voisins, et notamment en droit allemand. Ce dernier connaît, en effet, au-delà des « *Pflichten* », l'existence d'« *Obliegenheiten* ».

10. La conceptualisation de l'incombance – « *Obliegenheit* » – en droit civil allemand. La notion d'incombance trouve son origine en droit allemand sous le nom d'« *Obliegenheit* »¹. Initialement, ce mot relève du langage courant et désigne la « *tâche qui incombe à quelqu'un* »². Dans un sens juridique, il a été utilisé dès le début du XX^e siècle en droit des assurances³, pour qualifier les diverses déclarations et démarches qui s'imposent à l'assuré à l'égard de l'assureur sous peine de déchéance du droit à indemnisation en cas de survenance du sinistre⁴. Puis, dans les années 1950, Reimer SCHMIDT a proposé une analyse globale de ce concept en droit privé allemand afin de convaincre de son utilité dans la science du droit⁵. Il s'est évertué à en comprendre le sens juridique précis, et notamment à distinguer clairement les « *Obliegenheiten* » des « *Pflichten* », c'est-à-dire des obligations civiles *stricto sensu*⁶. L'auteur a remarqué que le mot « *Obliegenheit* » possède « *une nuance plus conciliante* » que le mot « *Pflicht* »⁷. Il voit précisément dans les « *Obliegenheiten* » des « *contraintes de moindre intensité contraignante* », en ce qu'elles ont la double particularité

¹ V. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, Paris, 1992, n° 579 : « *Le droit allemand connaît une forme édulcorée d'obligations, les Obliegenheiten que l'on peut définir comme étant des obligations (Pflichten) de moindre intensité. Alors que le droit français ne connaît qu'une notion, celle d'obligation, le droit allemand recourt aux deux concepts de Pflichten et d'Obliegenheiten* ».

² V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, Verlag « Versicherungswirtschaft », Karlsruhe, 1953, p. 102.

³ V. not. AMTHOR (F.), *Die versicherungsrechtliche Obliegenheit*, Hamburg, Univ., Diss., 1923 ; adde ARENS (J.), *Zum Wesen der Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Dortmund, Lensing, 1940 ; KERN (A.), *Die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten*, St. Gallen, Rohner, 1949 ; KLINGMÜLLER (E.), « *Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung* », in *AIDA*, 2. Veltkongress für Versicherungsrecht, IV, Karlsruhe, 1967, p. 77 et s. ; SCHIRMER (H.), « *Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten* », in *Festschrift für Reimer Schmidt*, Karlsruhe, 1976, p. 821 et s. ; SCHÜTTE (U.), *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Francfort, 1991 ; SIEG (K.), « *Auskunftspflichten und – obliegenheiten des Versicherungsnehmers* », *Zeitschr. Für die ges. Versicherungswissenschaft*, 1993, p. 325 et s.

⁴ Il s'agit notamment de la déclaration du risque à la conclusion du contrat (VVG §§ 16-22), de la déclaration des modifications du risque (VVG §§ 23-29a), de la déclaration du sinistre et de la fourniture de renseignements (VVG §§ 33-34), ou encore des nécessités de faire connaître l'existence d'autres assurances (VVG § 58) et de prévenir ou atténuer le dommage subi à l'occasion d'un sinistre (VVG § 62).

⁵ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, thèse préc., p. 103 : « *La présente recherche montrera, tout d'abord, s'il existe un véritable groupe de contraintes de moindre intensité contraignante, et s'il est utile, pour le côté pratique, en dehors de tout prétexte scientifique, d'introduire, pour un tel groupe, un concept d'ordre juridique, et si, enfin, lorsque ces conditions sont posées, le mot incombance est approprié* ». (Pour une recherche précédente, V. SCHMIDT (H.), *Die Rechtsnatur der Obliegenheiten im Privatversicherungsrecht*, Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle, 1939).

⁶ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, thèse préc., p. 103 : « *La question se pose de savoir si le mot incombance peut être utilisé en tant que notion d'ordre juridique en raison de son sens d'usage dans le langage courant. [...] Les mots, qui sont devenus des concepts techniques de sciences particulières n'ont, comme chacun sait, pas seulement acquis une signification souvent particulière déjà sous-jacente dans son acception courante, mais des changements de significations se sont en partie surimposés* ».

⁷ V. *Ibid*, p. 102 à 103.

de ne peser sur le sujet que dans son propre intérêt¹, et de ne donner lieu, en cas de manquement, qu'à « *une sanction amoindrie* »². En effet, la partie adverse ne peut pas exiger l'exécution forcée de la contrainte, ni même réclamer des dommages-intérêts à titre de réparation³. Une fois ces caractéristiques identifiées – et à défaut de pouvoir se fonder sur les termes légaux en l'absence de consécration du concept par le législateur⁴ – l'auteur dispose alors des bases lui permettant de rechercher d'autres manifestations de ce phénomène dans l'ensemble des branches du droit privé⁵. Ainsi, il a notamment proposé de qualifier d'« *Obliegenheit* » l'exigence mise à la charge de l'acheteur dans une vente commerciale par le § 377 HGB, de procéder sans retard à l'inspection de la marchandise reçue et de dénoncer immédiatement toute défectuosité au vendeur⁶. Relèverait également d'une telle catégorie juridique la contrainte imposée à la victime de minimiser son dommage⁷.

Les résultats de cette recherche ont été accueillis positivement par la grande majorité des auteurs allemands. En effet, la plupart des juristes germaniques qui s'interrogent sur la nature juridique – « *Rechtsnatur* » – des « *Obliegenheiten* », voit en ces exigences, non des obligations susceptibles d'action en exécution forcée, mais de simples conditions – « *Voraussetzungen* » – mises à l'obtention de la prestation attendue par le contractant qui y est soumis⁸. Une telle analyse ne fait toutefois pas l'unanimité en droit allemand.

11. La discussion du concept d'« *Obliegenheit* » en droit allemand. La spécificité du concept d'« *Obliegenheit* » a notamment pu être contestée par M. PRÖLSS, spécialiste du droit des assurances⁹, qui voit dans les différentes contraintes pesant sur

¹ V. *Ibid.*, p. 104.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*, p. 102 : l'auteur observe que « le BGB n'emploie le mot *incompliance* qu'une seule fois dans le § 2217 I 1 pour décrire les devoirs de l'exécuteur testamentaire. (Le verbe *incompliance*, par contre, revient très souvent dans le Code civil) ».

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. not. *Ibid.*, p. 187 et s. ; adde FIKENTSCHER (W.), *Schuldrecht*, W. de Gruyter Lehrbuch, 9^e éd., 1985, p. 56 : l'auteur classe plus exactement cette règle parmi les « charges » – « *lasten* » – mais leur définition est similaire à celle proposée pour les *incompliances* : « *Les charges sont des activités qu'on ne doit certes, pas absolument accomplir, mais dont l'inobservation entraîne cependant des inconvénients juridiques pour celui qui ne s'y soumet pas* » („Lasten sind Tätigkeiten, die man zwar nicht von Rechts wegen vornehmen muss, deren Nichtbefolgung aber Rechtsnachteile mit sich bringt“) ; LARENZ (K.), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Verlag, C.H. Beck München, 1985, p. 205.

⁷ V. not. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, thèse préc., p. 105 et s. ; adde ESSER (J.), *Schuldrecht*. Band I. *Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1968, p. 30 et s. (Sur cette question, V. *infra*, n° 240 et s.).

⁸ V. not. KLINGMÜLLER (E.), „Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung“, *art. préc.* ; KÜHBORTH (G.), *Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung beim und nach eines Versicherungsfalles*, Francfort, 1988 ; SCHIRMER (H.), „Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten“, *art. préc.* ; SCHÜTTE (U.), *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, *op. cit.* ; SIEG (K.), „Auskunftspflichten und – Obliegenheiten des Versicherungsnehmers“, *art. préc.*

⁹ V. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, Verlag C.H. Beck München, 14^e éd., 2010.

l'assuré de véritables obligations – « *echten Pflichten* »¹. Cet auteur réfute l'existence d'un réel critère de distinction entre l'incombance et l'obligation².

Tout d'abord, ce partisan de la théorie de la responsabilité – « *Verbindlichkeitstheorie* »³ – considère que l'absence d'exécution forcée ou de droit à des dommages-intérêts ne remet pas en cause sa véritable nature d'obligation⁴. Selon l'auteur, l'exécution forcée ne serait pas de l'essence de l'obligation, et les dommages-intérêts peuvent très bien être prévus, leur absence étant en réalité expliquée par l'existence d'autres sanctions tout aussi profitables à l'assureur⁵.

Ensuite, selon l'auteur, il serait faux de distinguer l'incombance de l'obligation en raison de l'intérêt dans lequel elle est accomplie, car l'exécution d'une obligation serait également dans l'intérêt du débiteur afin d'éviter la sanction liée à l'inexécution⁶.

Enfin, il souligne que les parties ont la liberté de stipuler dans leur contrat ces « *soi-disant incombances* »⁷, qui peuvent ainsi, tout comme les obligations, être de source contractuelle⁸. Cet argument montre clairement l'association opérée consciemment ou

¹ V. *Ibid*, spéc. § 19, n° 30 : « l'obligation d'information [de l'assuré vis-à-vis de l'assureur] était auparavant, comme d'autres règles de bonne conduite, caractérisée comme une soi-disant incombance, qui doit se distinguer d'une obligation « véritable » » („Die Anzeigepflicht wurde früher wie andere den VN treffende Verhaltensregeln von der h. M. als sog. Obliegenheit charakterisiert, die sich von einer „echten“ Pflicht unterscheiden soll“).

² V. *Ibid*, spéc. § 28, n° 38, 4 : « Il n'y a pas de critères d'appréciation dans un sens ou dans un autre » („Es gibt aber keine Kriterien für eine Auslegung im einen oder anderen Sinne.“).

³ V. *Ibid*, spéc. § 28, n° 38, 4.

⁴ V. *Ibid*, spéc. § 19, n° 30 : « Le fait que l'assureur ne puisse pas exiger les réponses à ses questions, n'empêche pourtant pas de considérer qu'il s'agit bien d'une obligation... L'assuré doit toujours répondre correctement (« obligation de vérité »). Également, le fait que le comportement maladroit de l'assuré ne soit pas sanctionné par des dommages-intérêts n'a aucune portée » („Dass der Versicherer die Beantwortung seiner Fragen nicht verlangen kann, spricht nicht gegen die Annahme einer Pflicht ... da der VN, der antwortet, immerhin korrekt antworten muss („Wahrheitspflicht“). Desgleichen spielt es keine Rolle, dass das Fehlverhalten des VN nicht gerade durch Schadensersatzansprüche“). Pour les arguments à l'appui d'une démonstration contraire, V. *infra*, n° 51 et s.

⁵ V. *Ibid* : « De même, il n'est pas question que sa violation ne puisse pas fonder une demande de dommages-intérêts [...] parce que c'est seulement le fait que l'assureur dispose d'autres sanctions (et plus favorables pour lui) librement accordées, qui implique qu'on le dispense de la protection d'une demande de dommages et intérêts » („Desgleichen spielt es keine Rolle, dass ihre Verletzung nicht ohne Weiteres einen Schadensersatzanspruch begründet [...] denn dies beruht nur darauf, dass dem Versicherer andere (und für ihn günstigere) Sanktionen (Leistungsfreiheit) zugestanden werden, die ihm die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch ersparen.“).

⁶ V. *Ibid*, spéc. § 28, n° 38, 4 : « Cela aussi n'implique pas que l'assuré doit suivre les différentes incombances seulement dans son propre intérêt [...] D'ailleurs, on pourrait considérer que toutes les obligations sont dans le propre intérêt du débiteur de les remplir (par exemple, pour éviter la sanction encourue en cas de manquement » („Daraus folgt auch nicht, dass der VN die Obliegenheiten anders als Pflichten lediglich im eigenen Interesse zu befolgen hat [...]. Schliesslich könnte man jede Pflicht als eine im Eigeninteresse des Schuldners (nämlich zur Vermeidung der Sanktion ihrer Verletzung) zu befolgende Verhaltensnorm begreifen.“). La limite d'un tel argument sera vue plus loin : V. *infra*, n° 51 et s., et 228 et s.

⁷ V. *Ibid*, spéc. § 19, n° 30 („Die sog. Obliegenheiten“) ; *adde* ESSER (J.), *Schuldrecht*. Band I. *Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 30.

⁸ V. *Ibid*, spéc. § 28, n° 38, 4 : « les parties sont libres de convenir des normes de conduite auxquelles l'assuré est soumis, sous peine de perte de la couverture d'assurance, comme les "vraies" obligations légales » („steht es den Parteien frei, Verhaltensnormen, denen der VN bei Meidung des Verlustes des VersSchutzes unterliegen soll, als "echte" Rechtspflichten zu vereinbaren“).

inconsciemment par les auteurs, entre le contrat et l'obligation. Le contrat ne donnerait naissance qu'à des obligations, ainsi toute contrainte existant à l'occasion de l'exécution du contrat serait nécessairement une obligation¹.

Découvert dans d'autres systèmes juridiques voisins, et traduit en français par les suisses romands, ce concept a également pu y faire l'objet de débats.

12. La conceptualisation de l'incombance en droit civil suisse. La notion allemande d'« *Obliegenheit* » est connue en droit suisse sous le terme d'« *incombance* »², issu du langage courant genevois³, qui est synonyme de « *charge, inconvénient, conséquence désagréable ; de l'italien incombanza, charge* »⁴. Selon les juristes helvètes, les incombances désignent « *le comportement qu'une partie doit avoir à l'endroit de l'autre, en plus de ceux qui découlent directement de sa prestation* »⁵. Il s'agit du comportement que doit adopter une personne pour éviter un désavantage, et non d'une obligation au sens technique, car celui qui refuse ou omet d'agir ne peut pas être contraint mais perdra seulement le bénéfice de certains droits⁶. En droit suisse, l'incombance désigne principalement l'impératif pour un contractant de déclarer à son partenaire les défauts éventuels de la chose acquise ou de la prestation accomplie, dans un certain délai, sous peine de perdre le droit de s'en prévaloir ultérieurement⁷. Sont aussi donnés comme exemples les nombreuses informations à la charge de l'assuré à l'égard de l'assureur⁸, ainsi que l'incombance de l'employeur de donner avis au travailleur des défauts de sa prestation au plus tard dans la semaine suivant la livraison de l'œuvre à défaut de quoi « *le travail est considéré comme accepté* », ce qui prive l'employeur

¹ Pour une démonstration contraire V. *infra*, n° 67 et s.

² V. not. VON THUR (A.), *Partie générale du CO*, 1^{er} vol., trad. M. de Torrente et E., 2^e éd., revue et complétée par E. Thilo, éd. Imprimerie centrale, 1933, p. 10 : « *il ne faudrait pas parler de devoirs, mais de « ce qui incombe* » (*Obliegenheit*, charge, soin) au preneur d'assurance ou à l'assuré » ; *adde Dictionnaire juridique français-allemand et allemand-français*, (ss dir. de) R. Piccard (R.), E. Thilo, et E. Steiner, Zurich Schulthess et CO A., 1950, I, 283 ; MERZ (H.), *Droit des obligations*, Partie générale, t. 1, Introduction, Genève, Caractéristique principales, l'obligation, trad. P. Giovannoni, éd. univers. Fribourg, Suisse, 1993, § 8, p. 50 et s.

³ V. *Glossaire genevois ou recueil étymologique des termes dont se compose le dialecte de Genève avec les principales locutions défectueuses en usage dans cette ville*, Genève et Paris, 2^{ème} éd., 1827, V° Incombance.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. TERCIER (P.), *La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, Zurich, 1988, n° 306, p. 42 ; *adde* ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, Staempfli Editions SA, Berne, 1997, p. 15 ; GAUCH (P.), SCHLUEP (W.R.) et TERCIER (P.), *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, t. 1, Schulthess, Zurich, 1982, n° 108.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. TERCIER (P.), *Le droit des obligations*, Schulthess, 3^e éd., 2004, n° 3518 ; ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, *op. cit.*, p. 447 ; CHAUDET (F.), *Droit suisse des affaires*, collab. A. Cherpillod, Bruylant/ Helbing et Lichtenhahn, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 2140.

de tout recours¹. Est également ainsi qualifiée, dans un contrat de courtage, la preuve rapportée par le courtier que son intervention a procuré le résultat escompté afin d'être payé².

Cependant, même en droit suisse, l'autonomie conceptuelle de l'incombance est controversée. Selon M. GUGGENHEIM il s'agirait d'une « *obligation accessoire* »³, car il n'existerait pas de critère valable pour distinguer les incombances des obligations au sens strict. L'auteur a notamment avancé que la contrainte qui pèse sur le créancier de « *faire le nécessaire* » pour que le débiteur exécute au mieux sa prestation « *peut très bien être qualifié[e] d'obligation accessoire* », car « *dans un contrat bilatéral le créancier réunira la double qualité du créancier et du débiteur* »⁴.

Ces quelques réticences n'ont cependant pas empêché cette notion d'être encore remarquée et étudiée dans d'autres systèmes juridiques voisins.

13. La découverte progressive de l'incombance dans d'autres systèmes juridiques voisins. La notion d'« *Obliegenheit* » a été remarquée aux Pays-Bas, où elle a été traduite par le terme « *last* »⁵. Mais c'est surtout en Belgique, et grâce aux travaux de M. FONTAINE, que la notion d'incombance a particulièrement retenu l'attention⁶. En effet,

¹ V. art. 353 CO. Sur cette incombance, V. ENGEL (P), *Traité des obligations en droit suisse, op. cit.*, p. 419, n° 4.

² V. not. ENGEL (P), *Traité des obligations en droit suisse, op. cit.*, p. 521, n° 5 ; adde CHAUDET, (F.), *Droit suisse des affaires, op. cit.*, n° 2088.

³ V. GUGGENHEIM (D.), *Le droit suisse des contrats, principes généraux, t. 2, Les effets des contrats*, éd. Georg, 1995, p. 221 et s.

⁴ V. *Ibid*, spéc. p. 221, n. 2. L'auteur évoque les règles spéciales qui ont été édictées aux art. 91 à 96 CO suisse. Il distingue trois types d'« obligations accessoires » : l'« *acte préparatoire* » nécessaire à l'exécution de l'obligation – par ex. en droit du travail, les diverses autorisations que l'employeur doit obtenir préalablement à l'exercice de son activité – ; les « *actes qui intéressent l'exécution elle-même* », c'est-à-dire les actes « *qui exigent le concours du créancier au moment de l'exécution* » – par ex., la prise de livraison de la marchandise par l'acheteur ; les « *actes qui facilitent l'exécution* », c'est-à-dire « *ceux qui ont lieu en relation avec la prestation du débiteur* » – par ex. la confection d'une quittance.

⁵ V. STORME (M. E.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport néerlandais », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 163 et s. : « *le fait d'être « tenu » à des mesures d'investigation ou à des renseignements n'est [...] pas tellement un « devoir » ou une « obligation », mais plutôt une « Obliegenheit », une « charge »* ».

⁶ V. not. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-La Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151 et s. : « *Le concept d'Obliegenheit pourrait être accueilli dans notre droit, pourquoi pas sous le nom d'« incombance », adopté par les juristes suisses et romands* » ; adde « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 347 et s., n° 17 ; « Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Waterloo, Kluwer, 2004, p. 305 et s. ; LIMPENS (J.), *La vente en droit belge*, Bruxelles et Paris, 1960, spéc. p. 174 et s. ; STORME (M.), « Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances », *Bull. Ass.- De Verz.* 1990, n° 292, p. 444 et s., spéc. p. 456 ; VAN ZUYLEN (J.), « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Ann. Dr.*, 2011, p. 335 et s. ; WÉRY (P.), « L'article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, die Keure-la Charte, 2007, p. 9 et s. ; « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mél. Ph. Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 132 et s. ; BAZIER (P.), « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *RGDC*, 2012, p. 396 et s. ; CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *RDCB*, 1^{er} nov. 2013, n° 9, p. 838 et s.

nombre d'auteurs ont plaidé pour la réception de ce concept en droit belge¹. D'ailleurs des traités de droit des obligations l'évoquent et en exposent le sens depuis peu². Selon M. FONTAINE, « *se conformer aux Obliegenheiten, ce n'est pas exécuter des obligations, mais agir dans son intérêt bien compris en vue d'éviter la perte d'un droit* »³. Aussi l'auteur insiste-t-il particulièrement sur l'utilité « *de regrouper sous un concept fédérateur de nombreuses situations issues de différentes branches du droit, et d'écarter l'évidente impropriété de l'application du concept d'obligation à des hypothèses qui n'en présentent pas toutes les caractéristiques* »⁴. Il met alors en lumière l'importance de ce phénomène en droit belge et en donne des exemples similaires à ceux révélés en droits allemand et suisse, telles que la déclaration du sinistre en droit des assurances⁵, ou l'exigence de déclaration des vices cachés dans un bref délai⁶.

Ces travaux menés par la doctrine étrangère, et les écrits des auteurs francophones, ont permis à des juristes français de découvrir l'incombance et d'en entreprendre une conceptualisation.

14. La découverte du concept d'incombance en droit français. Avant même de connaître le terme d'incombance proposé par les juristes suisses, quelques auteurs français avaient remarqué l'existence d'exigences spécifiques sanctionnées par la perte d'un droit et ne pouvant faire l'objet d'une exécution forcée⁷. Notamment, le doyen CARBONNIER avait révélé le caractère inapproprié de l'emploi du mot obligation pour désigner l'acte ou la formalité que la loi impose d'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit, ou d'encourir une déchéance⁸. Il donnait alors l'exemple de l'exigence qui pèse sur l'acheteur découvrant un vice caché de le déclarer au vendeur dans un certain délai⁹. Aucun

¹ V. *Ibid* ; toutefois pour des auteurs récalcitrants, V. not. FORIERS (P.-A.), « Décharge-réception-quittance », *La fin du contrat, Journée d'étude organisée par la conférence du jeune barreau de Bruxelles*, Het Vlaams Peitgenootschap bij de Balie te Brussel et l'Ass. belge des juristes d'entreprise, Abje, Bvbj et Cjb, Bruxelles, 1993, p. 113 et s., spéc. n° 63 ; *adde* LEFEBVRE-MASSCHELEIN (M.-A.), *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2010, p. 27 et s.

² V. VAN OMMEFLAGUE (P.), *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 28 et s., n° 8 ; WÉRY (P.), *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Larcier, 2011, p. 19 et s., n° 7.

³ V. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », *art. préc.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid* ; *adde* HOUBBEN (M.), « La déclaration de sinistre au sens de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : nature juridique et sanctions », note sous Mons, 17 janv. 2007, *RGDC*, 2010, p. 184 et s.

⁶ V. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », *art. préc.* ; *adde* HOUBBEN (M.), « L'exigence d'action à « bref délai » en matière de garantie des vices cachés : comparaison entre vente, bail et entreprise », *RGDC*, 2011, p. 283 et s.

⁷ V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, t. 3, 1957, p. 1 et s. ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, thèse préc., n° 178 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000, n° 997 ; COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, D., 1963, n° 15 ; ROLAND (H.) et BOYER (L.), « A propos du défaut de diligence », in *Mél. J. Vincent*, D., 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11 et s. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 922.

⁸ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 922.

⁹ V. *Ibid.*

vocabulaire particulier n'était cependant proposé pour identifier ce phénomène. Ce n'est que très récemment que des auteurs français ont expressément rattaché ces manifestations juridiques au néologisme d'incombance¹. Ce concept est apparu au détour de quelques études principalement opérées dans le cadre du droit des contrats². Les auteurs qui défendent sa réception en droit français mettent généralement en avant le fait que l'incombance se distingue de l'obligation civile au sens strict³, notamment parce qu'elle n'est susceptible de faire l'objet ni d'une action en exécution forcée, ni d'une demande en réparation d'un dommage⁴. Outre l'exemple de la déclaration des vices cachés, la contrainte souvent exposée pour illustrer ce phénomène est celle qui pèse sur l'assuré, bénéficiaire de la prime d'assurance, de donner avis à l'assureur de la survenance de tout sinistre de nature à entraîner la garantie, en vue de pouvoir en bénéficier⁵.

Néanmoins, ce concept ne fait pas, pour l'heure, l'objet d'une reconnaissance générale et unanime en droit français. Non seulement il est encore aujourd'hui très peu connu, et donc peu utilisé – d'ailleurs aucun manuel de droit des obligations français n'y fait référence – mais au surplus, tout comme en Allemagne et en Suisse, parmi les juristes l'ayant remarqué, certains en contestent la réalité juridique, préférant maintenir le recours à la notion d'obligation⁶.

¹ V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 480 et s. ; adde FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Poitiers, 2003, n° 67 ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Poitiers, 2003, n° 328 ; LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard et Ramarolanto-Ratiaray, LGDJ, Poitiers, 2009, n° 67 ; WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 579. Sur cette incombance, V. *infra*, n° 152 et s.

² V. not. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 579 ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492 ; LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mél. Y. Serra*, Paris, D., 2006, p. 455 et s. ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghazi, Panthéon-Assas DL, Paris, 2008.

³ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : la reconnaissance de l'incombance en droit français « permettrait d'accroître la précision de notre vocabulaire juridique, élément indispensable à une meilleure compréhension du droit » ; « Le terme incombance nous paraît en effet judicieux dans la mesure où il permet de distinguer ce mécanisme [...] de la notion d'obligation » ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492 : « l'incombance permet d'affiner l'analyse des effets du contrat ».

⁴ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; adde LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 34 ; FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 67.

⁵ Notre droit connaît effectivement une règle similaire à celle des §§ 33-34 du VVG : V. Art. L. 113-2-4° C. assur. Sur l'analyse de cette règle comme étant une incombance, V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; adde LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 143. V. *infra*, n° 157.

⁶ V. not. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *RRJ, Droit prospectif*, 2005, p. 183 et s., n° 30 ; adde FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, D., Paris, 2012, n° 513 et s. V. *infra*, n° 51 et s.

En effet, des auteurs ont qualifié l'incombance de « *faux concept* »¹, notamment en raison du fait que la particularité de la sanction de ces « *soi-disant incombances* » n'empêcherait pas de les concevoir comme des obligations, celles-ci pouvant être qualifiées d'« *obligations à sanction dérogatoire* »². En définitive, selon ces auteurs, la qualification d'obligation s'imposerait à partir du moment où serait caractérisée l'existence d'une contrainte assortie d'une sanction étatique.

Tout comme le devoir, l'incombance fait l'objet de controverses en raison de son étroite proximité avec le concept d'obligation. Ces controverses sont très visibles en matière contractuelle, puisque le contrat est traditionnellement conçu comme un accord de volonté faisant naître des obligations. Aussi, la reconnaissance de l'existence de contraintes non-obligationnelles pouvant s'imposer aux contractants est-elle étroitement liée à la conception retenue du contrat.

15. L'obstacle du fondement purement volontariste du contrat. Le contrat est traditionnellement présenté comme une convention faisant naître des obligations³. Aussi la définition précise de l'obligation est-elle nécessaire à la compréhension de ce qu'est le contrat. C'est donc généralement dans ce cadre d'étude qu'apparaît la difficulté de donner une place au devoir et à l'incombance : dissocié de l'obligation civile, et défini comme une norme générale à la charge de chacun et pouvant être invoquée par tous, le devoir juridique est bien souvent exclu du domaine du contrat⁴ ; caractérisée comme étant à la charge du contractant et

¹ V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 9 : « on peut faire deux catégories qui révèlent que l'incombance est un faux concept. La première regroupe les fausses incombances qu'il convient de dénoncer et d'exclure. (...) Cela réduit d'autant la notion. La seconde regroupe les vrais incombances. C'est-à-dire, (...) certains devoirs qui, à la lecture de la définition, peuvent être qualifiés d'incombance, mais qui n'en sont pas en raison de l'absence d'autonomie de la notion. (...) Elle est englobée dans la notion d'obligation. » ; n° 10 : « ces fausses incombances s'apparentent soit à des obligations, soit à des charges » ; *adde* FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 491 et s.

² V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 22 et s., spéc. n° 26 : « l'incombance doit s'entendre comme une obligation, mais avec une sanction différente » ; *adde* FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 472 et s., spéc. n° 473 : « le concept d'incombance est inutile et doit être rejeté. Il conserve cependant le mérite de faire émerger, sur le plan dogmatique, les figures de l'obligation à sanction dérogatoire ».

³ V. not. GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 2 : « Selon l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». On en déduit aujourd'hui que le contrat est une convention génératrice d'obligations ». Déjà au XVII^e siècle, un auteur écrivait « le principal effet de chaque contrat, c'est l'obligation » (les auteurs citent HÉLO (F.), *La jurisprudence française*, t. 2, Loyson, 1665, p. 122).

⁴ V. not. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1 ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* ; FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, *thèse préc.*, n° 117 et s. ; ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, préf. Ch. Atias, PUAM, 2005, n° 211 et s. En doctrine belge, V. not. VAN RYN (J.), DIEUX (X.), « La bonne foi dans le droit des obligations », *JT*, 1991, p. 289 et s.

se trouvant assortie d'une sanction, l'incombance est parfois qualifiée d'« *obligation accessoire* »¹.

De tels automatismes s'expliquent principalement par le fondement subjectiviste historiquement alloué au phénomène contractuel². En effet, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, la volonté souveraine des parties préside tant la formation que les effets du contrat. L'accord des volontés suffirait à expliquer les obligations de faire, de ne pas faire ou de donner auxquelles les parties se soumettent librement en vue de satisfaire un intérêt économique particulier, et pourrait à lui seul prétendre assurer la sécurité juridique de l'échange en opérant une véritable emprise sur l'avenir³. Or, la bonne fin du contrat étant assurée par la limitation de son contenu aux obligations prévues par les parties, toute contrainte extérieure à cette volonté, notamment fondée sur l'équité, ne pourrait revêtir une nature contractuelle, sous peine de perturber la sécurité juridique de l'entente initiale⁴. En vertu de cette conception, toute contrainte résultant de la conclusion du contrat serait une obligation, et le manquement au devoir serait une faute extérieure au contrat, qui engagerait la responsabilité délictuelle du contractant⁵. Ainsi, « *l'expression « devoirs contractuels » recèlerait une contradiction dans les termes* »⁶, et la notion d'incombance serait un « *faux concept* »⁷. Aussi le « *forçage du contenu contractuel* »⁸, opéré tant par le juge que par le législateur, a-t-il été particulièrement critiqué comme participant d'une perte de consistance de la notion même de contrat.

¹ V. not. GUGGENHEIM (D.), *Le droit suisse des contrats, principes généraux*, op. cit., p. 221 et s.

² Pour une telle analyse, V. CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 114 et s.

³ V. HAURIOU (G.), *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, D., 2010, p. 206 : Selon l'auteur, le contrat est « *la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* ». Le refus de la révision du contrat pour imprévision est une traduction concrète de cette conception qui assimile le pouvoir créateur de la volonté, c'est-à-dire la capacité des parties de prévoir l'avenir, à la nécessité de maintenir l'accord initial en l'état. Ce refus est lié à l'assimilation de la force obligatoire du contrat à l'immutabilité de son contenu. Pour une critique de ce raisonnement, V. not. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912, p. 164.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », art. préc. : « *La distinction entre les devoirs universels et les obligations stricto sensu est fondamentale. C'est sur elle notamment qu'est fondée cette autre distinction que font les Code civils entre la responsabilité délictuelle (ou quasi-délictuelle) et la responsabilité dite contractuelle* ». L'auteur considère que la bonne foi « *devoir universel, assurément* » devient, par le prisme du contrat « *une obligation dans toute l'acception du terme* » ; adde STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 115 et 150.

⁶ V. CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », art. préc., p. 105.

⁷ V. not. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », art. préc., n° 30 ; adde FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 513 et s.

⁸ V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Ét. F. Gény*, S., t. 2, p. 333 et s., spéc. p. 340 ; adde LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.*, mars 1998, n° 58, p. 69 et s. ; GUIDERDONI (B.), *Le forçage du contrat par le juge*, Caen, 2002 ; BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, préf. D. Fenouillet, PUAM, 2011.

Pourtant, dès la fin du XIX^e siècle, « *la science positive a détruit les mythes du volontarisme* »¹. Ce qui a été qualifié de « *crise du contrat* »², correspond à la période de prise de conscience du caractère irréaliste de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire de l'acte juridique³. Depuis près d'un demi-siècle, une autre approche s'est particulièrement développée sous l'impulsion d'une partie de la doctrine ayant perçu « *le phénomène de moralisation du droit des contrats* »⁴, notamment au vu de la place croissante qu'y trouve l'idée de bonne foi⁵.

16. L'essor de la bonne foi contractuelle. L'évolution que connaît le droit français quant à la place grandissante qui est faite au comportement du contractant, s'inscrit dans un phénomène international⁶. La bonne foi objective⁷ est aujourd'hui un concept fécond

¹ VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *art. préc.*

² V. BATIFFOL (H.), « La « crise du contrat » et sa portée », *APD*, t. 13, 1968, p. 13 et s.

³ V. not. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse préc.* ; *adde* VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *art. préc.* ; CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. G. Marty*, PUT, 1978, p. 246 et s. ; JAMIN (Ch.), « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat, op. cit.*, p. 7 et s.

⁴ V. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, in Mél. F. Terré*, D., PUF, Jcl., 1999, p. 603 et s., n° 3.

⁵ V. not. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 457 et s. ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.* ; *adde* DESGORGES (R.), *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives*, Paris II, 1992 ; FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997 ; DARMAISIN (M.), *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, Paris, LGDJ, 2000 ; JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, D., Paris, 2001 ; FLÉCHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Et. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 341 et s. ; JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Ét. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, p. 901 et s. ; LEVY-LOULMANN (A.), « La bonne foi », *GP*, 1937, 2, doctr. 38 ; LYON-CAEN (G.), « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD Civ.*, 1946, p. 75 et s. ; MAZEAUD (D.), « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8 et s. ; « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Rapport de synthèse présenté au 94^e congrès des notaires, Defr.*, 1998, p. 1137 et s. ; « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* ; « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 295 et s. ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mél. J. Hauser*, L.-N., D., 2012, p. 905 et s. ; MESTRE (J.), « Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi », *RTD Civ.*, 1996, p. 898 et s. ; THIBIERGE-GUELFUGCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, n° 2, 1997, p. 357 et s.

⁶ V. not. MASSE (C.), « La bonne foi dans les relations entre particuliers, dans l'exécution du contrat, Rapport Général », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 217 et s. : « *la montée de ce phénomène [...] apparaît partout comme irrésistible* » ; *adde* MACKAAY (E.), « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : la bonne foi et la justice contractuelle », *RRJ- Droit prospectif*, 2011, n° 4, p. 1605 et s.

⁷ Une distinction importante est opérée entre la bonne foi subjective qui désigne l'état de celui qui ignore les vices dont le droit ou la situation juridique qu'il entend invoquer est atteint, et la bonne foi objective qui est une norme de comportement, indiquant la bonne conduite de l'honnête homme. Cette distinction est reconnue tant en droit français (V. not. JOURDAIN (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 121 et s. ; *adde* BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 291 et s. ; MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, 24-25 oct. 1985, t. 15, PUF, 1986, p. 41 et s. ; « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100 et s. ; LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *art. préc.*, n° 3 et 4 ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Bonne foi), que dans de nombreux droits étrangers (V. not. En droit suisse : art. 2 et 3 du CO suisse ; *adde* SHÖNLE (H.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport suisse », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 193 et

auquel de nombreux droits nationaux¹, mais également le droit international² ont recours afin d'insuffler de la justice contractuelle au sein de rapports souvent déséquilibrés. À l'étranger, comme en France, les juges, et parfois même le législateur, ont pris conscience de l'utilité de cette notion pour permettre l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances et surtout l'encadrement du comportement des parties contractantes. Et si cette notion est « *devenue, à tort ou à raison, un exemple proverbial des différences substantielles qui séparent ces deux grandes « familles » de droit que sont la tradition civiliste et celle de common law* »³, elle connaît pourtant une évolution favorable dans les pays anglo-saxons⁴. Cela a été mis en évidence par la Cour suprême du Canada qui, à l'occasion d'un arrêt du 13 novembre 2014, a érigé en *common law* canadienne un principe directeur qui commande aux parties d'exécuter leurs obligations contractuelles de bonne foi⁵. De plus, les *Principes du droit européen du contrat*, qui ont pour partie été influencés par les systèmes juridiques anglo-saxons⁶, imposent clairement une exigence de bonne foi à la charge des contractants⁷. Par ailleurs, le droit anglo-

s. ; Le droit allemand emploie l'expression de « *guter Glaube* » pour exprimer la bonne foi en tant que croyance légitime (subjective) et de « *Treu und Glauben* » qui renvoie à la bonne foi objective ; En droit japonais, le terme « *zen i* » fait référence à la croyance légitime, tandis que l'expression « *shingi sejitsu no gensoku* » ou « *shingui-soku* » évoque l'exigence de loyauté et de sincérité, V. JALUZOT (B.), *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, thèse préc., n° 21).

¹ La bonne foi a notamment connu un essor tout particulier dans les droits d'inspiration germanique. Mais d'autres pays, de tradition plutôt latine, lui font une place grandissante. Il en va par exemple ainsi de l'Italie (V. SACCO (R.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport italien », in *La bonne foi*, op. cit., p. 133 et s.), ou de la Belgique (V. PHILIPPE (D.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge », in *La bonne foi*, op. cit., p. 61 et s. Le Code civil belge comprend la même disposition que le Code civil français concernant la bonne foi à l'art. 1134, al. 3) ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », in *Les principes directeurs du droit des contrats (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Bologne les 19 et 20 octobre 2012)*, RDC, janv. 2013, p. 410 et s.

² V. not. MORIN (G.), « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux. Droit et pratique », *DPCI*, mars 1980, t. 6, n° 1, p. 9 et s. Sur la *Lex Mercatoria internationalis*, V. not. BENILLOUCHE (M.), « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA*, 29 juill. 2004, n° 151, p. 6 et s. ; *adde* RONGEAT-LOUDIN (F.), et LOUDIN (M.), « La réception des Principes UNIDROIT par la Lex Mercatoria : l'exemple de la bonne foi », *RDAI*, 1^{er} déc. 2009, n° 6, p. 697 et s. ; *adde* Les Principes UNIDROIT, art. 1.7 : « *les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international ; elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ».

³ V. LAITHIER (Y.-M.), « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.*, 2 avr. 2015, n° 13, p. 746 et s.

⁴ V. *Ibid.* C'est par ex. le cas aux États-Unis : V. art. 1-203 C. com. américain : « *Tout contrat ou devoir dans le cadre de ce code impose une obligation de bonne foi dans son exécution ou sa mise en vigueur.* » (“Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.”) ; art. 205 : « *Tout contrat impose à chaque partie un devoir de bonne foi et d'équité lors de son exécution ou sa mise en vigueur.* » (“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”) ; *adde* FARNSWORTH (E.-A.), *Contracts*, vol. II, Aspen Publishers, 3^e éd., 2004, n° 7.17 et 7.17 b. En droit anglais, V. MONTANIER (J.-C.), SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999, n° 158.

⁵ V. *Bhasin c/ Hrynew*, 2014 CSC 71, arrêt commenté par LAITHIER (Y.-M.), « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *art. préc.*

⁶ V. BENILLOUCHE (M.), « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *art. préc.*

⁷ V. PDEC, art. 1.102 : « *Liberté contractuelle (1) Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer le contenu, sous réserve des exigences de la bonne foi et des règles impératives posées par les présents Principes.* » ; art. 1.201 : « *Bonne foi (1) Chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi. (2) Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter.* » ; *adde* MESTRE (J.), « Bonne foi », in

saxon prohibe la contradiction au détriment d'autrui à travers l'institution de l'*estoppel*¹, ou la notion de « *reliance* »².

Ainsi, que ce soit par le biais de leur droit interne, ou par le truchement du droit international, la plupart des systèmes juridiques connaissent l'exigence de bonne foi, en tant que règle objective imposant une certaine attitude aux contractants, notamment à l'occasion de l'exécution du contrat³.

Se fondant sur ces différents constats, des auteurs ont proposé, dans la suite des écrits de DEMOGUE⁴, une analyse de l'évolution du droit des contrats sous l'angle du « solidarisme contractuel »⁵.

17. L'influence du « solidarisme contractuel ». Sous l'impulsion du « solidarisme contractuel », s'est peu à peu développé le recours à la notion de devoir pour décrire des exigences à forte connotation morale s'imposant aux contractants et ne correspondant pas à des obligations civiles *stricto sensu*.

En vertu de cette doctrine, les contractants sont tenus d'observer des exigences comportementales extrêmement poussées, à défaut de quoi ils risqueraient d'être sanctionnés sur le fondement de la violation du contrat, en raison de la commission d'une faute contractuelle⁶. Par le biais de la bonne foi, la notion de devoir est intégrée dans l'analyse du contrat. Elle permet de traduire les exigences comportementales s'imposant aux contractants

Dossier PEDC : regards croisés avec le droit français, Dr. et patr., 1^{er} avr. 2003, n° 114, p. 42 et s. ; WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (ss dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, D. 2003, p. 151 et s. ; BENILLOUCHE (M.), « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *art. préc.*

¹ V. not. FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Béhar-Touchais (ss dir. de), Economica, 2001, p. 3 et s. V. *infra*, n° 320 et 527 et s.

² V. MUIR WATT (H.), « *Reliance* et définition du contrat », in *Mél. Jeantin*, D., 1999, p. 57 et s. L'auteur insiste sur les liens entre cette notion et celle de bonne foi (V. spéc. p. 63).

³ V. not. les TAHC sur *La bonne foi*, *op. cit.*

⁴ V. DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau & Cie, Paris, 1931 ; *adde* JAMIN (Ch.), « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mél. F. Terré*, D., PUF, Jcl., 1999, p. 125 et s.

⁵ V. not. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc. ; JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *art. préc.* ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *art. préc.* ; « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, (ss dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, 2004, p. 160 et s. ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* ; « Regards prospectifs et positifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, p. 47 et s. ; « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*, 2005, p. 1828 et s. ; « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », *art. préc.* ; MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », *art. préc.* ; « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *art. préc.* ; MIGNOT (M.), « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier, ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ*, 2004, n° 4, p. 2153 et s. ; THIBIERGE-GUELFUGCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.* ; *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003 ; *Le solidarisme contractuel*, (ss dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004 ; GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 392 et s.

⁶ V. *Ibid.*

afin qu'ils maintiennent une conduite vertueuse et altruiste tout au long de leur relation. Selon cette conception, la sécurité des parties ne consiste plus en l'assurance de la fixité des termes initiaux du contrat, mais est assurée par l'adaptation de l'acte aux circonstances : l'observation de son devoir de loyauté par le créancier implique ainsi potentiellement des sacrifices de sa part au profit du débiteur, afin que le contrat ne se transforme pas en un moyen d'oppression de la partie forte sur la partie faible. Il est en effet mis à la charge de tout contractant un devoir actif et général de faire en sorte que le contrat ait le plus d'utilité possible pour son partenaire, qu'il s'agisse ou non d'un contrat de coopération¹.

À ce devoir contractuel général ont pu être rattachées d'autres exigences. Sont par exemple consacrés des devoirs contractuels d'honnêteté², de conseil³, de coopération⁴, de transparence⁵, de prudence⁶, de décence et de cohérence⁷, ou encore de renégociation⁸, à la charge des parties contractantes, au-delà des obligations qu'elles sont tenues d'exécuter, c'est-à-dire « *en plus de leurs prestations initiales* »⁹. La difficulté naît du fait que les auteurs ne recensent pas toujours les mêmes devoirs, ou ces devoirs semblent parfois se superposer. Quoi qu'il en soit, l'analyse du comportement des contractants au-delà de l'exécution des obligations contractées, passe de plus en plus systématiquement par la reconnaissance de devoirs à leur charge. À tel point que la question qui semble aujourd'hui se poser en doctrine est plutôt celle de savoir si l'on n'est pas allé trop loin dans cette voie¹⁰.

¹ V. not. SÉRIAUX (A.), *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 55 : « La bonne foi de l'article 1134 c'est, répétons-le, la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère » ; *adde* THIBIERGE-GUELFUGCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.*

² V. not. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.*

³ V. not. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* (un tel devoir permettant, selon l'auteur, de répondre à celui plus général d'assistance à autrui) ; *adde* BERNARD DE SAINT AFFRIQUE (J.), « Du devoir de conseil », *Defr.*, 1995, p. 915 et s.

⁴ V. not. DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *art. préc.* ; *adde* MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* (l'auteur parle même de « devoir d'abnégation ») ; MESTRE (J.), « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *art. préc.* ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 105 et s. ; LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.), « Bonne foi », *art. préc.*

⁵ V. not. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* ; AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », *art. préc.*

⁶ V. not. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.* Et plus précisément des devoirs de discrétion et de réserve, V. not. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 132 et s.

⁷ V. not. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* (les devoirs de fidélité, de décence et de cohérence sont, selon l'auteur, « les trois fleurons du devoir de loyauté ») ; *adde* FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.* ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*

⁸ V. not. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.* ; *adde* MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 200 et s.

⁹ V. FAGES (B.), « Des comportements contractuels à éviter », *Dr. et patr.*, mai 1998, n° 60, p. 67 et s.

¹⁰ V. not. CHAZAL (P.), « Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 114 et s. ; *adde* MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de

18. Atouts et limites du « solidarisme contractuel ». La défense du concept de « solidarisme contractuel » part du constat tout à fait juste de l'importance de la place aujourd'hui prise par l'exigence de bonne foi en droit des contrats¹. Elle pêche cependant par excès en imposant un devoir de fraternité extrêmement lourd et détaché de la prise en compte du type de relation contractuelle concerné.

Ainsi il a notamment pu être avancé que cette conception du contrat ne correspond pas à la réalité des rapports contractuels².

D'ailleurs M. D. MAZEAUD a lui-même reconnu que la Cour de cassation « *ne succombe [...] pas aux charmes du solidarisme contractuel* »³.

Les auteurs y voient aussi généralement un risque de verser dans « *l'utopie contractuelle* »⁴.

Et surtout, l'idée d'un solidarisme contractuel serait de nature à remettre en cause la sécurité juridique des transactions et le principe de la force obligatoire des contrats⁵.

De plus, il n'a pas vraiment été proposé une étude précise des différents devoirs s'imposant aux contractants selon les situations dans lesquelles ils se trouvent. En raison de sa

l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 135 et s.

¹ Le projet d'ordonnance de mars 2015 portant réforme du droit des contrats propose d'ailleurs la consécration d'un « principe de bonne foi », tant dans la formation que dans l'exécution du contrat : V. art. 1103 ; *adde* MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 16 avr. 2015, n° 14, p. 816 et s. L'auteur observe que « *la rédaction minimaliste du législateur amène à s'interroger sur la nature de la bonne foi : est-elle une obligation ou un devoir ?* ».

² V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 42 : « *Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires* » ; « *Le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût ; il n'a au reste pas pour objet la perfectibilité de l'être humain laquelle relève de la morale* » ; *adde* CÉDRAS (J.), « Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 215 et s., spéc. p. 233 ; PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, Paris II, 2006, p. 408 ; LEVENEUR (L.), « Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 184 et s., n° 15.).

³ V. MAZEAUD (D.), « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 66 et s. ; *adde* « « *Sommaires commentés* » à la manière de... Éloge d'un genre mineur, aujourd'hui révolu... », in *Mél. Y. Serra*, D., 2006, p. 271 et s. V. not. Cass. com., 10 juill. 2007, Bull. civ. IV, n° 188, D. 2007, 2839, note STOFFEL-MUNCK (Ph.) et 2844, note GAUTIER (P.-Y.) ; JCP G, 2007, II, 10154, note HOUTCIEFF (D.) ; CCC, 2007, n° 294, note LEVENEUR (L.) ; *Defr.*, 2007, 1454, obs. SAVAUX (É.) ; RDC, 2007, 1107, obs. AYNÈS (L.) et 1110 obs. MAZEAUD (D.) ; RTD Civ., 2007, 773, obs. FAGES (B.). Pour l'analyse de cette décision, V. *infra*, n° 301 et s.

⁴ V. CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *art. préc.* ; *adde* FRISON-ROCHE (M.-A.), « Volonté et obligation », in *L'obligation*, APD, t. 44, 2000, p. 129 et s., spéc. p. 137 ; LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, 2007, Economica, p. 237 et s., n° 10 ; « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, D., 2012, p. 879 et s.

⁵ V. not. *obs. préc.* de STOFFEL-MUNCK (Ph.), et AYNÈS (L.) ss Cass. com. 10 juill. 2007, *préc.* ; *adde* ANSELME-MARTIN (O.), « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janv. 1997, n° 10, p. 17 et s.

nature de standard juridique¹, de « *concept flou, à contenu variable* »², la notion de bonne foi ne suffit pas à elle seule à expliquer techniquement les devoirs concrets qui s'imposent aux individus à l'occasion de l'exécution du contrat, ainsi que les conséquences attachées au manquement à cette exigence³. D'ailleurs, les effets de la violation du devoir contractuel de bonne foi n'ont été clairement et systématiquement mis en évidence, ni par la loi⁴, ni par la jurisprudence⁵.

En raison de ces diverses limites, certains considèrent aujourd'hui qu'il n'est pas raisonnable de recevoir pleinement la théorie solidariste⁶.

Néanmoins, ces réflexions sont une invitation à un questionnement approfondi sur l'existence de contraintes non-obligationnelles s'imposant aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur la réalité des phénomènes identifiés sous les termes de devoir et d'incombance, et de déterminer l'utilité de ces concepts en matière contractuelle.

19. Devoir et incombance, deux concepts étudiés dans la phase d'exécution du contrat. Il a été vu que le devoir juridique n'est pas propre au domaine du contrat⁷, quant aux incombances, si la très grande majorité des illustrations qui en sont données s'imposent à l'occasion d'une relation contractuelle, quelques auteurs plaident toutefois pour que ce concept soit reçu au-delà du domaine du contrat⁸. L'étude des devoirs et des incombances pouvait ainsi éventuellement être élargie à l'ensemble du droit privé. De plus, même réduite

¹ V. BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 4^e éd., D., 2003, n° 185, p. 216 ; *adde* MAINGUY (D.), « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in D., (th. com. Actes), (ss dir. de) F. Petit, 2015, p. 5 et s., n° 3.

² V. 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*, thèse préc., n° 6.

³ Pour une telle observation, V. not. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 3.

⁴ Pour l'expression d'un regret quant à l'absence d'intégration dans le projet d'ordonnance d'une disposition relative à la sanction de la bonne foi en droit des contrats, V. MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 50. L'auteur reconnaît toutefois que « *la formulation d'une sanction est une tâche ardue* ».

⁵ V. not. REVET (Th.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D., 11 juin 2015, n° 21, p. 1217 et s., n° 5 : « *Si, dans quelques espèces, la Cour de cassation a mis le devoir de bonne foi au service d'une politique de cantonnement de ce type de déséquilibre [celui qui est structurel, inhérent au contrat d'adhésion], elle a toujours agi au cas par cas, sans jamais tracer de ligne claire, sans esquisser une véritable politique jurisprudentielle, sans formule générale, autrement dit : sans règle prétorienne* » ; *adde* ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mél. D. Tricot*, D., 2011, p. 61 et s.

⁶ V. not. LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », *art. préc.* ; « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », *art. préc.* ; *adde* COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 Le Code civil...suite ?*, D., 2004, p. 517 et s., spéc., n° 27 et s.

⁷ V. *supra*, n° 9.

⁸ La doctrine est divisée sur ce point. Selon certains, l'incombance serait spécifiquement du domaine du contrat (V. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse préc., n° 68 : « *La nature contractuelle des incombances est [...] incontestable* »), selon d'autres il serait possible d'en trouver des illustrations en dehors de ce cadre (V. not. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 136 et s.).

au cadre contractuel, la recherche aurait pu concerner l'ensemble des manifestations de ces phénomènes entourant l'existence d'un contrat, et en montrer ainsi les éventuelles applications dans la phase précontractuelle. En effet, par exemple, le devoir de bonne foi est présent lors de la phase de négociation à travers la sanction de la rupture abusive des pourparlers¹. De même, des « incombances *in contrahendo* » ayant été décelées en droit allemand, la recherche de leurs éventuels équivalents en droit français aurait pu être entreprise².

Néanmoins, l'étude du devoir et de l'incombance en matière contractuelle sera concentrée sur leurs manifestations dans la phase d'exécution du contrat pour trois raisons principales.

Tout d'abord, en l'état actuel du droit français, il est opéré une césure théoriquement nette – bien que floue en pratique³ – entre le domaine du précontractuel qui est assimilé, sur le plan du régime de la responsabilité civile, au domaine délictuel, et la sphère contractuelle proprement-dite qui s'ouvre lors de la rencontre des consentements⁴. Sur ce point le droit français diffère assez sensiblement du droit allemand qui, à travers la « *culpa in contrahendo* », assimile la phase précontractuelle au domaine du contrat⁵.

¹ V. not. Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, p. 90, *JCP G*, 1973, II, 17543, note SCHMIDT (J.) ; *RTD Civ.*, 1972, p. 779, obs. DURRY (G.) ; Cass. civ. I, 14 juin 2000, n° 98-17494 ; *adde* MALKA (D.), « La loyauté dans la négociation du contrat », *GP*, 24 mai 2012, n° 145, p. 61 et s.

² V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, thèse préc., p. 119 et s. (« chap. III, Incombances précontractuelles (*in contrahendo*) en tant qu'incombances permettant d'éviter le préjudice » : „Dritter Abschnitt: Obliegenheiten in contrahendo als Schadensfernhaltungsobliegenheiten“). L'auteur en donne notamment des exemples dans le cadre de l'acceptation de l'offre, V. § 149 BGB).

³ V. BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015, n° 83 : « lorsque ces obligations contractuelles surabondantes sont doublées d'un pendant précontractuel – et il en va ainsi du devoir d'information, de renseignement et de conseil – sont [...] brouillées les frontières de la responsabilité extracontractuelle et des dommages et intérêts contractuels, ainsi que des causes de nullité du contrat et des cas d'inexécution contractuelle ». En effet, le manquement au devoir précontractuel d'information est tantôt sanctionné par la responsabilité extracontractuelle ou la nullité lorsqu'il implique un vice du consentement (V. not. Cass. com., 8 nov. 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 298 ; *adde* Cass. civ. I, 16 mai 1995, *JCP G*, 1996, II, 22736, note LUCAS (F.-X.) ; Cass. civ. I, 18 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 61, *JCP E*, 1997, II, 944, note LEGAIS (D.), CCC, 1997, comm. 74, obs. LEVENEUR (L.), tantôt par une responsabilité contractuelle. À travers ses articles 1111 et 1129 le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* propose de clarifier le régime du manquement à la bonne foi au stade des pourparlers et lors de l'émission du consentement en affirmant que le manquement engage la responsabilité extracontractuelle du fautif. Sur cette question, V. *infra*, n° 123.

⁴ V. not. Cass. com., 12 févr. 2002, J.-D. n° 2002-013065, CCC, 2002, n° 90, note LEVENEUR (L.) ; CA Riom, 10 juin 1992, *RJDA*, 1992, n° 893 ; *RTD Civ.*, 1993, p. 343, obs. MESTRE (J.).

⁵ Pour des auteurs qui plaident pour une responsabilité contractuelle en phase précontractuelle, V. not. HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris II, 1978, p. 275 : « c'est une vue abstraite des choses que d'opposer radicalement ce qui se passe avant et ce qui se passe après la conclusion » ; *adde* ESPAGNON (M.), « Droit à réparation, Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle, Généralités, Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants », *Jcl. civ.*, art. 1146 à 1155, Fasc. 16-10, LexisNexis, nov. 2012, n° 33 ; FONTAINE (M.), « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles* par X. Dieux, M. Fontaine, P.-A. Foriers, F.-T. Kint, C. Parmentier et P. Van Ommeslaghe, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 163 et s., spéc. p. 172.

Ensuite, si traditionnellement, et au regard du Code civil de 1804, le droit français se concentre davantage sur l'analyse de la phase de formation du contrat que sur celle de son exécution, la découverte de l'existence de devoirs et d'incombances à la charge des parties conforte l'intérêt, révélé depuis peu, de l'étude de la vie du contrat postérieurement à sa conclusion¹. En effet, ces contraintes permettent notamment l'appréhension du phénomène des contrats de longue durée : dans le laps de temps plus ou moins long qui unit les contractants, ceux-ci sont tenus de se conformer à des comportements permettant à l'instrument économique de « *déployer ses effets bénéfiques* », tant dans leur propre intérêt que dans celui de leur partenaire².

Enfin, le devoir et l'incombance présentent un attrait plus marquant en ce domaine spécifique, en ce qu'ils témoignent de l'amplitude des effets du contrat sur les contractants, au-delà de son traditionnel effet obligationnel³. Ils traduisent le fait que le contrat ne se réduit pas à un échange économique mais est également une situation juridique où s'entrecroisent des prérogatives et des charges, des avantages et des contraintes. Les devoirs et incombances contractuels qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat participent de la preuve de la richesse du contenu du contrat, et servent ainsi directement son analyse.

Néanmoins, si la parenté des notions de devoir et d'incombance avec celle d'obligation et le cadre d'étude défini justifient qu'elles soient abordées en une analyse commune, reste encore à déterminer si ces deux vocables servent à décrire un même phénomène, éventuellement assorti de nuances, ou s'ils rendent compte de réalités distinctes et donc couvrent des concepts autonomes. L'étude comparative des notions de devoir et d'incombance contractuels présente ainsi un double enjeu de qualification et de classification.

20. Un enjeu de qualification juridique. Le premier enjeu de l'étude du devoir et de l'incombance en matière contractuelle est d'identifier des concepts juridiques aptes à décrire et expliquer des phénomènes observés en droit positif. D'ailleurs, si comme le disait ROUBIER, « *il n'y a rien de plus grave pour une discipline intellectuelle qu'une langue mal faite* »⁴, la précision sémantique est particulièrement chère à l'activité du juriste car elle

¹ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations*, t. 4, PUF, 19^e éd., 1995, p. 26 : « *Il n'est pas douteux que, conformément aux postulats volontaristes, notre droit (français), dans l'ensemble, attache plus d'importance à la formation qu'à l'exécution du contrat. Le réalisme de l'autre thèse mériterait, pourtant, considération* » ; *adde* ATIAS (Ch.), « L'équilibre renaissant de la vente », *chron. D.* 1993, p. 1 et s. ; JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA*, 6 mai 1998, p. 25 et s. ; LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert*, Paris, D., 2005, p. 211 et s.

² V. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*, n° 31 ; *adde* LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *art. préc.* ; REVET (T.), « La prise d'effets du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 29 et s. ; ROCHFELD (J.), « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 47 et s. ; *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^e éd., 2013, Notion n° 7 : Le contrat.

³ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*

⁴ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 99 ; *adde* GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, n° 257.

constitue le fondement de son art¹. En effet, « *le droit se réalise à l'aide de catégories juridiques, c'est-à-dire de cadres dans lesquels prennent place les éléments de la vie juridique, selon leurs natures et leurs ressemblances* »². Le perfectionnement de l'observation des phénomènes de droit positif permet l'affinement du vocabulaire juridique qui lui-même en facilite par la suite la compréhension. Ainsi, le constat de l'existence d'exigences qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat, et qui ne peuvent être qualifiées d'obligation tant en raison de leurs caractéristiques que de leurs effets, doit conduire l'observateur à en proposer une qualification autonome, une véritable conceptualisation.

La difficulté d'une telle démarche est réelle en raison de l'absence de consécration actuelle par le législateur d'une signification précise et autonome de ces notions. Ainsi, l'élaboration d'un modèle théorique et abstrait en forme de définition ne peut être effectuée que par l'examen direct des règles de droit, sans que le vocabulaire actuellement usité ne soit une aide fiable en la matière³. C'est grâce aux caractéristiques des phénomènes observés que pourront en être proposées des définitions, qui permettront à leur tour d'identifier d'autres manifestations de ces concepts. Ce travail de qualification juridique passe par la détermination de la substance et des effets propres aux devoirs et aux incombances contractuels. Il s'agit de déterminer concrètement l'objet et la finalité de ces contraintes et de voir quelles sont les conséquences attachées à leur manquement. La compréhension de ce qu'elles impliquent pour le contractant ainsi que la précision de leur utilité dans la phase d'exécution du contrat permettra d'en proposer une définition⁴. Ce travail *a priori* essentiellement théorique, emporte de réelles incidences pratiques car, d'une part, il contribue à mettre en valeur les exigences comportementales précises que la conclusion du contrat implique à la charge de la personne du contractant, et, d'autre part, il permet de souligner la spécificité des effets attachés à leur manquement. Le travail de définition facilite d'ailleurs l'explication du régime attribué à chacune de ces contraintes juridiques, et réciproquement, la caractérisation des sanctions entraînées par l'inobservation de l'une ou l'autre de ces exigences invite à la qualification des règles observées en devoir ou en incombance.

21. Un enjeu de classification juridique. Le second enjeu de l'étude du devoir et de l'incombance contractuels est d'établir la dialectique qui s'opère entre ces phénomènes

¹ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 922.

² V. TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 404. (C'est l'auteur qui souligne).

³ Pour le devoir, V. *supra*, n° 8 ; S'agissant de l'incombance, une même difficulté est relevée par Reimer SCHMIDT qui l'étudie en droit allemand (V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *thèse préc.*, p. 102), car en allemand, « *le mot incombance tombe dans le large cercle des expressions employées pour désigner les devoirs* » („Das Wort Obliegenheit fällt also in den weiten Kreis der Ausdrücke, die für Pflichten gebraucht werden“).

⁴ V. VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*, 1950, I, 851, n° 4 et s.

juridiques¹ : il s'agit de clarifier les rapports qu'entretiennent les différentes exigences comportementales pesant sur le contractant, cette clarification passant par une classification des effets du contrat. S'il a été vu à quel point la notion de devoir se prête depuis des siècles à des propositions de classification, selon ses sources, ou selon la force avec laquelle il s'impose à l'individu², une telle démarche mérite d'être adoptée dans le cadre spécifique des relations contractuelles. Il convient de proposer une taxinomie des contraintes comportementales imposées aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat, et plus précisément, de répondre à la question de savoir si elles rendent compte de phénomènes similaires ou non. À travers l'étude du devoir et de l'incombance contractuels, ce sont les rapports qu'entretiennent ces concepts qu'il s'agit de montrer. Il doit être déterminé si ces notions décrivent un même phénomène doté de variantes – et par exemple de voir si l'incombance constitue une sous-catégorie de devoir contractuel – ou bien si elles trouvent des caractéristiques et des effets dissemblables impliquant la construction d'une catégorisation alternative et l'édification d'éventuelles sous-classifications distinctes.

22. Deux concepts parents mais distincts. L'étude du devoir et de l'incombance en matière contractuelle mène au constat d'une véritable parenté entre ces concepts, qui méritent cependant d'être clairement distingués en raison, tant de leur sens, que de leurs effets.

Ces notions participent d'un même phénomène en ce qu'elles visent des contraintes purement comportementales que les contractants doivent observer au-delà des obligations qu'ils sont tenus d'exécuter. Mais au sein de ce genre commun, le devoir et l'incombance constituent deux espèces de contraintes comportementales distinctes : de la contrainte catégorique et permanente pesant sur le contractant dans l'intérêt de chaque partie que permet d'identifier la notion de devoir contractuel³, se différencie l'incombance contractuelle en tant que contrainte ponctuelle, accessoire à l'exercice d'un droit, qui n'a à être observée par son titulaire que dans son propre intérêt, s'il entend pouvoir effectivement jouir de sa prérogative⁴. En toute logique, et conformément au constat d'une différence de caractéristiques propres à ces phénomènes, est observée une disparité quant à leurs effets respectifs : en tant que contrainte s'imposant au contractant de manière catégorique, le devoir doit être observé sous peine, pour l'agent, de commettre une faute contractuelle, de nature à entraîner l'application des sanctions contractuelles traditionnelles ; en revanche, le défaut d'accomplissement d'une incombance ne nuit qu'à celui qui ne s'y soumet pas, en ce que ce manquement implique seulement la déchéance du droit conditionné par le comportement attendu. Or, l'application

¹ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, (ss dir. de) A. Lalande, Quadrige, PUF, 3^e éd., 2010 : V^o Dialectique : Sens 1, A. 2^o : « *Art de diviser les choses en genres et en espèces (autrement dit de classer des concepts), pour pouvoir les examiner et les discuter* ».

² V. *supra*, n^o 3 et s.

³ V. *infra* n^o 182 et s.

⁴ V. *infra* n^o 214 et s.

d'une telle sanction rend inopportune voire impossible l'application de la plupart des remèdes traditionnels de l'inexécution.

L'étude simultanée de ces concepts mène ainsi au constat de l'existence de deux catégories juridiques autonomes, bien que celles-ci trouvent des points de contact qui justifient leur analyse comparative. De manière classique, la démonstration de la réalité de ces catégories juridiques sera opérée à travers la révélation de leur nature juridique et des sanctions qui découlent du manquement à la contrainte qu'elles renferment¹. Ainsi, l'étude des notions de devoir et d'incombance contractuels (Partie I), permettra d'identifier les sanctions de chacune d'elles (Partie II).

¹ V. TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 404.

PREMIERE PARTIE

**LES NOTIONS DE DEVOIR ET
D'INCOMBANCE CONTRACTUELS**

23. Des notions inégalement étudiées. Les notions de devoir et d'incombance ne font pas l'objet d'une reconnaissance générale et unanime par la doctrine contemporaine. Ces notions ont pu apparaître au détour d'autres études¹, et ainsi faire l'objet de réflexions doctrinales, souvent centrées sur l'une de leurs manifestations², mais elles n'ont jamais fait l'objet d'un examen d'ensemble en droit français. Deux raisons différentes peuvent être avancées pour expliquer ce constat. Tout d'abord, bien que la notion de devoir soit ancrée tant dans le langage courant que dans le langage juridique depuis longtemps, elle souffre souvent d'imprécision, ou d'approximation quant à sa définition³. Son emploi ne semblerait alors *a priori* pas permettre d'affiner l'étude des phénomènes juridiques, et donc n'aurait pas d'intérêt pour la science du droit. Ensuite, la notion d'incombance s'avère, quant à elle, être un néologisme dont la réception en droit français n'est pas encore opérée, et qui se heurte à des doutes quant à la pertinence de sa reconnaissance juridique⁴.

Ainsi, qu'elles soient considérées comme extérieures au droit⁵, ou conceptuellement inexistantes⁶, ces notions souffrent toutes deux d'incertitudes quant à leur intégration dans le domaine juridique. Cette même difficulté est une première justification de l'analyse combinée des notions de devoir et d'incombance.

24. Une étude combinée des notions de devoir et d'incombance. Si ces notions ont pu faire l'objet de quelques recherches doctrinales, elles ont cependant très rarement été jointes l'une à l'autre. Cela est particulièrement notable concernant le devoir, qui est souvent rapproché de l'obligation, mais non de l'incombance, celle-ci étant encore assez peu connue. En revanche, l'incombance est parfois définie comme étant un devoir⁷ – sans pour autant que

¹ Pour le devoir, V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, spéc. n° 484 et s. ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, spéc. n° 53 et s. ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001, spéc. n° 874 et s. ; FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat), thèse préc.*, spéc. n° 12 et s. ; Pour l'incombance, V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, spéc. n° 491 et s. ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, spéc. n° 92 et s. ; FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 472 et s.

² Par ex., pour une étude spécifique du devoir de loyauté, V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.* ; Pour l'analyse des incombances liées à l'agrégation de la livraison dans la vente, V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, spéc. n° 492 et s.

³ Selon un avis largement partagé en doctrine, le devoir se distinguerait de l'obligation en ce que son sens serait moins précis, V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 148 : « Le devoir est de l'ordre des généralités » ; adde MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1 ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 14. V. *supra*, n° 8 et s.

⁴ Pour des auteurs sceptiques quant à la réalité de ce concept, V. not. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 472 et s. ; LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.* V. *infra*, n° 51 et s.

⁵ Concernant la notion de devoir, V. *supra*, n° 8 ; *infra*, n° 48 et s.

⁶ Concernant la notion d'incombance, V. *supra*, n° 11 et 15 ; *infra*, n° 51 et s.

⁷ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « nombre de contrats contiennent des « devoirs » mis à la charge des parties, dont l'inexécution ne permet pas de demander

celui-ci ne soit véritablement défini. Un lien semble alors s'établir entre ces concepts. Ce qui justifie, là encore, une étude combinée de ces notions. Il s'agit d'analyser si derrière une dénomination distincte sont visés des phénomènes dissemblables. Étudier le devoir et l'incombance suppose, non seulement de saisir leur sens propre afin de pouvoir révéler l'utilité de leur reconnaissance, mais également de comparer ces notions l'une à l'autre, pour voir ce qui les rapproche et ce qui les distingue.

25. Des espèces distinctes appartenant à un genre commun. Précisément, l'étude du devoir et de l'incombance en matière contractuelle aboutit au constat d'une réelle parenté entre ces notions, bien que celles-ci ne soient pas identiques. Il s'agit d'espèces distinctes, appartenant à un genre commun. En effet, ces notions partagent un point commun essentiel qui les regroupe en un même genre : elles traduisent des exigences comportementales, qui s'imposent au contractant à l'occasion de l'exécution du contrat, elles ont une nature comportementale commune (Titre I). Mais, elles ne sont pas similaires pour autant. Il appert effectivement que si ces notions expriment toutes deux un phénomène de contrainte comportementale, les contraintes qu'elles imposent ne sont pas pour autant analogues. Cette différence du type de contrainte exercée sur le contractant explique que les notions de devoir et d'incombance trouvent des définitions distinctes (Titre II).

Titre I : Des contraintes comportementales imposées au contractant

Titre II : Des contraintes comportementales distinctes

l'exécution forcée ou d'obtenir des dommages-intérêts, mais fait perdre au débiteur un avantage qu'il aurait dû retirer du contrat » ; adde Vocabulaire juridique, op. cit., V° Incombance.

TITRE I

DES CONTRAINTES

COMPORTEMENTALES IMPOSÉES AU

CONTRACTANT

26. Des contraintes comportementales. À travers les notions de devoir et d'incombance, il est fait référence à l'analyse du comportement du contractant dans l'exécution du contrat. Il a été remarqué, depuis quelque temps, que les contractants sont tenus, en plus de l'exécution de leurs obligations, d'adopter un comportement compatible avec la bonne réalisation du contrat¹. Il est souvent fait référence aux notions de bonne foi², de loyauté³ ou encore de coopération⁴ pour faire état de ces exigences qui ne peuvent être assimilées à des obligations *stricto sensu*. Il s'agira de démontrer que les notions de devoir et d'incombance sont particulièrement adéquates pour rendre compte des diverses contraintes comportementales qui s'imposent aux contractants au-delà de la simple exécution de leurs obligations.

27. Des contraintes révélant la complexité des effets du contrat. Le contrat est régulièrement défini comme « *une convention génératrice d'obligations* »⁵. Il serait ainsi

¹ V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 485.

² V. not. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.*

³ V. not. LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com.*, avr.-juin 1999, p. 273 et s. ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* ; AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », *APD*, t. 44, 2000, p. 195 et s. ; LYONNET (B.), « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *GP*, 2000, 2, Doctr., 2119.

⁴ V. not. DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *art. préc.*

⁵ V. MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014, n° 60 ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 430 et n° 439. La nuance entre contrat et convention est souvent mise en avant, bien que la différence n'emporte pas vraiment d'enjeux techniques, V. CABRILLAC (R.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 12 : « *les auteurs s'accordent en général à considérer les deux termes comme synonymes* ». Or, sur ce point, il a pu être remarqué que « *le fait qu'on puisse confondre, dans le langage juridique, le contrat et la convention suffirait peut-être à montrer que la production d'un rapport d'obligation n'est pas l'élément le plus caractéristique du mécanisme de l'accord de volontés obligatoire* » (ANCEL (P.), « force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, n° 4, 1999, p. 771 et s.) ; *adde infra* n° 67 et s.

expliqué tant par son mode de formation, c'est-à-dire un accord de volontés, que par son effet, la création d'obligations¹.

Cet effet créateur d'obligations est unanimement admis en doctrine. En outre, pour beaucoup d'auteurs, la conclusion du contrat entraîne uniquement cet effet². Selon cette conception, soit le devoir et l'incombance ne pourraient avoir une existence qu'à la périphérie du contrat³, soit il serait tout simplement faux, voire arbitraire, de chercher à les différencier des obligations⁴. La source de la difficulté réside principalement dans la conception retenue de l'obligation. Il convient alors d'identifier précisément cette notion, ainsi que sa place dans le contrat. Or, il peut être précisément démontré que, si le contrat a pour effet principal de donner naissance à des obligations contractuelles à la charge des parties, cela n'implique pas qu'il ait seulement cet effet⁵. Il implique également, au-delà de ce contenu obligationnel, des devoirs et des incombances à la charge des parties. Ces notions ont une nature commune en ce qu'elles sont des contraintes non-obligationnelles impliquées par la conclusion du contrat (Chapitre I).

28. La question du fondement juridique des effets non-obligationnels du contrat. Une fois cette observation portée sur les effets du contrat, il est nécessaire de s'interroger sur la justification d'un contenu contractuel autre qu'obligationnel. Le contrat étant un acte de prévision, voulu et organisé par les parties, comment justifier que s'imposent à elles des exigences comportementales se différenciant des prestations stipulées ? Une réponse à cette interrogation sera proposée à travers l'étude du fondement juridique des devoirs et des incombances contractuels (Chapitre II).

Chapitre I : Une nature commune

Chapitre II : Un fondement commun

¹ Il est toutefois aujourd'hui reconnu que le fondement volontariste ne suffit plus pour expliquer le phénomène contractuel : V. not. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., spéc. n° 433.

² Du moins au niveau des contraintes pesant sur les contractants, car il est vrai qu'aujourd'hui, la grande majorité des auteurs évoque au moins la question des effets extinctifs ou translatifs de droits du contrat : V. not. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, I- L'acte juridique*, op. cit., n° 234 ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 2.

³ Pour un refus net de considérer le devoir comme un effet du contrat, V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 115. V. infra, n° 48 et s.

⁴ Des auteurs ont pu contester la spécificité de la notion d'incombance, considérant qu'il s'agit ni plus ni moins que d'obligations, V. not. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », art. préc. ; adde FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 472 et s. V. infra, n° 51 et s.

⁵ V. not. GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 2 : « L'effet obligatoire du contrat doit être clairement distingué des obligations qu'il peut faire naître. Cette distinction doit être faite alors même que le contrat fait principalement naître des obligations. ».

Chapitre I

Une nature commune

29. La confrontation des notions de devoir et d'incombance contractuels à l'obligation. Les notions de devoir et d'incombance sont parfois contestées en doctrine, notamment en ce qu'elles seraient dépourvues de réelle autonomie vis-à-vis de la notion d'obligation¹. Ces concepts ont cela de commun qu'ils se heurtent, pour leur reconnaissance, à la notion centrale du droit des contrats que constitue l'obligation. Or, il peut être démontré que le devoir et l'incombance se distinguent de l'obligation tant par leur nature, que par leur régime (Section I). Néanmoins, cela exposé, reste encore à convaincre de leur intégration au contrat.

30. Des effets contraignants du contrat au-delà des obligations. Le lien nécessaire et indissoluble qui existe classiquement entre le contrat et l'obligation ne laisserait *a priori* aucune place aux devoirs et aux incombances en droit des contrats. Pourtant, après examen, il appert que les effets du contrat sont plus riches que ce que son analyse traditionnelle admet². Si les parties sont bien soumises au respect des obligations nées du contrat, toute contrainte émanant de ce dernier ne doit pas être assimilée à une obligation contractuelle. Il existe des effets contractuels non-obligationnels auxquels participent précisément le devoir et l'incombance contractuels (Section II).

¹ V. *supra*, n° 8, 11, 15.

² V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.* ; *adde* WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.* ; BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », *art. préc.*, spéc. n° 103 et 167 et s. V. *infra*, n° 68 et s.

Section I

Des notions distinctes de l'obligation

31. La question de l'identification de l'obligation. Si les devoirs et les incombances peinent à être distingués de l'obligation civile¹, c'est en raison du fait que celle-ci n'est elle-même pas correctement identifiée². Or, à bien vouloir accepter qu'elle représente une valeur destinée à satisfaire un besoin de son destinataire, il apparaît que cette notion n'est pas à même de décrire les exigences de conduites qu'un individu doit adopter au moins partiellement dans son propre intérêt, ce à quoi les notions de devoir et d'incombance correspondent exactement. En vérité ces notions se distinguent clairement de l'obligation par leur nature (§1). Cette différence de nature justifie d'ailleurs l'incompatibilité du régime général des obligations avec ces contraintes comportementales (§2).

§1- Une différence de nature avec l'obligation

32. La dimension éthique face à la composante économique du contrat. Le critère de distinction du devoir et de l'incombance vis-à-vis de l'obligation réside dans leur nature. Le devoir et l'incombance sont des exigences de droiture à la charge du contractant, dénuées de valeur marchande. Contrairement à l'obligation qui vise la satisfaction d'un besoin économique d'autrui (A), ces contraintes impliquent une exigence purement comportementale (B).

A- La nature patrimoniale de l'obligation civile

33. La recherche du sens juridique de la notion d'obligation. La recherche du sens de la notion d'obligation doit passer par l'analyse de ses origines en droit romain. En effet, « *c'est Rome qui va inventer l'obligation* »³, bien que le sens qui lui était initialement

¹ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922.

² V. *Ibid.*

³ V. TERRÉ (F.), « Présentation », *APD*, t. 44, 2000, p. 9 et s. ; *adde* VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.* : « *c'est un mot qui fut puisé par les modernes dans le droit romain* » (c'est l'auteur qui souligne) ; PIÉRI (G.), « Obligation », *APD*, t. 35, S., 1990, p. 221 et s.

alloué ait évolué à travers les siècles¹ (1). À la lumière des différentes conceptions proposées de l'obligation civile, apparaîtra son élément caractéristique (2).

1. L'évolution de la notion d'obligation

34. Les origines de la notion en droit romain. Si l'Orient ancien a connu le Droit sans le théoriser², et la Grèce antique a fourni des réflexions philosophiques sur le Droit sans en proposer des analyses techniques³, en revanche Rome a commencé à construire des concepts juridiques, parmi lesquels la notion fondamentale d'obligation⁴. Celle-ci apparaît indirectement pour la première fois à travers l'institution du *nexum*, dans le texte des XII Tables, qui impliquait une contrainte de s'exécuter en vertu de la force de paroles échangées⁵. Son effet obligatoire le différenciait du *mancipium* qui avait un effet réel. Cette notion semble pourtant plutôt correspondre à notre conception contemporaine du contrat, en ce qu'elle vise la force obligatoire liée à l'expression d'une volonté. D'ailleurs il semble que le terme latin *contractus* soit apparu avant la notion d'*obligatio* en droit romain⁶. Ainsi l'idée d'engagement contractuel précéderait, sur un plan historique, celle d'obligation. Le terme « *obligatio* », qui n'apparaît qu'avec LABEON⁷ semble alors compris comme un acte, « *l'acte ou le fait de lier, d'entourer d'un lien quelqu'un ou quelque chose* »⁸. L'étymologie du mot *obligatio* fait apparaître très clairement cette idée de lien. En effet il est dérivé du verbe *obligare* – un composé de *ob* et *ligare* – qui signifie « *lier autour* »⁹. On observe ainsi dès l'origine une proximité certaine entre les notions de contrat et d'obligation¹⁰. Dans son sens premier,

¹ V. TERRÉ (F.), « Présentation », *art. préc.* : « De tous côtés [...] la signification de l'obligation juridique a été remise en cause ».

² V. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19 et s. : « ce monde oriental n'avait pas de vocabulaire pour désigner les notions juridiques abstraites, telle que la loi, le droit, le contrat, les successions, etc. ».

³ V. *Ibid.* : « il n'y eut pas de véritable doctrine juridique grecque bien élaborée » ; « il n'y a pas eu en Grèce un mot spécifique pour désigner le lien d'obligation ».

⁴ V. RAMPENBERG (R.-M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *APD*, t. 44, 2000, p. 51 et s.

⁵ « cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ». V. GIRARD (P.-F.) et SENN (H.), *Les lois des Romains*, Naples, 1977, p. 23.

⁶ V. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *art. préc.* : « Contractus apparaît avec Servius Sulpicius Rufus (consul en 51 av. J.-C.) dans un passage de son *De dotibus*, rapporté par Aulu-Gelle (*N.A.IV*, 4, 1-2). Le fragment concerne les fiançailles, sponsalia. Le juriste dit, à leur propos, « contractus stipulationumque, qui dicebatur sponsalia » [...]. Mais Servius ne parle pas encore d'obligation. ».

⁷ V. Les textes rapportés au Digeste (D. 50, 16, 19).

⁸ V. PIÉRI (G.), « Obligation », *art. préc.*

⁹ V. PIÉRI (G.), « Obligation », *art. préc.* (l'auteur fait référence à ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 4^e éd., 2001, V^o *ligare*).

¹⁰ Georges PIÉRI indique d'ailleurs que « Labeon, dans un fragment célèbre (D. 50, 16, 19), utilise *obligatio* pour désigner le *contractus* : le *contractus* qui est en effet un acte, est identifié à une *ultra citraque obligatio* : le fait de lier de part et d'autre, c'est réaliser l'acte du contrat. » (PIÉRI (G.), « Obligation », *art. préc.*).

l'obligation est un « assujettissement »¹. Ce n'est que plus tardivement que l'obligation a désigné ce qui résulte de l'acte de lier. Puis, progressivement, d'autres sources de l'obligation ont été révélées, tout d'abord le délit², et finalement le quasi-contrat, le quasi-délit et la loi³, ce qui a mené à la classification des obligations en fonction de leur source.

L'évolution de la conception de l'obligation en droit romain a trouvé son apogée avec la célèbre définition des *Institutes* de JUSTINIEN, selon laquelle « l'obligation est un lien de droit (vinculum iuris) par la rigueur duquel nous sommes astreints (adstringimur) à exécuter une prestation (alicuius solvendae rei) conformément au droit de notre cité »⁴. L'obligation y est toujours définie comme un lien mais ce qui parachève sa conception est l'insistance nouvelle sur son objet, à savoir la prestation. La définition ne comporte toutefois pas le terme propre de prestation qui est appararu plus tard⁵, elle fait plus exactement référence à la « nécessité de payer quelque chose »⁶. Ainsi, s'est développée à cette époque la conception de l'obligation comme une valeur à transférer, un paiement. Cette définition juridique a été malheureusement quelque peu déformée au Moyen Âge.

35. La déformation du sens de l'obligation au Moyen Âge. Les philosophes chrétiens ont pu user du terme latin *obligatio* pour désigner le devoir au sens moral, auquel est tenu l'Homme en raison de sa soumission à Dieu⁷. La conception technique de l'obligation élaborée par les juristes romains est ainsi clairement déformée, en effet, il s'agit d'un sens que le mot *obligatio* n'a jamais eu en droit romain. Les romains désignaient ce que nous appelons devoir sous le terme « *officium* »⁸. Cet emploi déformé a perduré par la suite, notamment sous la plume des auteurs du droit naturel moderne⁹. Le sens général ainsi donné au mot obligation

¹ V. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l' « obligation » dans le droit de la Rome antique », *art. préc.*

² Cette classification sera notamment opérée par Gaius dans ses *Institutes* (III 88 sq.). V. *Ibid* : « rien n'établit l'antériorité de l'obligation délictuelle, sinon une certaine image que l'on s'est faite de la vie sociale dans des temps très anciens ».

³ V. Livre III des *Aurea* (D. 44, 7, 5) œuvre attribuée à Gaius tardivement, mais écrite par un auteur inconnu sur la base des *Institutes* de Gaius : référence à l'obligation « quasi ex contractu » ou « quasi ex maleficio ». (V. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l' « obligation » dans le droit de la Rome antique », *art. préc.*).

⁴ « Obligatio es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura », *Institutes* de Justinien (III, 13, pr.) ; Malheureusement, le juriste à l'origine de cette formule n'est pas identifié par les historiens du droit : « il ne paraît pas possible de proposer avec certitude un nom pour désigner l'auteur de cette expression fameuse » (GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l' « obligation » dans le droit de la Rome antique », *art. préc.*).

⁵ V. *infra*, n° 36.

⁶ V. la traduction de PIÉRI (G.), « Obligation », *art. préc.* : « l'obligation est un lien de droit en vertu duquel nous sommes liés (ou attachés) par la nécessité de payer quelque chose selon le droit de notre cité ».

⁷ V. not. SAINT THOMAS d'AQUIN, *Somme Théologique*, trad. A. M. Roguet, Cerf, 4 t., 1984-1986, spéc. Ia IIae, q. 104, 3 ; Ia IIae, q. 88, a. 1 et a. 3.

⁸ V. MACKELDEN (F.), *Manuel de droit romain*, Bruxelles, 1841, p. 6 : « on n'appelle jamais chez les Romains obligatio ce que nous entendons par devoir et obligation en général, mais officium » ; adde CICÉRON, *De officiis* [Traité des devoirs], *op. cit.* V. *supra*, n° 3.

⁹ V. PIÉRI (G.), « Obligation », *art. préc.* : « La définition que le droit moderne donne de l'obligation, tout en conservant le langage du droit romain, s'est détourné de son esprit, notamment en y introduisant les

est à la base des confusions qui sont aujourd'hui parfois faites entre les termes de devoir et d'obligation¹. Les juristes de l'Ancien Droit ont pu cependant revenir sur la définition juridique de l'obligation et l'approfondir.

36. L'apparition de la notion de prestation dans l'Ancien Droit. Les juristes du XVI^e siècle vont préciser la définition de l'obligation en soulignant l'effet du lien qui unit le créancier au débiteur. En effet, ces auteurs vont insister sur l'objet de l'obligation, c'est-à-dire qu'ils vont mettre en avant le fait que l'obligation implique une prestation. Ainsi, avec DONEAU² et VINNIUS³, « *la prestation fait son entrée dans la définition de l'obligation* »⁴. La notion de prestation va par la suite gagner en importance dans la définition de l'obligation. Cela est d'ailleurs visible à la lecture du Code civil.

37. La réception de la notion d'obligation par le Code civil. Le Code civil de 1804 fait spécifiquement référence à l'obligation dans le Titre III du Livre III qui est consacré aux contrats. Ainsi, c'est l'obligation contractuelle qui sert de modèle à sa conceptualisation⁵. Si le Code fait planer une certaine ambiguïté terminologique en visant tantôt le contrat, tantôt l'obligation, il n'apparaît pas moins que le législateur a cherché à mettre l'accent sur la prestation impliquée par l'accord⁶. Il définit l'obligation par référence à son objet. En effet l'article 1126 du Code civil dispose que « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie*

présupposés subjectivistes et moraux de la philosophie du droit naturel impliquant un concept de rapport fondé sur la rencontre de sujets volontaires, égaux dans l'obligation juridique, inégaux dans l'obligation morale ou politique, mais dans les deux cas établi sur la notion de devoir. » ; adde VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », art. préc. : « Généralement la philosophie politique moderne nous paraît avoir emprunté une grande partie de son langage au droit romain : les mots de société, de contrat, de pacte, de personne, d'état. Ainsi en est-il du vocable d'obligation. Mais [...] moi qui ai touché au droit romain par obligation de carrière, je ne puis qu'être scandalisé par le sort qui est fait à ces termes une fois passés dans les systèmes politiques modernes [...] par exemple ni Hobbes ni Locke ni même Grotius ou Pufendorf ni évidemment Wolff, Rousseau, Kant, Fichte ou Hegel n'ont pratiqué le droit romain de façon sérieuse [...]. Alors, ces termes du droit romain qu'ils ont exploités [...] il est curieux de constater combien ils ont faussé leur sens » (c'est l'auteur qui souligne) ; SEVE (R.), « L'obligation et la philosophie du droit moderne », *APD*, t. 44, 2000, p. 87 et s.

¹ Un même problème existe en droit allemand, car le terme *Pflicht* désigne à la fois l'obligation dans un sens technique et dans un sens général, et dans ce dernier sens elle est alors synonyme de devoir : V. *Grand Dictionnaire universel Allemand*, Harrap's, 1^e éd., 2012, V^o *Pflicht* « 1. devoir [...] « *nur seine Pflicht tun* » : ne faire que son devoir [...] *Pflichtwidrigkeit* f JUR : manquement aux obligations ».

² V. DONEAU (H.), *Commentarium de jure civili viginti octo, in quibus jus civile universum singulari artificatio atque doctrina explicatum continetur*, Frankfurt 1595, 1596, spéc. 12, 1, 7 : « Sic obstringimur, ut necesse habeamus quid praestare » ; 15 : « ad quod praestandum quis obligatus ».

³ V. VINNI (A.), J. C., in *quatuor Libros Institutionum imperialium commentarius*, De oblig. t. 3, 13.

⁴ V. PIÉRI (G.), « Obligation », art. préc.

⁵ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 10 : « Le Code civil a construit le régime de l'obligation à partir de l'obligation contractuelle : le titre III du livre III qui lui est consacré (art. 1101-1369) est intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». Ces règles s'étendent avec des modifications, aux obligations extracontractuelles sur lesquelles le Code a été beaucoup moins disert (art. 1370 à 1387) ».

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 265 : « la terminologie du code est, en la matière, imprécise puisqu'il emploie tour à tour les expressions « objet du contrat » (art. 1126 à 1128) et « objet de l'obligation » (art. 1129 et 1130) pour désigner la même réalité : la prestation qu'un contractant s'engage à fournir à l'autre. ».

s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». L'objet de l'obligation semble ainsi précis, d'ailleurs il doit l'être. L'article 1129 du Code impose clairement « *que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». La prestation est obligatoirement quelque chose de déterminé, de concret, elle ne peut pas être abstraite. Ainsi, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 février 1983, les juges du droit ont pu décider que l'obligation de « faire un geste » au profit d'un tiers qui avait rendu service aux parties n'était pas une chose déterminable et ne pouvait donc pas être une obligation juridique¹. À la lecture du Code, il apparaît que c'est le contenu de l'obligation, c'est-à-dire ce sur quoi elle porte, qui est au cœur de sa conception contemporaine. Cela a pu mener certains auteurs, à l'orée du XX^e siècle à considérer que son aspect de bien transmissible l'emporte sur celui de lien entre deux sujets.

38. La conception objective de l'obligation. SALEILLES² et GAUDEMET³ ont défendu l'idée que l'obligation, par le déplacement de richesses qu'elle implique, est avant tout un élément du patrimoine de ses sujets. Elle constitue une valeur, négative pour le débiteur et positive pour le créancier. Elle est un lien entre deux patrimoines⁴. Ainsi l'analyse de l'obligation n'est plus centrée sur ses sujets mais sur son objet. C'est en cela que l'on peut parler d'une conception objective de l'obligation. La personnalité des parties au rapport devient secondaire. L'obligation peut engager n'importe quel débiteur au profit de n'importe quel créancier.

Cette théorie a pu justifier la transmissibilité de l'obligation – dimension qui était inconnue du droit romain. L'obligation étant un bien, elle est apte à circuler⁵. Les auteurs ont notamment justifié de ce fait la cession de dette⁶. Le lien que représente l'obligation n'est pas pour autant nié, les auteurs insistent seulement sur le fait que l'évolution de la conception de

¹ V. Cass. com., 28 févr. 1983, n° 81-14921.

² V. SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, Paris, 3^e éd., 1925.

³ V. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, S., 1937, réimpr. D., 2004.

⁴ V. SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, op. cit., n° 80 : « L'obligation est constituée par le fait promis, apprécié au point de vue de sa valeur pécuniaire. Considérée à ce point de vue, l'obligation se détache de la personnalité des parties qui en constituent les deux termes et devient un rapport juridique susceptible d'une valeur pécuniaire indépendante des personnes entre lesquelles elle existe. » ; adde GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 12 et s.

⁵ V. SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, op. cit., n° 82 : « en réalité admettre, comme on l'avait déjà fait, la transmissibilité active, c'était avouer que l'essence de l'obligation consistait dans la nature de la prestation à accomplir, la façon dont elle devait l'être et la somme d'activité à laquelle elle pouvait engager, ce que nous avons appelé le contenu de l'obligation, le praestare des Romains ; c'était reconnaître enfin que ce praestare pouvait avoir une valeur à part indépendante de la personne et circuler comme tel. » ; adde GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 13 ; HENRIOT (J.), « De l'obligation comme chose », *APD*, t. 24, 1979, p. 235 et s.

⁶ V. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 13 : « D'où cette conséquence : l'obligation est devenue transmissible activement et passivement. ».

l'obligation passe par la prédominance de plus en plus nette de son aspect de bien sur celui de lien¹. La conception objective n'est cependant pas la seule à avoir été défendue par la doctrine contemporaine, et quelques auteurs ont pu, au cours du XX^e siècle, plaider pour une conception dualiste de l'obligation.

39. La conception dualiste de l'obligation. Reprenant des théories élaborées par des auteurs germaniques², des juristes suisses³ et français⁴ ont proposé une conception dualiste de l'obligation, en vertu de laquelle celle-ci serait composée de deux éléments distincts, le *Schuld* – ou *debitum* en latin – lien de prestation sans contrainte, et l'*Haftung* – ou *obligatio* – lien de sujétion, pouvoir coercitif pouvant mener à l'exécution par équivalent. Cette théorie permet d'expliquer certains mécanismes du droit positif où il appert justement que l'un de ces deux éléments existe sans l'autre, ou est moins prégnant que l'autre⁵. Pourtant cette conception a pu être critiquée, notamment en ce qu'elle reposerait sur des fondements historiques erronés⁶, mais aussi parce que le montage complexe auquel elle recourt ne permettrait pas d'expliquer les hypothèses de fonctionnement normal de l'obligation⁷. Ainsi, cette théorie « *ne s'est jamais imposée en droit positif français* »⁸, bien qu'il y soit parfois référé pour expliquer certaines notions, notamment l'obligation naturelle⁹. Finalement, la

¹ V. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 12 : « toute l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus, on la considère comme une valeur, comme un assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets » ; adde CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, op. cit., n° 3.

² V. not. VON AMIRA (K.), *Nordgermanisches Obligationrecht*, Leipzig, 2 vol., 1882-1895 ; *Grundriss des germanischen Rechts*, Strasbourg, 3^e éd., 1913, rééd. Vdm Verlag, 2008 ; VON GIERKE (O.), *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 3 vol. 1885-1917 ; *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910. Sur la base des théories de WINDSHEID (B.), *Lehrbuch des pandektenrechts*, t. II, Francfort, 1906 ; SOHM (R.), *Der Begriff des Forderungrechts*, Grünhut's Zeitschrift n° 4, 1877, p. 457 et s. ; et BRINZ (A. R. von), *Kritische Blätter*, Erlangen, 1853 ; *Der Begriff Obligatio*, Grünhut's Zeitschrift n° 1, 1874, p. 11 et s. ; *Lehrbuch des pandekten*, Erlangen, 1879, vol. II-1 ; *Obligation und Haftung*, Archiv für die Civilistische Praxis, n° 70, 1886, p. 371 et s.

³ V. not. PELET (J.), *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Lausanne, 1937.

⁴ V. not. CORNIL (G.), « *Debitum et obligatio*, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Mél. Girard*, Rousseau, 1912, p. 199 et s. ; POPA (E.-A.), *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, Paris, 1935 ; COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse préc. ; GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968 ; PRIGEANT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.*, 2008, p. 401 et s.

⁵ V. les riches explications de Grégoire FOREST sur ce point, in *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., spéc. n° 75 et s. : Le « *Debitum plus intense que l'obligatio* » expliquerait les dettes recueillies par l'héritier, les obligations *propter rem*, le concordat de remise ; l'« *Obligatio plus intense que le debitum* » justifierait les mécanismes de la solidarité et de l'indivisibilité ; en outre l'hypothèque, le gage d'une dette future, ou encore la promesse d'exécuter une obligation naturelle seraient des manifestations de la naissance décalée de ces deux composantes de l'obligation.

⁶ V. not. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., spéc. n° 99 et s. : l'auteur fait état d'« *une théorie fermement combattue par les historiens* ».

⁷ V. *Ibid.*, n° 120 et s.

⁸ V. *Ibid.*, n° 126.

⁹ V. not. LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, (ss dir. de) Ch. Larroumet, t. 3, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^e éd., 2014, n° 23 : L'obligation naturelle serait « *la conséquence* » de la distinction entre le *Schuld* et l'*Haftung* ; adde PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil*, 2^e année, *Les obligations*,

plupart des juristes français expliquent aujourd'hui l'obligation par référence à la définition des *Institutes* de JUSTINIEN.

40. La conception actuelle de l'obligation : l'influence certaine de la définition des *Institutes* de JUSTINIEN. Les conceptions objective et dualiste « *n'ont pas exercé en droit français d'influence décisive* »¹. En réalité, aujourd'hui, la plupart des auteurs font référence à la définition des *Institutes* de JUSTINIEN pour exposer les différents éléments constitutifs de l'obligation², et ainsi la consacrent pleinement³. Le maintien des racines du droit romain dans l'esprit des juristes contemporains expliquerait d'ailleurs la permanence de la rigueur du droit des obligations⁴. Ainsi, une doctrine quasi unanime avance aujourd'hui que l'obligation est composée à la fois d'un lien de droit entre un créancier et un débiteur et d'une prestation due par ce dernier au premier, en vertu de ce lien de droit.

L'analyse de l'évolution de la notion d'obligation permet de mettre en avant un aspect qui demeure présent et fondamental dans chacune des définitions proposées, à savoir la prestation. Or, il peut être précisément démontré que la prestation constitue le critère essentiel de l'obligation.

2. La caractérisation de la notion d'obligation

41. Le caractère pécuniaire de l'obligation. La prestation apparaît clairement comme étant au cœur de l'obligation civile. En effet, elle en est l'objet (a). Or, la prestation

Hypercours, D., 8^e éd., 2014, n° 9 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 2 ; PICOD (Y.), « Obligations », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015, n° 9.

¹ V. PICOD (Y.), « Obligations », art. préc., n° 12.

² V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Le contrat et les obligations*, Paris, A. Rousseau, 2^e éd., 1936, n° 2 : « Le mot « obligation » éveille une idée juridique simple. La définition de l'obligation est classique, presque sacramentelle, et vient du droit romain. L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, par suite duquel l'une, appelée débiteur, est astreinte à quelque chose envers l'autre, appelée créancier. » ; adde *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o Obligation, sens 2 ; définition reprise par BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, S., 14^e éd., 2014, n° 2 et s. ; FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations I- Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, 3^e éd., 2012, p. 1 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 2.

³ V. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », art. préc. : « Que cette expression romaine ait eu sa place dans les manuels modernes de droit romain n'a pas de quoi surprendre. Il est plus remarquable de la retrouver dans des manuels de droit civil contemporain, comme si, expression d'une évidence, elle fournissait la définition la plus parfaite de l'obligation. Belle consécration par l'usage commun des juristes d'une image familière aux Romains, mais dont les origines demeurent inconnues. ». Pour la défense d'une définition de l'obligation comme lien de droit assorti d'une force contraignante, V. not. DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 2004.

⁴ V. not. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1.

représente une valeur économique (b). Ainsi, l'obligation tient sa particularité de sa nature patrimoniale¹.

a. La prestation comme objet de l'obligation

42. Le rejet du lien de droit comme élément caractéristique de l'obligation.

Définir l'obligation comme lien ou rapport de droit entre deux personnes ne semble pas assez précis². En effet, si elle donne naissance à un droit personnel, tout droit personnel n'est pas une obligation. Parmi les droits personnels il faut encore distinguer les droits personnels patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Ainsi, définir le droit personnel comme « *le droit pour le créancier d'exiger du débiteur [...] l'exécution de son engagement* »³ est restrictif puisque cette définition ne vise qu'un droit personnel spécifique : le droit de créance, droit personnel patrimonial. Or si l'on comprend le droit personnel comme étant celui qui « *individuel, [...] concerne une personne en particulier, qui lui est propre* », il faut convenir que les individus détiennent des droits personnels patrimoniaux comme extrapatrimoniaux⁴. La notion de droit personnel est plus large que celle d'obligation. De plus, définir l'obligation comme droit personnel ce n'est la définir que du seul point de vue du créancier, en omettant celui du débiteur. En outre, ce critère est équivoque car la confusion originaire faite entre obligation et contrat est née de la définition de l'obligation comme lien de droit⁵. D'ailleurs, une controverse a pu apparaître sur le point de savoir si le lien de droit est la cause de l'obligation ou son effet⁶. Enfin, par ce critère on cherche souvent à insister sur le caractère individuel et relatif de l'obligation en ce qu'elle serait due par un sujet déterminé au profit d'un autre

¹ Pour une proposition de « définition de l'obligation comme garantie » dont l'intérêt serait encore aujourd'hui « *masqué par l'écran complexe d'autres théories, notamment celle du patrimoine* », V. ROUVIERE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1 et s.

² *Contra*, V. HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris II, 2014, spéc. n° 31 et s. : Selon cet auteur c'est principalement le lien de droit qui permet de caractériser l'obligation et de la distinguer du devoir.

³ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Personnel, elle, sens 1.

⁴ V. *Ibid*, V° Extrapatrimonial, ale, aux, sens 1 : « *Qui ne fait pas partie du patrimoine, mais touche à la personne ; qui n'a pas le caractère d'un bien, mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce (sans exclure néanmoins que l'atteinte à un droit extrapatrimonial donne lieu à une indemnisation pécuniaire)* ».

⁵ V. *supra*, n° 34. D'ailleurs, dans une étude récente, un auteur a clairement associé l'idée de lien à la notion de contrat, V. FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, préf. C. Thibierge, Orléans, 2001.

⁶ V. not. LANTELLA (L.), « Note semantiche sulle definizioni di « obligatio », *Studi Grosso*, IV, 1971, p. 202, qui cite un passage du *Commentaire des Institutes* de J. De Révigny : « *Moi je montre que l'obligation n'est pas un lien de droit et la Glose dit bien : « de même que les bœufs sont liés par des cordes, de même les hommes sont liés par des paroles... » Si quelqu'un dit que la ligatio est la corde ou ce par quoi les bœufs sont liés, il dit mal : car la ligatio est ce qui résulte de l'application du lien à la chose liée... L'obligatio ne peut pas être appelée le lien lui-même, mais bien plutôt ce qui résulte de ce lien, ou l'effet du lien lui-même ; il lie la chose par le lien de droit (vinculo iuris) et de ce ligamentum résulte l'obligatio* ». BALDE avait pu mettre en avant le double sens du mot *obligatio*, en lui donnant tantôt le sens d'engagement (*stipulatio*), tantôt le sens d'effet de l'obligation (*effectus obligationis*) : V. LANTELLA (L.), « Note semantiche sulle definizioni di « obligatio », *op. cit.*, p. 206 et s.

également précisément identifié¹. Mais l'existence d'un destinataire déterminé de l'obligation n'est pas un critère décisif, et ne permet pas de la caractériser en propre. Il peut en effet exister des normes de comportement à la charge d'un individu précisément identifié envers un autre, sans pour autant que l'on puisse dire qu'il ait à son égard une obligation *stricto sensu*. Par exemple, on parle des devoirs entre époux. Ceux-ci « *se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance* »² en vertu de leur qualité de conjoint. Ils sont tenus à un comportement imposé par la loi précisément en raison de cette qualité. Mais on ne saurait dire pourtant qu'il s'agit d'obligations civiles. Ici, ce sont des contraintes purement comportementales qui sont imposées aux époux. D'ailleurs, un auteur qui a retenu le critère du lien de droit pour distinguer le devoir et l'obligation a été pourtant contraint de reconnaître qu'il existe des devoirs entre sujets déterminés³. Ce critère n'est donc pas véritablement satisfaisant pour distinguer clairement le devoir de l'obligation. Ce qui définit plus précisément l'obligation c'est qu'elle est *due au profit* d'une personne distincte de celui qui l'exécute. Ainsi, c'est l'existence d'une prestation à la charge d'un débiteur en faveur d'un créancier qui caractérise l'obligation civile.

43. L'obligation caractérisée par son objet : la prestation due. Il est souvent rappelé par les auteurs que si l'obligation est l'objet du contrat, la prestation est l'objet de l'obligation⁴. La prestation est au cœur de la définition de l'obligation⁵. Elle désigne « *soit, dans sa matérialité, la chose due, par ex. la somme prêtée (prestation en argent) le logement assuré ou le meuble vendu (prestation en nature), soit l'activité attendue du débiteur relativement à cette chose, par ex. le versement de l'argent, la fourniture du logement, la livraison du meuble, la réalisation d'un ouvrage* »⁶. Cette « matérialité » de l'obligation a pu être mise en évidence par la doctrine⁷. Du point de vue du débiteur, la prestation est à

¹ V. not. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922 ; adde HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 31 et s.

² V. art. 212 C. civ.

³ V. HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 119 et s. L'auteur donne notamment l'exemple des devoirs précontractuels.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 265 : « Une langue juridique exacte voudrait qu'on pose que le contrat a pour effet de créer une ou plusieurs obligations, lesquelles ont pour objet une certaine prestation » (Ce sont les auteurs qui soulignent) ; adde MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 596 ; ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 2013, n° 7. Sur la question de la distinction entre objet de l'obligation et objet du contrat, V. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005 ; adde *infra*, n° 69 et s.

⁵ Il a même été souligné qu'historiquement « la prestation précède l'obligation » : V. SACCO (R.), « A la recherche de l'origine de l'obligation », *APD*, t. 44, 2000, p. 33 et s., n° 6.

⁶ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Prestation, sens 1, a.

⁷ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* n° 155 : « dans la langue du droit, il semble que l'obligation contractuelle renvoie au registre d'une prestation économique » ; adde BRETHER de la GRESSAYE (J.), « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », *Revue générale du droit*, 1928, p. 193 et s. ; CHÉNEDÉ (F.), *Les commutation en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, spéc. n° 488 et s., p. 451 et s.

accomplir, il s'agit de la dette, une valeur à transférer. Tandis que du côté du créancier, la prestation est à recevoir, il s'agit d'une créance, elle est un bien devant intégrer l'actif de son patrimoine. Or, ne sont inscrits au patrimoine que l'« ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent) »¹. Ainsi, la prestation a une nature patrimoniale. Elle est une valeur pouvant faire l'objet d'un transfert de patrimoine à patrimoine.

b. La valeur comme objet de la prestation

44. La valeur composant l'obligation. La valeur est définie comme « ce que vaut, en argent, une chose ; le montant de la somme d'argent qu'elle représente, sa valeur pécuniaire »². Les partisans de l'analyse objective avaient raison d'insister sur l'aspect économique de l'obligation en tant que valeur patrimoniale³. Il ne s'agissait pas de nier la dimension de lien entre deux personnes mais de mettre en lumière l'élément véritablement déterminant de l'obligation, à savoir la prestation. Ce qui distingue l'obligation et constitue son critère propre c'est son aspect économique, le bien transmissible qu'elle représente⁴. Cela était déjà le sens de l'obligation en droit romain⁵. Cette analyse explique de manière générale que l'obligation puisse faire l'objet d'une transmission⁶. Elle permet également de comprendre que l'obligation est un effet du contrat, qui est par essence une opération économique⁷. Le contrat implique un transfert de valeurs, ce qui passe par la stipulation d'obligations contractuelles. Celles-ci réalisent le but économique recherché par les parties qui concluent le contrat⁸. La prestation qui constitue l'obligation est évaluable en argent, elle

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Patrimoine, sens 1.

² V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Valeur, sens 2 ; adde ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 2013, n° 1 et s., spéc. n° 2 : « Non seulement il existe des obligations de somme d'argent, mais les obligations ayant un autre objet se résolvent en argent quand leur exécution forcée n'est pas possible ».

³ V. *supra*, n° 38.

⁴ V. KRAMPE (Ch.), « Obligation comme bien, Droit français et allemand », *APD*, t. 44, 2000, p. 205 et s.

⁵ V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.* : l'auteur cite PAUL qui disait que les obligations sont des « choses assorties [...], d'une certaine « substance », d'une valeur patrimoniale [...] bien qu'elles représentent un passif du point de vue du débiteur. Elles sont des choses qui échoient aux particuliers, éléments de leur patrimoine ».

⁶ V. *infra*, n° 58 et s.

⁷ V. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 22.

⁸ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 157 : « les parties n'envisagent le rapport contraignant d'obligation que pour en retirer chacune un avantage matériel (un bien) ou intellectuel (une satisfaction) par le biais du transfert d'une chose issue de leur patrimoine, c'est-à-dire dotée d'une valeur » ; adde WICKER (G.), *Force obligatoire et contenu du contrat*, *art. préc.*, n° 16 ; FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 16.

est monnayable, on peut la chiffrer¹. Les obligations sont la cause économique de l'engagement des parties. Elles représentent en cela l'intérêt économique spécifique recherché par le créancier. En s'exécutant, le débiteur permet la satisfaction d'un intérêt propre au créancier, en opérant un sacrifice en sa faveur.

45. Une valeur dans l'intérêt propre du créancier. L'obligation représente un sacrifice pour le débiteur à l'avantage du créancier. Le débiteur se dépouille d'une valeur dont il dispose, qu'il s'agisse d'une somme d'argent, ou de son temps et de ses compétences, afin de combler une attente du créancier. L'obligation est donc une contrainte juridique spécifique en ce qu'elle implique que celui qui y est soumis agisse dans l'intérêt bien défini d'un destinataire précisément désigné. Cette exigence n'est en revanche aucunement dans l'intérêt du débiteur, puisqu'elle lui coûte, y compris dans le cadre spécifique d'un contrat synallagmatique, où le débiteur est également créancier d'une obligation en contrepartie de celle qu'il doit. En effet, s'il est *a priori* possible de penser que le débiteur trouve intérêt, dans cette situation, à honorer sa dette en raison de la créance qu'il attend du créancier, ce n'est pourtant pas l'obligation à laquelle le débiteur est soumis qui représente un intérêt pour lui, mais bien sa cause, à savoir, le droit de créance dont il dispose à l'égard du cocontractant. Si la créance est toujours dans l'intérêt du créancier, la dette n'est jamais dans l'intérêt du débiteur. Et bien qu'il ait pu être avancé qu'il est dans l'intérêt du débiteur d'exécuter son obligation pour ne pas subir la sanction attachée à son inexécution², cet argument poussé à l'extrême implique que toute espèce de norme juridique représente un intérêt à être observée par celui sur qui elle pèse. La norme juridique étant par essence assortie d'une sanction étatique, il est selon cette conception, dans l'intérêt du sujet d'observer toute norme qui s'impose à lui. Or, pour apprécier l'intérêt, précisément en tant que satisfaction d'un besoin, il faut prendre en compte l'effet même qu'emporte l'observation de la norme sur la personne et son patrimoine. Certaines contraintes juridiques servent directement l'intérêt de celui qui les observe, il en va ainsi des incombances, qui sont à proprement parler, dans l'intérêt même de ceux sur qui elles pèsent³. D'autres contraintes servent un intérêt au moins partiellement distinct de ceux sur qui elles pèsent, par exemple le devoir d'assistance entre époux, est une exigence légale qui sert l'intérêt de chaque époux. Ce critère qui sert à distinguer les devoirs et incombances des obligations, permet également de différencier les notions de devoir et incombance entre elles⁴. Et ce qui caractérise précisément l'obligation juridique c'est qu'il

¹ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 102 : l'obligation est ce qui « peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu » ; adde DABIN (J.), *Le droit subjectif*, thèse préc., p. 183.

² V. not. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, op. cit., § 28, n° 38, 4 : V. supra, n° 11.

³ V. infra, n° 237.

⁴ V. infra, n° 187 et s. et 236 et s.

s'agit d'une contrainte au désavantage de celui à qui elle s'impose, en vue de la satisfaction de l'intérêt d'un destinataire déterminé.

46. Un critère précis contre l'abus du recours au mot obligation. L'analyse de l'évolution de la notion d'obligation conduit à la révélation de son sens technique précis. Sa particularité est qu'elle est constituée d'une prestation représentant une valeur pécuniaire susceptible de circuler. Ainsi définie, l'obligation est distincte des contraintes qui ne visent pas directement à satisfaire le besoin économique d'un créancier, mais qui encadrent le comportement d'un individu au moins partiellement dans son propre intérêt. Précisément, les concepts de devoir et d'incombance permettent de qualifier ce type de contraintes sans obérer la catégorie des obligations civiles.

B- La nature purement comportementale des devoirs et des incombances

47. Point de rapprochement des notions de devoir et d'incombance. Le devoir (1) et l'incombance (2) ont pour point commun de viser une exigence purement comportementale qui pèse sur l'individu. Cette particularité qui les rapproche, permet de mettre au jour leur autonomie à l'égard de l'obligation civile dont la nature pécuniaire a été révélée.

1. La nature purement comportementale du devoir

48. La source de la contrainte : un faux critère de distinction entre le devoir et l'obligation. Selon nombre d'auteurs, le devoir permettrait spécialement de qualifier des contraintes d'origine légale, s'imposant à toute personne en toute situation, y compris à l'occasion de l'exécution du contrat, mais ne devant pas leur existence à ce dernier¹. Tandis que l'obligation contractuelle serait liée à l'existence d'un contrat et à la condition de débiteur ou de créancier, le devoir serait plus largement lié à la qualité de sujet de droit et relèverait ainsi du régime de la responsabilité délictuelle². Autrement dit, le critère de distinction entre

¹ V. not. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 501-1 : « Cette obligation, qui serait mieux nommée « devoir de sécurité » [...] n'aurait [...] aucun caractère spécifiquement contractuel. » ; adde HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 137 et s.

² V. not. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 1211 ; adde JOURDAIN (P.), « L'obligation de sécurité, A propos de quelques arrêts récents », *GP*, 1993, 2, doct., p. 1171 et s. ; LAMBERT-FAIVRE (Y.), « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.*, 1994, chron., p. 81 s. ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.* ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, , Essai d'une théorie, thèse préc.* ; HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, thèse préc.*, spéc. n° 333 et s. Sur ce débat, V. *infra*, n° 369 et s.

le devoir et l'obligation se trouverait dans leurs sources : le devoir relèverait de la loi tandis que l'obligation pourrait seule s'inscrire spécialement dans le domaine du contrat¹.

Pourtant, plusieurs arguments sont à l'appui du rejet du critère de la source pour différencier le devoir de l'obligation.

Tout d'abord, le cantonnement du contenu contractuel aux obligations ne semble justifié que par une volonté de préserver une définition traditionnelle du contrat qui semble pourtant aujourd'hui nettement relativisée².

De plus, s'il est souvent considéré que le devoir ne peut avoir que le droit objectif pour source, il est pourtant clair que l'obligation peut avoir une origine légale³.

Ensuite, un tel critère entretient en réalité la confusion entre les notions de devoir et d'obligation, car il est généralement recouru à cette dernière pour qualifier toute exigence s'imposant spécialement au contractant, y compris lorsqu'elle trouve sa source réelle dans la loi. L'utilisation fréquente de l'expression d' « obligation de sécurité », alors qu'il est par ailleurs régulièrement souligné que la sécurité est une contrainte légale et générale, est sur ce point tout à fait révélateur⁴.

Enfin et surtout, il est envisageable que des parties à un contrat s'entendent pour stipuler un devoir particulier, et par là même, qu'elles précisent l'attitude qu'elles doivent adopter pendant l'exécution du contrat, tant que cette stipulation ne se heurte pas aux limites de l'ordre public et des bonnes mœurs⁵. D'ailleurs, la possibilité d'une « *réaffirmation du devoir* » par les parties à un contrat a été reconnue en doctrine⁶. En effet, la liberté contractuelle doit permettre la précision de devoirs généraux dans ce cadre très précis que constitue le contrat, ce qui « *peut avoir une portée psychologique, en constituant un frein pour le violateur en puissance et un apaisement pour la personne menacée* »⁷.

La distinction du devoir et de l'obligation ne tient donc pas à leurs sources, et *a fortiori* à leur domaine contractuel ou légal. Il est possible d'envisager l'existence tant d'obligations et de devoirs légaux que d'obligations et de devoirs contractuels. Le critère de différenciation de ces exigences juridiques se trouve ailleurs.

¹ V. not. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », *art. préc.*, p. 2 : « Ils [les devoirs universels] prennent toujours leur source dans le droit objectif, écrit ou non écrit » ; p. 5 : « Tandis que les devoirs universels ne peuvent prendre leur source que dans le droit objectif, les obligations tirent leur origine, soit du droit objectif, soit d'un acte juridique. ».

² V. *infra*, n° 68 et s.

³ V. art. 1370 C. civ.

⁴ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 568 et s. ; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 48 ; CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 123.

⁵ Sur les devoirs de source contractuelle, V. *infra*, n° 130 et s.

⁶ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », *art. préc.*

⁷ V. *Ibid.*

49. La nature comportementale de la contrainte : véritable critère distinctif.

M. D. MAZEAUD a pu mettre en évidence le fait que « *le contrat se compose de deux ensembles normatifs : l'un, d'ordre éthique, qui incarne le devoir-être contractuel ; l'autre, d'ordre économique, qui s'insère dans la prestation promise* »¹, et l'auteur a reconnu à ces ensembles « *une relative autonomie* »². Une telle distinction trouve d'ailleurs des origines anciennes car les romains faisaient clairement la distinction entre la prestation due et le comportement exigé du sujet, à l'aide des notions d' « *obligatio* » et d' « *officium* »³.

Précisément, il est possible d'avancer que le devoir contractuel représente la dimension éthique du contrat, tandis que l'obligation correspond à sa composante économique⁴. Le devoir est une pure directive comportementale et ne revêt pas de valeur monétaire. La notion de devoir contractuel permet de qualifier les diverses exigences comportementales, imprégnées de morale, qui pèsent sur le contractant à l'occasion de l'exécution du contrat⁵.

Par exemple, à moins que le contrat ne tende directement à assurer la sécurité d'une personne ou d'un bien – auquel cas la prestation est bel et bien la sécurité, et se trouve rémunérée par la personne protégée – la sécurité ne se monnaie pas, elle ne peut en soi être chiffrée. Seul le dommage causé par le manquement au devoir de sécurité et les conséquences pécuniaires que ce dommage entraîne pour la victime peuvent faire l'objet d'une évaluation pécuniaire. Mais l'exigence de sécurité n'est pas évaluable dans l'absolu. Il s'agit d'une contrainte comportementale générale et non d'une prestation due par un débiteur envers un créancier. De même, à travers l'exigence de bonne foi, est imposée une certaine attitude, une bonne conduite, qui n'est évidemment pas monnayable. L'attitude exigée du contractant ne se réduit pas à l'exécution d'une prestation⁶. Aucune valeur pécuniaire n'est recherchée, il est seulement attendu du contractant qu'il se comporte « *en honnête homme* »⁷, c'est-à-dire qu'il

¹ V. MAZEAUD (D.), « Le nouvel ordre contractuel », *art. préc.*, n° 6.

² V. *Ibid* : « ces deux blocs de règles, s'ils sont interdépendants, n'en sont pas moins soumis à des logiques différentes qui leur confèrent une relative autonomie ».

³ V. VILLEY (M.), « Métamorphoses de l'obligation », *art. préc.*

⁴ V. MAZEAUD (D.), « Le nouvel ordre contractuel », *art. préc.* ; *adde* FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 485 : « Le contrat, pour simplifier, n'est plus seulement perçu comme un mécanisme permettant à plusieurs personnes de créer entre elles des obligations contraignantes : il est un lieu où les intéressés ont le devoir de bien se comporter. ». *Contra*, V. not. HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse préc., n° 18.

⁵ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse préc., n° 131 : « Le terme devoir permet d'inclure dans la contrainte qu'il définit une « coloration morale ». Il convient mieux à la définition d'un comportement attendu du débiteur ».

⁶ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Bonne foi, sens 2 : « Comportement loyal que requiert not. l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de la bonne foi). » ; *adde* FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 68 et s. ; AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », *art. préc.*

⁷ V. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité de droit civil français*, t. 4, *Obligations, Partie 1*, 1952, n° 379 quater.

se conforme à une certaine éthique¹. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 23 janvier 1998 illustre d'ailleurs particulièrement bien cette distinction entre l'enjeu économique et la dimension morale du contrat. En effet, dans cette affaire, les juges versaillais ont résilié un contrat de prestation de service par le biais duquel une entreprise avait eu recours à un formateur ayant profité de la formation pour faire du prosélytisme en faveur de l'Église de la scientologie². En l'occurrence, le contractant avait bien exécuté son obligation de formation, mais le juge a considéré qu'il avait manqué à son devoir d'exécuter le contrat de bonne foi en se livrant à l'activité de prosélytisme.

Le devoir juridique n'est pas dû de manière spécifique par une personne envers une autre, il s'impose à toute personne dont la condition juridique justifie qu'elle y soit tenue³. Si l'obligation n'est due et ne peut donc être exécutée ou inexécutée que par un débiteur, le devoir contractuel peut en revanche peser sur un créancier comme sur un débiteur car il n'y a pas de sujet actif et de sujet passif du devoir. Ainsi, à un contrat, chaque partie est pareillement tenue d'observer les devoirs liés à sa condition – qu'il soit synallagmatique ou non⁴.

Un tel critère empêche alors toute assimilation de la dette à un devoir.

50. La distinction du devoir et de la dette. Des auteurs ont pu avancer l'idée selon laquelle la dette, face passive de l'obligation, serait un devoir⁵. À les suivre, l'obligation serait un devoir spécial, elle serait une espèce de devoir⁶. Et notamment des auteurs relient à la dette l'existence d'un devoir du débiteur *« de faire tout ce qui est en lui pour assurer l'exécution correcte de la prestation, réaliser le but visé par le contrat et épargner tout dommage au cocontractant »*⁷.

¹ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Éthique : « Science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal ». L'auteur cite SCHELLING, *Œuvres*, I, 252 : « L'Éthique pose un commandement qui suppose une société d'êtres moraux et qui assure la personnalité de tous les individus par ce qu'elle exige de chacun d'eux ».

² V. CA Versailles, 23 janv. 1998, *JCP E*, 1999, n° 21, p. 900, note WILLMANN (Ch.).

³ V. *infra*, n° 110 et s.

⁴ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », art. préc. : l'auteur relie le devoir à l'existence d'une « règle d'injonction » ; « une règle de droit qui comporte un commandement ou une défense » ; « Il n'y a pas d'ayant droit, de créancier, il n'y a que des bénéficiaires. ».

⁵ V. not. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922 ; adde MOZAS (Ph.), *La notion de dette en droit privé*, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, UFR Dr. privé, 1996, n° 19 et s. ; DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation)*, thèse préc., n° 6 ; FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 252 et s.

⁶ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922 : « Le verbe devoir est au cœur de la notion (un verbe qui est plus facilement senti que défini) [...] Dans toute obligation il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation. Pour être au sens technique une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique la sanction étatique, et qu'il lie spécialement une personne à une autre, ce qui postule l'existence d'un créancier déterminé » (C'est l'auteur qui souligne).

⁷ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », art. préc., p. 11 ; adde ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Et. G. Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 101 et s., n° 5.

Pourtant, le devoir doit être distingué de la dette. En effet, dans son entreprise de classification des devoirs et des obligations, ROUBIER a clairement mis en exergue l'inadéquation de la notion de devoir avec l'idée d'économie et a ainsi pu différencier le devoir juridique de la dette en ce que « *le devoir juridique ne peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu* »¹. La valeur de l'obligation, y compris dans son aspect passif, empêche de la considérer à proprement parler comme un devoir juridique. En réalité, il est plus exact de dire qu'un devoir est toujours associé à l'existence d'une obligation – il s'agit du devoir de ne pas en empêcher l'exécution². Cette exigence correspond à l'assujettissement que subit le sujet de par son engagement – contractuel ou légal³. Mais cela ne fait pas de la dette, un devoir. La dette est la chose due par le débiteur. C'est la valeur que ce dernier est tenu de transmettre au créancier. Elle est la phase passive de l'obligation civile. Ainsi, et contrairement à ce qu'avance Walter YUNG⁴, un même comportement ne peut être à la fois l'objet d'un devoir général et celui d'une obligation pesant sur la même personne. Devoir et obligation ont nécessairement un objet distinct, puisque le premier vise une attitude comportementale à adopter, et la seconde impose spécifiquement un échange économique. Cependant, ces exigences peuvent s'accompagner : là réside sûrement le sens de la phrase du doyen CARBONNIER⁵, à savoir qu'une obligation est toujours accompagnée d'un devoir – le devoir concomitant de ne pas en empêcher l'exécution, lié à l'engagement – et un devoir peut entraîner l'existence d'une obligation – par exemple, comme ROUBIER l'a très clairement mis en évidence⁶, une dette peut naître du manquement à un devoir. En effet, la responsabilité civile née de la violation du devoir juridique – par exemple du devoir général de ne pas porter tort à autrui par sa faute, posé à l'article 1382 du Code civil – implique une obligation de réparer le dommage. Le devoir se présente de cette manière comme un « *principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* »⁷.

La nature éthique du devoir permet de le différencier de la dette, comprise comme une valeur passive dans le patrimoine du débiteur. Ce critère permet également de différencier l'incombance de l'obligation.

¹ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 102.

² V. *infra*, n° 103, 107.

³ Sur la notion d'assujettissement : V. *infra*, n° 109 et s.

⁴ V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », art. préc., p. 8 : « *deux personnes peuvent être tenues, au même moment, d'accomplir la même action ou d'observer la même abstention, l'une en vertu d'un devoir universel, l'autre d'une obligation. La même personne peut aussi être, à des moments différents, le sujet d'un devoir général et celui d'une obligation ayant le même objet, positif ou négatif* » ; adde HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé, thèse préc.*, n° 394 et s.

⁵ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 922.

⁶ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 103 : « *On ne saurait dire, sans nier l'existence même du devoir, que celui qui en est tenu n'est encore obligé en rien ; mais ce à quoi il est tenu ne correspond pas à une dette véritable. Tout ce que l'on peut dire, c'est que son devoir se transformera peut être un jour en dette.* ».

⁷ V. *Ibid.*

2. La nature purement comportementale de l'incombance

51. Une analyse extensive de l'obligation à la base du rejet du concept d'incombance. Selon certains auteurs, l'incombance ne serait autre qu'une véritable obligation civile¹. Une telle analyse doit être contestée en ce qu'elle résulte d'une définition peu précise, et de ce fait, particulièrement extensive de la notion d'obligation.

En effet, il semble que selon les auteurs qui rejettent le concept d'incombance, le critère déterminant de l'obligation réside dans la contrainte², qui s'exerce à l'aide d'une sanction étatique, quelle qu'elle soit³.

Or, ce n'est pas fondamentalement la contrainte qui peut définir l'obligation et la distinguer des autres exigences de comportement qui s'imposent à l'individu, puisque toute règle de droit est définie comme une norme donnant lieu à une contrainte étatique⁴.

En outre, le cas de l'obligation naturelle est révélateur de la possible existence d'une obligation dénuée de pouvoir de contrainte⁵. Également, un autre exemple d'obligation sans contrainte peut être trouvé dans l'obligation de payer la prime dans le contrat d'assurance-vie. En effet, l'article L. 132-20 du Code des assurances dispose que « *l'entreprise d'assurance ou de capitalisation n'a pas d'action pour exiger le paiement des primes* ». Ainsi, si « *payer la prime ne peut être qu'une obligation, à peine de bouleverser les principes du contrat d'assurance* »⁶, et parce qu'elle a pour objet une prestation⁷, elle est en revanche une obligation dépourvue de pouvoir de contrainte pour le créancier⁸.

¹ En droit allemand, V. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, op. cit.*, § 19, n° 30 ; *adde supra*, n° 11 ; En droit suisse, V. GUGGENHEIM (D.), *Le droit suisse des contrats, principes généraux, t. 2, Les effets des contrats, op. cit.*, p. 221 et s. ; *adde supra*, n° 12 ; En droit français, V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 17 et s. ; *adde* FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 491 et s. ; *adde supra*, n° 14.

² V. not. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, op. cit.*, § 19, n° 30 ; *adde* LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 27 et s. : L'auteur concède que le critère du lien de droit n'est pas à lui seul suffisant pour définir l'obligation : « *si le lien juridique est un élément déterminant de cette qualification, il n'est pas suffisant* » ; selon lui « *il ressort que le critère de qualification, en plus du lien de droit, est le pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur, afin que ce dernier exécute son obligation* ».

³ V. not. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar, op. cit.*, § 19, n° 30 ; *adde* LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 29 : « *Le critère serait alors la sanction étatique. Or, dans ce cas, la déchéance [...] s'avère être une de ces sanctions* ».

⁴ V. *supra*, n° 9.

⁵ V. not. LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil, (ss dir. de) Ch. Larroumet, t. 3, Les obligations. Le contrat, op. cit.*, n° 23 : « *Il existe des obligations qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée ; c'est le cas des obligations naturelles. Si l'on considère les obligations naturelles comme étant de véritables obligations juridiques, on doit admettre qu'il y a bien une prestation, une dette existant juridiquement. Cependant, le créancier d'une obligation naturelle ne peut pas forcer le débiteur en justice à s'exécuter. Par conséquent, il y a une dette sans pouvoir de contrainte.* ».

⁶ V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 528.

⁷ V. *supra*, n° 43 et s.

⁸ V. *Ibid.*

Finalement, en cherchant à critiquer « *une vision trop extensive* »¹ de la notion d'incombance, ces auteurs adoptent une conception significativement large de celle d'obligation.

Et si les auteurs qui critiquent le concept d'incombance n'assimilent pas tous, purement et simplement, l'obligation à la contrainte, il en est tout de même proposé une définition particulièrement extensive. Ainsi, Grégoire FOREST défend une structure binaire de l'obligation, selon laquelle dette et créance ne sont pas les deux faces d'une même médaille, et ont une nature irréductiblement différente. La dette serait du domaine du normatif, donc se situerait sur le plan du droit objectif, il s'agirait d'un devoir, et la créance s'y opposerait en tant que droit subjectif. L'auteur en vient donc à définir l'obligation comme un droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement².

Or, tout d'abord, il semble assez paradoxal de vouloir distinguer l'obligation du devoir tout en la définissant partiellement comme tel. En effet, cette conception implique de faire de l'obligation un devoir parmi les devoirs, alors que l'auteur cherche par ailleurs à les différencier³.

De plus, l'analyste paraît opérer une confusion entre le contenu de l'obligation – ce qui la définit en propre – et la norme de respect de l'obligation qui naît de l'engagement, qui s'en distingue⁴.

Enfin, il est tout de même amené à différencier la dette des « autres » devoirs en ce qu'elle est spécifiquement constituée d'une prestation. Ainsi, la définir de manière générale comme une « *norme de comportement* » n'est pas de nature à rendre compte de la spécificité de l'obligation vis-à-vis des « autres » normes de comportement, notamment des devoirs⁵.

À partir d'une définition si large – et contestable – de l'obligation, l'auteur ne peut que nier la réalité du concept d'incombance.

52. Le caractère artificiel du rejet de la notion d' incombance en raison de la faveur accordée à celle de charge. Les auteurs français ayant réfuté la réalité juridique du

¹ V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 31.

² V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 248.

³ V. *Ibid*, n° 259. L'auteur revient sur l'impératif de distinguer les devoirs de l'obligation *stricto sensu* en faisant référence à François GÉNY qui considérerait « *qu'un simple devoir ne saurait être confondu avec une véritable obligation* ». Grégoire FOREST rappelle que « *l'ordre juridique est [...] peuplé d'une infinité de devoirs destinés à maintenir l'ordre social en régulant le comportement des sujets de droit (rouler à droite, payer ses impôts, ne pas causer injustement de dommage à autrui...).* Ces devoirs sont des normes objectives qui ont pour caractéristique de lier leur destinataire à l'ordre juridique. Plus ou moins généraux- un devoir peut viser l'ensemble des sujets de droit (ex. ne pas tuer) ou seulement une catégorie d'entre eux (ex. rouler à droite lorsque l'on emprunte les voies de circulation publiques)- ils ne correspondent, pour les autres sujets de droit, à aucun droit subjectif. » (V. *Ibid*, n° 260) ; Pourtant, il va définir la dette, composante de l'obligation, comme un « *devoir spécial* » : la dette « *est une norme individuelle, c'est-à-dire un devoir visant une seule personne. La dette est, par opposition aux devoirs généraux, un devoir spécial* » (V. *Ibid*, n° 262).

⁴ Sur la notion d'assujettissement, V. *infra*, n° 96 et s.

⁵ C'est précisément l'objet de l'obligation, à savoir la prestation, qui permet d'identifier sa spécificité et ainsi de la distinguer des autres contraintes : V. *supra*, n° 43 et s.

concept d'incombance ont proposé de recourir à la notion de charge pour traduire l'hypothèse où une formalité exigée d'un individu dans son seul intérêt, ne peut faire l'objet d'une exécution forcée, ni donner lieu à des dommages-intérêts en cas de manquement¹.

Or, ce recours à la notion de charge est bien révélateur de l'existence d'exigences juridiques qui ne sont pas des obligations et qui nécessitent d'être identifiées sous un autre vocable. Il y a donc bien un phénomène spécifique identifié, ne pouvant être techniquement assimilé à une obligation.

Cependant, le choix du terme de charge pour désigner ces hypothèses spécifiques peut être discuté, puisqu'en droit français, cette notion n'est pas plus usitée dans le sens compris par ces auteurs que le mot incombance². En outre, l'existence d'une déchéance montre bien que ce comportement est sanctionné, ce qui apporte une sérieuse limite au raisonnement de M. LABBÉ qui définit l'obligation comme toute contrainte assortie d'une sanction, et qui ne différencie donc pas la charge de l'obligation. Enfin, le fait que le comportement conditionne le droit attendu par celui qui s'y soumet constitue en soi une contrainte. En effet, par exemple, le fait pour l'acheteur de dénoncer l'existence d'un vice affectant la chose vendue est un préalable à l'exercice légitime de son droit de demander réparation de l'inexécution de l'obligation de livraison du vendeur³. Si l'acheteur désire bénéficier de la garantie contre les vices cachés, la dénonciation préalable se révèle être une véritable contrainte juridique. Pour obtenir son dû, il est tenu d'adopter le comportement légalement imposé.

Le rejet ainsi opéré du concept d'incombance trouve finalement des fondements contestables.

En réalité, tout comme le devoir, l'incombance se différencie fondamentalement de l'obligation civile de par sa nature purement comportementale. Cette différence de nature est une première étape dans la démonstration de la réalité conceptuelle de l'incombance.

53. La nature comportementale de l'incombance : un élément participant de la démonstration de sa réalité conceptuelle. L'incombance est une contrainte comportementale pouvant s'imposer à un sujet, non en vue de satisfaire un besoin d'autrui, mais afin qu'il puisse bénéficier d'un avantage qui lui est propre⁴. Il s'agit, plus exactement, d'une contrainte encadrant l'exercice d'une prérogative par son titulaire. En effet, l'incombance pèse toujours sur le titulaire d'un droit. Elle correspond à l'hypothèse où un comportement spécifique va être exigé de la part du bénéficiaire d'un avantage juridique, s'il veut pouvoir effectivement en bénéficier. C'est en cela que des auteurs ont pu employer

¹ V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 17 et s. ; *adde* FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 491 et s.

² V. LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *art. préc.*, n° 17 : l'auteur convient lui-même que « cette notion n'a pas été très approfondie en droit français ».

³ Sur cette incombance, V. *infra*, n° 153.

⁴ V. *infra*, n° 237 et s.

l'expression d' « *obligation envers soi-même* » pour décrire l'incombance¹. Le comportement est dans l'intérêt même de celui qui s'y soumet, et ne tend pas à satisfaire la convoitise du cocontractant². Cette exigence n'est pas une dette, elle ne pèse pas spécifiquement sur un débiteur au bénéfice d'un créancier. Et lorsqu'elle pèse sur un débiteur, ce n'est pas en vertu de cette qualité, mais en raison du fait qu'il bénéficie, par ailleurs, d'un droit d'origine légale ou contractuelle à faire valoir³. L'incombance n'est pas évaluable en argent, il ne s'agit pas d'une prestation, mais d'une pure exigence comportementale attendue du contractant⁴.

Pour autant, une telle observation ne doit pas remettre en cause le fait que le manquement à l'incombance puisse avoir une incidence économique. Par exemple, si l'acheteur manque à son incombance de dénonciation des vices cachés dans le délai qui lui est imparti, le vendeur se trouve délivré de son obligation⁵. Ainsi, la somme qui aurait été due n'aura plus à être transmise : le vendeur conservera cette valeur dans son patrimoine. Une telle incidence s'observe à chaque fois que le manquement à une incombance a un effet libératoire d'une obligation⁶.

Il n'en reste pas moins que l'incombance partage avec le devoir une nature comportementale, qui distingue ces deux notions de l'obligation juridique. Cela peut *a priori* expliquer le fait que l'incombance est parfois qualifiée de devoir⁷. La distinction entre les contraintes de nature comportementale et de nature économique permet de différencier les devoirs et les incombances d'une part, des obligations, d'autre part.

Ce critère apparaît alors comme étant un outil efficace pour classer des contraintes dont la qualification juridique prête parfois à controverses. Il en va notamment ainsi de l'information qui peut être exigée du contractant à l'occasion de l'exécution du contrat.

54. La question de la nature juridique de l'information en droit privé. Sous l'impulsion d'interventions tant législatives que jurisprudentielles sur la base des articles 1135 et 1147 du Code civil, l'exigence d'information entre contractants a connu un essor tout à fait

¹ V. not. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 579 („Pflichten gegen sich selbst“) ; adde LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.* n° 34.

² Il s'agit également d'un élément permettant de distinguer l'incombance du devoir, V. *infra*, n° 179 et s.

³ V. *infra*, n° 214 et s.

⁴ V. not. BEN ABDERRAHMANE (D.), *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. M. Pédamon, LGDJ, 1985, n° 335 : « Une « *Obliegenheit* » n'est pas une obligation au sens du § 241 BGB. [...] celui qui en est le débiteur n'est pas tenu de fournir une prestation contractuelle [...] mais plutôt de se conformer à un comportement légalement défini » ; adde TERCIER (P.), *La partie spéciale du Code des obligations, op. cit.*, n° 306 : Les incombances désignent « le comportement qu'une partie doit avoir à l'endroit de l'autre, en plus de ceux qui découlent directement de sa prestation » ; FONTAINE (M.), « *Obliegenheit, incombance ?* », *art. préc.* : « Une *Obliegenheit* est à distinguer d'une pleine obligation juridique (*Rechtspflichten*), en ce qu'elle se réfère à une exigence de comportement (*Verhaltensanforderung*) ».

⁵ V. *infra*, n° 153.

⁶ Sur l'intérêt de l'action oblique en de telles hypothèses, V. *infra*, n° 489.

⁷ V. not. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; adde *Vocabulaire juridique*, V° Incombance.

particulier au cours du XX^e siècle. Or, bien que généralement qualifiée d'« obligation », l'information ne relève pas toujours de ce type de contrainte. En effet, si l'information à transmettre représente souvent une véritable valeur économique pour celui qui en bénéficie¹, il arrive par ailleurs que le législateur impose à un contractant qu'il informe l'autre partie, non pour rétablir l'équilibre financier de l'échange, mais pour encadrer spécifiquement l'exercice d'un droit. Et il est d'ailleurs possible de constater de nombreux cas où une telle information est imposée au contractant. Il en va ainsi par exemple de l'information que le banquier doit transmettre annuellement à la caution sur l'évolution de sa garantie et de ses accessoires ou en cas de défaillance du débiteur principal². Dans ces hypothèses, l'information n'est pas une prestation due, car il n'y a pas de valeur fournie, mais elle implique un simple comportement à la charge d'un contractant, au stade de l'exécution du contrat, comme condition de l'octroi d'un avantage qu'il attend de ce contrat.

La différence de nature entre ces deux types de contraintes juridiques est nettement apparue à l'occasion d'un récent arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation³. En effet, par une décision du 8 avril 2015 les hauts magistrats ont reconnu que l'exigence d'information annuelle mise à la charge du créancier professionnel à l'égard de la caution, sous peine de déchéance du droit aux accessoires de la créance, n'est pas la contrepartie de l'obligation de la caution, et qu'elle n'implique donc pas une « exécution » du contrat de cautionnement de nature à empêcher la caution d'invoquer l'exception de nullité de son engagement⁴. S'il est vrai que les juges semblent fonder leur décision sur l'origine légale de cette contrainte, c'est en vérité le fait que « *l'incombance ne présente aucune véritable dimension substantielle dans l'acte juridique* »⁵ – ou plus exactement qu'elle ne correspond pas à l'échange économique qui est au cœur du contrat – qui s'avère décisif. Ainsi, comme M. JUILLET l'a très bien remarqué, « *l'apport principal de l'arrêt serait [...] d'opérer une distinction entre les véritables obligations et les incombances* »⁶. Différenciation qui trouve un enjeu technique majeur, puisque « *seule l'exécution des premières paralyserait le jeu de l'exception de nullité. L'exécution des secondes, en revanche, maintiendrait la perpétuité de*

¹ V. CATALA (P.) « La "propriété" de l'information », in *Mél. P. Raynaud*, D.-S., 1985, p. 112 et s. : l'auteur a pu démontrer que l'information, en tant que bien, peut faire l'objet d'une propriété. Le droit de la propriété intellectuelle, le droit pénal et le droit fiscal témoignent de cette conception de l'information ; *adde* FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

² V. *infra*, n° 159.

³ V. Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14447, *RLDC*, 6 juill. 2015, n° 128, note JUILLET (Ch.).

⁴ V. Cass. com., 8 avr. 2015, *préc.* : « *Les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales sanctionnées par la déchéance du droit aux accessoires de la créance et non la contrepartie de l'obligation de la caution, la cour d'appel en a exactement déduit qu'au moment où celle-ci a invoqué la nullité de son engagement, le contrat de cautionnement n'avait pas encore été exécuté par la seule délivrance de l'information annuelle qui lui était légalement due, de sorte que l'exception de nullité était recevable* ».

⁵ V. JUILLET (Ch.), note sous Cass. com., 8 avr. 2015, *préc.*, n° 21.

⁶ V. *Ibid.*, n° 22.

cette exception »¹. Si l'obligation permet l'exécution du contrat, l'incombance n'est qu'un comportement à adopter à l'occasion de cette exécution. Techniquement fondée, la solution donnée par les juges est au surplus tout à fait justifiée du point de vue de la politique juridique, car il serait particulièrement injuste pour la caution de se voir refuser la possibilité d'invoquer l'exception de nullité sous prétexte que le créancier a observé son incombance d'information annuelle. Cela « *reviendrait à vider d'une bonne partie de sa substance la protection que la caution tient des conditions de validité de son engagement* »².

Ainsi, l'existence d'une information ne préjuge pas de la nature de la contrainte pesant sur le sujet, et donc des effets liés à son observation ainsi qu'à son manquement³.

Par ailleurs, le critère de qualification retenu permet d'opérer une distinction entre l'incombance et l'obligation naturelle.

55. La distinction de l'incombance et de l'obligation naturelle. Des auteurs, cherchant à expliquer le sens de la notion d'incombance, l'ont rapprochée de l'obligation naturelle en avançant que l'incombance est à mi-chemin entre l'obligation naturelle et l'obligation civile⁴. Il est vrai que ces impératifs ont en commun le fait de ne pouvoir faire l'objet d'une action en exécution forcée⁵. Ils partagent ainsi la particularité d'avoir une force contraignante amoindrie⁶. L'obligation naturelle serait ainsi plus proche de l'incombance que de l'obligation civile.

Cependant, à la différence de l'obligation naturelle, l'incombance trouve une sanction directe en cas d'inobservation, à savoir la déchéance d'un droit⁷. Or, cette sanction, par son double effet dissuasif et punitif⁸, implique une véritable contrainte sur la personne tenue d'observer l'incombance⁹. Cet aspect la rapproche davantage de l'obligation civile¹⁰, et

¹ V. *Ibid.*

² V. *Ibid.*, n°13.

³ Par ailleurs, il convient encore de distinguer l'obligation et l'incombance d'information du devoir de conseil. Sur celui-ci, V. *infra*, n° 144.

⁴ V. not. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », *art. préc.* : « un parallèle s'impose avec les obligations naturelles » ; adde LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 253 et s.

⁵ Sur l'impossible exécution forcée d'une incombance, V. *infra*, n° 485 et s.

⁶ V. not. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », *art. préc.* : « Celles-ci [Les obligations naturelles] sont justement décrites comme des obligations dont la portée juridique est affaiblie ».

⁷ Sur ce point V. *infra*, n° 414 et s.

⁸ V. *infra*, n° 420 et s.

⁹ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « Si [...] on comprend la contrainte comme la force de dissuasion liée à la sanction [...] il n'est pas certain que le fait que la sanction du non-respect de l'incombance soit différente de celle des obligations civiles suffise à diminuer leur caractère contraignant. A titre d'exemple, le risque pour un assuré de perdre son droit à indemnisation comporte incontestablement un aspect dissuasif qui ne nous paraît pas moindre que celui inspiré par la perspective d'une action en exécution forcée ou en paiement de dommages-intérêts ».

¹⁰ V. not. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance ? », *art. préc.* : « L'absence d'action en exécution dans le chef du bénéficiaire est un trait commun aux incombances et aux obligations naturelles. L'exécution d'une incombance ne donne pas lieu non plus à répétition. L'engagement qui serait pris d'exécuter une incombance

l'éloigne de l'obligation naturelle qui, en l'absence d'engagement de la part du débiteur, est dénuée de sanction étatique¹.

Par ailleurs, « il n'existe [...] entre [l'obligation civile et l'obligation naturelle] qu'une différence de degré, non point de nature »². En effet, techniquement, l'obligation naturelle est bien une obligation, car elle a pour objet une prestation, un transfert de créance³. D'ailleurs celui qui promet d'exécuter l'obligation sera tenu civilement. Avec la promesse de s'exécuter, l'obligation « acquiert l'élément de contrainte qui lui faisait défaut »⁴. L'une de ses particularités est d'être faite en exécution d'un devoir moral, de conscience, un sentiment que l'on doit payer parce que c'est juste⁵. L'obligation naturelle trouve ainsi sa cause dans la volonté de rendre un service. Cette volonté doit être spontanée de la part du débiteur. En revanche, il y a bien une différence de nature, et non point seulement de degré entre l'incombance et l'obligation naturelle⁶. En effet, l'incombance ne fait naître aucune dette à la charge du sujet. Au contraire, elle conditionne l'octroi d'un avantage attendu du contrat⁷. En ce qu'elle est un élément adventice à l'exercice d'un droit, elle accompagne parfois plus spécialement un droit de créance, et dans un tel cas, cette charge pèse alors sur le créancier de par cette qualité⁸. En une telle hypothèse, la différence de nature entre l'obligation naturelle et l'incombance apparaît nettement : tandis que l'obligation naturelle implique une dette à la charge du sujet une fois qu'il s'oblige, l'incombance est attachée à la créance et encadre le comportement de son titulaire. De plus, l'incombance ne naît pas du sentiment moral de devoir payer. Elle est imposée *ab initio* par le Droit objectif – voire parfois par la volonté des parties⁹ – afin d'encadrer l'exercice d'un droit¹⁰, sous peine de déchéance¹¹.

*pourrait sans doute aussi la muter en une obligation au sens plein, susceptible d'exécution forcée. Mais la différence majeure entre incombances et obligations naturelles est que l'inexécution des premières entraîne des sanctions juridiques. Dans une échelle décroissante quant au caractère contraignant, l'incombance se situe entre l'obligation civile et l'obligation naturelle. » ; adde LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc. ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 253 et s.*

¹ V. not. BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 16.

² V. BOUT (R.), « Obligation naturelle », *Rép. Civ. D.*, mars 2013, n° 16.

³ V. ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 1 : « Ce qui fait que l'obligation naturelle, bien que dépourvue d'engagement, n'en soit pas moins une obligation, c'est aussi qu'elle consiste en ce qu'une personne soit tenue d'effectuer une prestation au profit d'un autre. Si cet élément irréductible disparaît, il n'y a plus d'obligation » ; adde n° 87 : « Il ne fait aucun doute que l'obligation naturelle est susceptible de paiement ; c'est là son intérêt essentiel ».

⁴ V. *Ibid.*, n° 66.

⁵ V. RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, thèse préc., p. 192 : « Il y a, en un mot, obligation naturelle, lorsque la loi attache certains effets juridiques à l'accomplissement du devoir moral. ».

⁶ V. ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 1.

⁷ V. *infra*, n° 213 et s.

⁸ V. *infra*, n° 217 et s.

⁹ V. *infra*, n° 168 et s.

¹⁰ V. *infra*, n° 297 et s.

¹¹ V. *infra*, n° 414 et s.

56. L'existence d'un enjeu pratique de l'autonomie du devoir et de l'incombance à l'égard de l'obligation. La distinction de la nature du devoir et de l'incombance d'une part, et de l'obligation d'autre part, n'est pas une « *vue simplement théorique des choses* »¹, car à cette différence de nature correspondent des différences de régime.

§2- Des différences de régime avec l'obligation

57. Implications de la nature comportementale du devoir et de l'incombance. De par leur nature purement comportementale, le devoir et l'incombance ne peuvent se voir appliquer les effets relatifs à l'obligation comprise comme une prestation. Ainsi, outre les différences qui peuvent être relevées quant aux sanctions appliquées à ces normes et qui seront vues à l'occasion de l'étude des régimes alloués aux devoirs et aux incombances², il peut être préliminairement remarqué que des caractéristiques relevant du régime général des obligations ne sont pas partagées par les devoirs et les incombances en conséquence de leur nature comportementale. En effet, contrairement à l'obligation, ces exigences ne peuvent être transmises à titre principal (A). Elles ne sont pas davantage extinguiques à titre principal (B).

A- Le caractère intransmissible à titre principal du devoir et de l'incombance

58. La cessibilité d'une créance à titre principal. Il a été vu que l'obligation est généralement présentée comme étant à la fois un lien de droit et un bien³. Or, c'est précisément cette dernière dimension de l'obligation qui explique son caractère transmissible. De par sa nature pécuniaire, l'obligation est un bien qui peut circuler, qui peut faire l'objet d'un échange économique⁴. La cession de créance est une opération clairement admise par le droit positif⁵. Elle est prévue par le Code civil dans le livre III propre aux modes d'acquisition de la propriété, au chapitre VIII du Titre VI relatif à la vente, et plus précisément aux articles 1690 et suivants. Il s'agit d'une convention particulière en raison de la nature de la chose transférée, en effet elle est « *l'opération juridique par laquelle un créancier, le cédant,*

¹ V. CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *art. préc.*, p. 105 et 115.

² V. *infra*, n° 335 et s., et not. sur l'exécution forcée en nature, concernant le devoir V. *infra* n° 354 et s., et concernant l'incombance, V. *infra* n° 485 et s.

³ V. *supra* n° 33 et s.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1270 : « *En tant que bien, l'obligation est cessible et transmissible* » ; adde MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1385 et s.

⁵ Et elle sera certainement conservée car le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* la prévoit, V. art. 1332 et s.

transfère à un cessionnaire sa créance contre son débiteur, appelé débiteur cédé »¹. Les créances sont clairement considérées comme des biens, comme « une marchandise »², qui peut à ce titre circuler et donc changer de bénéficiaire. Si sont principalement concernées les créances de somme d'argent³, celles-ci ne sont pas les seules à pouvoir faire l'objet d'une cession, ainsi peu importe l'objet de l'obligation⁴. La cession de l'obligation dans sa phase active de droit de créance, ne semble donc faire aucune difficulté⁵. Il n'en va pas de même de l'obligation comprise dans sa phase passive, c'est-à-dire de la dette.

59. La question de la cessibilité de la dette. Aucun texte ne permet en droit positif une cession de dette assortie de ses accessoires, par un acte prévoyant le transfert à un cessionnaire de la dette du débiteur, sans passer par l'obtention de l'accord de son créancier, cédé⁶. Sur ce point, le droit français apparaît assez isolé⁷. L'impossibilité de la cession de dette a pu être justifiée par le fait qu'elle représente une norme, indisponible pour le débiteur, auquel elle s'impose⁸. Pourtant, si la cession de dette n'est pas aujourd'hui admise, le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit de la consacrer en droit français dans une section relative aux opérations

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1274 ; *adde Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Cession de créance : « Convention (vente, donation) en vertu de laquelle le créancier cédant transmet au cessionnaire sa créance contre le débiteur (cédé) et dont l'opposabilité aux tiers est subordonnée à diverses formalités. Ex. signification de la cession ; C. civ. a. 1690. » ; OPHÈLE (C.), « Cession de créance », *Rép. Civ. D.*, oct. 2014, n° 1 : « La cession de créance, aussi nommée transport de créance, est la convention par laquelle un créancier, appelé cédant, transmet la créance qu'il détient sur un débiteur, appelé cédé, à son cocontractant, le cessionnaire. » ; DESHAYES (O.), « La cession de créance », in *La réforme du régime général des obligations*, (ss dir. de) L. Andreu, D., 2011.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1275.

³ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1386 : « Les obligations de somme d'argent, dont l'objet est doté d'une fongibilité absolue se prêtent facilement à cette fonction. ».

⁴ V. not. Cass. civ. III, 6 févr. 1979, *Bull. civ. III*, n° 34 (cession d'un droit au bail).

⁵ Il n'en a pas toujours été ainsi, en effet, cette opération était inconnue du droit romain. Cela a pu être expliqué soit par la conception éminemment subjective que les romains retenaient de la créance, c'est-à-dire comme lien de droit entre deux personnes, soit en raison du formalisme nécessaire à la formation des contrats : V. OPHÈLE (C.), « Cession de créance », *art. préc.*, n° 10.

⁶ V. ROUVIÈRE (F.), « Cession de dette », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015, n° 1 : « Ni la loi ni la jurisprudence n'envisagent expressément la cession de dette. Cette dernière a toutefois été pensée en doctrine par symétrie avec la cession de créance. Ainsi, la cession de dette serait une opération par laquelle un débiteur transférerait sa dette à un nouveau débiteur. Autrement dit, la cession de dette organiserait un changement de débiteur de la même façon que la cession de créance organise un changement de créancier. ».

⁷ La cession de dette est admise en droit allemand (§ 414 BGB), en droit suisse (art. 175 CO), ainsi qu'en droit italien (art. 1268 C. civ.). De plus, les projets européens la consacrent (V. art. 126 de l'*avant-projet de Code du groupe de Pavie* ; art. 12 : 101 et 12 des *Principes du droit européen des contrats* et art. III-5 : 201 et III-5 : 202 du *Projet de cadre commun de référence*). V. PICOD (Y.), « La consécration de la cession de dette », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 207 et s.

⁸ V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 612 : « Si la cession de dette est impossible, c'est parce qu'une norme est par nature incessible. [...] Ceci donne, après coup, raison aux auteurs qui soutiennent que la dette n'est pas un bien. Cette impossibilité démontre en outre que la dette ne peut pas être réduite à la phase passive de la créance. ».

translatives¹. En attendant cette « *réforme la plus innovante du régime des obligations* »², de nombreux mécanismes permettent d'arriver à un résultat similaire, par le biais de techniques distinctes. La dette représente une valeur également pour le débiteur, elle implique un sacrifice qui pourra éventuellement être accompli par une autre personne que celle sur laquelle elle pesait à l'origine. L'argument du caractère personnel de la dette tient ses limites en ce que, en dehors des obligations *intuitu personae* – qui impliquent que les contractants aient précisément fait de la personne un élément déterminant de leur engagement – ce qu'attend essentiellement le créancier, c'est le paiement. Qu'il soit le fait d'un tiers ou du débiteur originel importe peu. Cela explique qu'une dette puisse être valablement acquittée par un tiers, paiement que le créancier ne saurait refuser³. D'ailleurs les techniques de la « *reprise cumulative* » de dette⁴, de la stipulation pour autrui⁵, de la délégation imparfaite⁶, ou parfaite qui se rapproche de la novation par changement de débiteur⁷, permettent une permutation de débiteur et impliquent que la valeur que la dette représente d'un point de vue passif puisse peser sur une nouvelle personne. Et, l'argument selon lequel le lien personnel serait particulièrement important concernant la phase passive de l'obligation, trouve une limite dans le fait que la cession de dette est admise s'il y a un accord du créancier⁸. Cet accord traduit le fait que la personne du débiteur est finalement indifférente à la réalisation de l'obligation, la dette pouvant ainsi être exécutée par une autre personne⁹. En outre, il ne fait

¹ V. art. 1338 du projet : « *Un débiteur peut céder sa dette à une autre personne.*

Le cédant n'est libéré que si le créancier y consent expressément. À défaut, le cédant est simplement garant des dettes du cessionnaire. ».

² V. PICOD (Y.), « La consécration de la cession de dette », *art. préc.*

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1306 : « *une dette peut, en effet, être valablement acquittée par un tiers et le créancier ne peut, en principe, refuser un tel paiement* » ; *adde* art. 1236 C. civ. : « *une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.* ».

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1306 : « *le créancier intervient pour accepter le nouveau débiteur, qui est ainsi personnellement tenu envers lui, mais sans libérer le débiteur primitif, dont l'obligation maintenue fait office de garantie* ».

⁵ V. *Ibid* : « *À l'occasion d'une convention quelconque, le débiteur (stipulant) peut obtenir de son cocontractant (promettant) l'engagement de payer sa dette au créancier (tiers bénéficiaire).* ».

⁶ V. *Ibid* : « *l'opération suppose [...] un accord, créateur d'une obligation nouvelle et autonome entre le délégué (tiers) et le délégataire (créancier). Mais le délégant, débiteur primitif, reste pareillement tenu, simultanément avec le délégué.* ».

⁷ La délégation parfaite est également dite novatoire. V. *Ibid* : « *le débiteur primitif obtient du créancier sa propre décharge, il en est ainsi, non en vertu de la transmission à un cessionnaire de la dette primitive, mais par le truchement de l'extinction pure et simple de cette obligation, et de la création corrélative, à la charge du nouveau débiteur ou du délégué, d'une obligation nouvelle.* ».

⁸ V. not. Cass. civ. I, 30 avr. 2009, n° 08-11093, *Defr.*, 2009, 1289, obs. LIBCHABER (R.), *RDC*, 1^{er} oct. 2009, n° 4, p. 1363 et s., obs. MAZEAUD (D.), (*lu a contrario*).

⁹ Il s'agit d'une technique également admise dans des systèmes juridiques voisins : V. art. 175 et s. CO suisse ; § 414 et s. BGB ; art. 1268 C. civ. italien. ; De plus, la relativité du critère du lien personnel apparaît également lorsque la cession de dette est dans l'intérêt du créancier : elle est parfois admise à titre accessoire de la transmission d'un bien, sans l'accord du créancier, V. par ex. Cass. civ. III, 14 oct. 1981, *Bull. civ. III*, n° 158 : les juges énoncent que l'obligation de réparation souscrite par le propriétaire d'un bien envers le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation se transmet aux propriétaires successifs.

pas de doute que la dette puisse être transmise à l'occasion d'une transmission à titre universel, comprenant l'actif et le passif¹. Une telle aptitude propre à l'existence d'un bien pouvant faire l'objet d'appropriation, est inconcevable concernant les devoirs et les incombances, qui sont de pures normes comportementales s'imposant à l'individu.

60. L'impossible transmission d'un devoir à titre principal. La difficulté de l'acceptation de la cession de dette vient du fait que l'on ne conçoit pas que le débiteur puisse se défaire de son engagement sans l'accord du créancier. En réalité c'est l'engagement du débiteur qui n'est pas à sa disposition. De cet engagement naît un devoir d'inviolabilité, c'est-à-dire que le débiteur est tenu par sa promesse et ne saurait la troubler par quelque acte que ce soit. Or, ce devoir d'inviolabilité de l'engagement, comme tout devoir, ne peut être simplement transmis à une tierce personne. Pourtant cela n'empêche pas que la dette soit payée par un tiers – c'est l'exemple de l'engagement d'un tiers envers le débiteur de payer sa dette ou de la reprise cumulative de dette. Mais cela passera par un nouvel engagement qui impliquera à nouveau un devoir d'inviolabilité pour le tiers réglant la dette. C'est en cela que les techniques de substitution à la cession de dette, qui tendent toutes à ce qu'une même valeur puisse être apportée par une autre personne que le débiteur initial, ne permettent pas que le nouveau débiteur y soit substitué dans son engagement. Ainsi, soit il est mis fin à l'engagement initial par l'accord du créancier – cela s'obtient par les mécanismes de la novation par changement de débiteur et de la délégation novatoire, dite parfaite – soit l'engagement initial subsiste et un second s'y additionne – il en va ainsi de la stipulation pour autrui et de la délégation imparfaite. En définitive, si l'on peut payer la dette d'un tiers, on ne saurait pouvoir observer le devoir d'un autre. En effet, cette exigence comportementale que représente le devoir juridique est propre à la personne sur qui elle pèse.

D'ailleurs, les devoirs généraux pèsent sur toute personne². Par exemple, un conducteur de train ne saurait s'affranchir de son devoir de sécurité en cédant les commandes à un autre conducteur, car il y est tenu avant tout de par sa qualité de sujet de droit, à l'égal de l'ensemble des passagers du train. Ainsi, il sera toujours soumis à un devoir de sécurité, même si cette sécurité ne sera plus spécifiquement liée à la conduite du train, puisque la situation juridique aura changé. Cela n'a donc aucun sens de dire qu'il puisse transmettre – et par là s'affranchir – de son devoir de sécurité.

Cela vaut également pour les devoirs spéciaux, en raison de la nature purement comportementale de cette exigence pesant sur les individus. Par exemple, le devoir de fidélité

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1305.

² V. not. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », art. préc. : « Les devoirs universels ne peuvent pas se transmettre, à proprement parler, d'une personne à une autre. Il n'y a pas de transmission, de succession, en cette matière. Il n'y a pas de succession, par exemple, si un mineur passe de l'autorité du chef de famille sous celle d'un autre, ou si un conducteur de véhicule cède le volant à un compagnon. » ; adde HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse préc., n° 308 et s.

existant entre époux est propre aux époux, et il ne saurait être question de « transmission » de ce devoir d'un ex-époux au nouveau conjoint en cas de divorce suivi d'un remariage. Cette idée se rapproche de la question du caractère d'ordre public du devoir. En tant que norme comportementale le devoir ne serait pas à la disposition des sujets et s'imposerait à eux de manière impérative¹.

Mais si cela semble vrai pour les devoirs légaux, le propos ne peut être totalement généralisé à partir du moment où l'on reconnaît l'existence de devoirs ayant pour source la volonté des individus. En effet, ces devoirs étant, par définition, issus de la volonté individuelle, ne peuvent être d'ordre public. Les conséquences liées à la nature purement comportementale des devoirs apparaissent alors plus particulièrement à leur égard. En tant que norme comportementale, le devoir, même issu de la volonté de l'individu, ne saurait être soumis à ses fluctuations subséquentes, cela notamment en ce que le devoir sera lié à une situation juridique déterminée, et pourra s'imposer à l'occasion de cette situation juridique, celle-ci devant déterminer objectivement l'issue de l'exigence comportementale pesant sur les sujets qui y sont soumis. Par exemple, le devoir de renégociation prévu conventionnellement par les parties à un contrat s'impose à celles-ci à l'occasion de la relation contractuelle qui les lie². Cette exigence s'intégrant à la norme contractuelle, dépend de l'existence de cette situation juridique, et cessera donc en cas de cessation de la relation contractuelle³.

L'incombance partageant sa nature d'exigence comportementale avec le devoir, n'est pas davantage susceptible de transmission à titre principal.

61. L'impossible transmission d'une incombance à titre principal.

L'incombance n'est pas un lien de droit en elle-même mais se trouve justifiée par l'existence d'un lien de droit, notamment par l'existence d'une relation contractuelle⁴. Et contrairement à l'obligation, elle n'est pas due par un débiteur à l'égard d'un créancier, mais plus exactement par le titulaire d'une prérogative à l'occasion de son exercice, dans son propre intérêt⁵. En tant que contrainte purement comportementale constituant l'accessoire d'un droit, l'incombance, ne vise pas la satisfaction du cocontractant, mais encadre le comportement du bénéficiaire du

¹ V. *infra*, n° 195 et s.

² V. *infra*, n° 131 et s.

³ V. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011, n° 797 : « il ne peut exister d'obligation de renégocier, « fausse » ou « véritable ». La raison en est simple : toute obligation suppose, outre un debitum et un obligatio, un sujet passif appelé débiteur, et un sujet actif, appelé créancier. Or [...] chacun est susceptible d'être débiteur ou créancier de l'« obligation » de renégocier, suivant le sens que l'imprévu donnera au contrat. Du reste, une telle obligation, à la supposer caractérisée, échapperait largement aux principes gouvernant le régime général de l'obligation : il est inconcevable de la céder, ou d'en requérir l'exécution forcée. De fait, la qualification de devoir s'impose : il faut y voir une norme comportementale » ; adde FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 142 : « Les obligations contractuelles circulent. [...] Les devoirs contractuels ne circulent évidemment pas. ».

⁴ V. not. FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, thèse préc.

⁵ V. *infra*, n° 213 et s.

droit. Le contractant qui y est soumis ne saurait avoir d'emprise sur cette exigence, à moins de lui faire perdre toute signification. En effet, cela n'aurait aucun sens d'imposer un comportement à un individu si celui-ci pouvait simplement s'y soustraire en le transmettant, en le cédant. Mais plus fondamentalement, l'incombance ne peut être cédée à un tiers par celui sur qui elle pèse parce qu'elle ne constitue pas une valeur, mais une conduite nécessaire et déterminée de la personne qui y est tenue. Ainsi, une clause mettant une incombance à la charge du cocontractant peut-elle être sanctionnée sur le fondement des clauses abusives¹. En revanche, cela ne doit pas être compris comme étant une limite à l'accomplissement, par un tiers, de l'incombance au nom et pour le compte de celui sur qui elle pèse en vertu du contrat principal². En une telle hypothèse, c'est en vertu de sa délégation de pouvoirs que le mandataire se voit imposer, en contrepartie, l'accomplissement des incombances qui grèvent le droit du mandant.

62. La transmission des exigences comportementales en cas de changement de situation juridique. Si un devoir ou une incombance ne peuvent être transmis à titre principal à la charge d'un autre sujet, il se peut en revanche que le changement de protagonistes d'une situation juridique déterminée implique, à titre accessoire, que le remplaçant soit soumis aux devoirs et incombances du remplacé. Il en va ainsi notamment par le biais d'une cession de contrat. Une telle opération permet de substituer un contractant à un autre dans un même contrat, et donc de céder la qualité de contractant. D'ailleurs l'acceptation de l'existence de devoirs et d'incombances à la charge d'un contractant, au-delà de l'exécution pure et simple des obligations, implique de ne pouvoir considérer la cession de contrat comme une simple addition d'une cession de créance et d'une cession de dette. La cession de contrat est autre chose, elle porte plus exactement sur le contrat en lui-même, c'est-à-dire sur sa force obligatoire³. Lorsque les parties conviennent, ou que la loi impose un changement de contractant, cela entraîne à la fois la libération du cédant des obligations et charges dont il était redevable, et la soumission du cessionnaire à ces exigences nées de la relation contractuelle considérée. Les devoirs et les incombances contractuels permettent précisément de comprendre l'importance des implications d'une cession de contrat et révèlent notamment que celle-ci ne se réduit pas à la cession des obligations qu'il contient. Par la cession d'un

¹ V. *infra*, n° 172.

² Il en ira, par ex., forcément ainsi lorsque l'incombance sera à la charge d'une personne morale.

³ V. AYNES (L.), *La cession de contrat, et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984, spéc. Intro., n° 6 : « L'évolution de l'obligation, comme le montrent ses principales étapes : cessibilité des créances, puis cessibilité des dettes, tend à la rapprocher de n'importe quel bien dont l'intérêt procède de l'aptitude à circuler. Mais c'est une autre fonction que doit remplir la cession de contrat ; elle n'opère pas sur la richesse patrimoniale, mais sur l'instrument de sa création, c'est-à-dire le contrat lui-même. » ; Titre I, n° 1 : « la cession de contrat mettrait en œuvre une cession de créance, mais se heurterait au principe de l'incessibilité des dettes. Or, il se pourrait que la cession de contrat fût bien autre chose ... ce que doit réaliser la cession de contrat, ce n'est ni le transfert de la créance contractuelle, ni celui de la dette, mais le maintien de la force obligatoire du contrat en dépit du changement de la personne des contractants. ».

contrat, on cède plus exactement une situation juridique. Le contractant cessionnaire, nouvellement partie au contrat, sera tenu d'observer les devoirs et incombances liés à cette situation juridique spécifique.

En tant que contraintes comportementales, les devoirs et les incombances ne peuvent faire l'objet de transmission à titre principal, ces exigences ne peuvent pas plus s'éteindre à titre principal.

B- Le caractère inextinguible à titre principal du devoir et de l'incombance

63. L'accomplissement de l'obligation par son paiement. Une obligation s'éteint principalement par son paiement, c'est-à-dire par son exécution. Une fois la prestation accomplie, le débiteur est libéré à l'égard du créancier concernant cette obligation. Parallèlement, « *tout paiement suppose une dette* »¹. Il existe un lien intrinsèque entre l'existence d'une dette et le paiement auquel elle doit aboutir. Ici ressort clairement la dimension économique de la dette, comprise en tant que valeur à transmettre et composante passive de l'obligation. Seule une obligation au sens strict peut ainsi faire l'objet d'un « paiement » qui a pour conséquence de l'éteindre. D'ailleurs ce paiement passe parfois par des modes spécifiques, tels que la compensation ou la confusion. La compensation exprime de manière particulièrement nette la dimension économique de l'obligation. Elle permet « *l'extinction totale ou partielle de deux obligations réciproques entre les mêmes personnes [...] ayant pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de même espèce* »². Ce mode d'extinction comporte des conditions précisément définies, mais cette technique n'en fait pas moins ressortir la nature pécuniaire de l'obligation en ce qu'elle permet la disparition du montant exigible auprès du débiteur en raison de l'existence d'un égal montant à son profit à la charge de son créancier. Il en va de même de la confusion, qui emporte extinction de l'obligation par « *la réunion sur la même tête des deux qualités de créancier et de débiteur de la même obligation* »³. Celui qui doit, et celui qui reçoit étant la même personne, les valeurs s'annihilent de façon mathématique. Par ces mécanismes c'est évidemment la valeur que représente l'obligation qui se révèle capitale, et non le comportement mis en œuvre pour son exécution. Le « paiement » est une donnée propre à l'obligation, on ne saurait parler du « paiement » d'un devoir ou d'une incombance.

64. Un mode d'extinction étranger au devoir et à l'incombance. Si l'existence d'une dette fait peser une contrainte sur la personne du débiteur, toute contrainte comportementale n'est pas liée à l'existence d'une dette. Or, seule une dette pouvant faire

¹ V. art. 1235 C. civ.

² V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Compensation, sens 1 ; adde art. 1291, al. 1^{er} C. civ.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1411.

l'objet d'un paiement, il s'agit d'un mode d'extinction de la contrainte qui lui est propre. Le devoir et l'incombance sont étrangers au mécanisme du paiement. Ce mode d'extinction ne correspond pas à leur nature purement comportementale. Ces exigences sont, ou non, correctement observées par le sujet, mais leur juste observation n'implique pas la disparition de l'injonction. Elles ne correspondent à aucune « chose due »¹. Il s'agit d'attitudes à adopter dans une situation juridique déterminée. Par exemple, le devoir de ne pas être de mauvaise foi ne disparaît pas du fait du bon comportement adopté par le contractant. Se conformer à la bonne foi à l'occasion de l'exécution d'une obligation contractuelle, ne fait pas disparaître l'exigence de se comporter de bonne foi pour le reste de l'exécution du contrat. Pareillement, le devoir de sécurité est une exigence qui va peser continuellement sur le sujet. Cela n'a aucun sens de dire que son observation dispense le sujet de s'y conformer par la suite. Une même observation peut être faite concernant les devoirs spéciaux. Par exemple le devoir de renégocier le contrat n'est pas une exigence fixe dont l'accomplissement dispenserait les parties de négocier de nouveau si une telle nécessité venait encore à se présenter. Il s'agit d'une exigence pesant de manière continue sur les contractants dont l'observation sera liée à des circonstances particulières mais qui ne disparaîtra pas par la seule raison de sa concrétisation à un moment donné.

Également, le comportement imposé au titulaire d'un avantage juridique par le législateur, comme préalable nécessaire à son exercice doit être observé à chaque fois que les conditions le justifient. Et l'observation de cette exigence ne dispenserait pas celui qui y est soumis de s'y conformer de nouveau, si les conditions qui la rendent nécessaire venaient à se représenter. Par exemple, la dénonciation de la survenance d'un vice caché dans les délais ne dispense pas l'acheteur de dénoncer l'apparition éventuelle d'autres vices par la suite, s'il entend pouvoir bénéficier à nouveau de la garantie, à la condition, bien entendu, que le contrat n'ait pas été résolu sur la base d'une action rédhibitoire. Pareillement, l'information donnée par le créancier à la caution concernant la défaillance du débiteur principal devra à nouveau être apportée lorsque le débiteur, s'étant finalement exécuté, fera de nouveau face à un incident de paiement. Il ne s'agit pas d'une créance dont la transmission éteindrait le pouvoir de contrainte du créancier, mais plus exactement d'une exigence comportementale attachée à une circonstance spécifique, et plus précisément à la mise en œuvre d'un droit. Ainsi, à chaque fois que le titulaire de ce droit voudra en revendiquer l'exercice, il devra se conformer à cette nécessité préalable s'il ne veut pas en perdre le bénéfice.

Les devoirs et les incombances sont des exigences comportementales imposées à l'individu dans certaines circonstances, et auxquelles il ne peut se soustraire en les « exécutant », puisqu'il n'y a pas à proprement parler d'« exécution » d'un devoir ou d'une incombance. Leur observation n'influe en rien sur leur existence. En réalité, ces exigences

¹ V. art. 1243 C. civ. : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. ».

sont liées à la situation objective qui les justifie et en sont ainsi dépendantes quant à leur existence et à leur disparition.

65. L’extinction des exigences comportementales en raison de la disparition d’une situation juridique. L’« extinction » des devoirs et des incombances ne peut s’opérer à titre principal, mais peut intervenir indirectement à l’occasion de la disparition de la situation juridique qui les justifie. Les exigences comportementales, en tant que contraintes objectives, dépendent de la situation juridique qui les engendre¹. Ainsi, les devoirs généraux liés à la qualité de sujet de droit disparaissent, pour le sujet, à son décès. Plus spécialement, certains devoirs liés à une situation juridique dans laquelle s’est inséré l’individu, ne seront plus à sa charge une fois que cette situation viendra à disparaître. Par exemple, les devoirs nés du mariage s’éteindront en cas de fin du mariage – peu importe sa cause. Le devoir d’exécuter les conventions de bonne foi, justifié par l’existence d’un contrat, ne sera plus à observer vis-à-vis du cocontractant une fois le contrat résolu. La résolution du contrat entraîne la disparition de ce devoir pour la relation contractuelle concernée.

En tant que norme comportementale, l’incombance est également liée à la situation juridique qui la justifie. Plus précisément, l’incombance s’impose à l’occasion de l’exercice d’un droit, dont l’existence est justifiée par une certaine circonstance. Par exemple, l’incombance de déclaration des vices cachés est liée à la garantie contre ces vices qu’implique la conclusion du contrat de vente au profit de l’acheteur². Aussi, une fois ce contrat résolu, le droit de se prévaloir d’un défaut de la chose disparaîtra avec l’incombance qui l’accompagnait. De même, l’incombance de déclaration du sinistre ne risque plus de s’imposer à l’assuré en cas de résolution du contrat d’assurance³, tout comme l’incombance d’information de la caution à la charge du créancier en cas de résolution du contrat de cautionnement⁴, etc. L’incombance ne sera plus à la charge du contractant en cas de disparition du droit, dont elle conditionnait l’exercice, avec la fin de la relation contractuelle dans laquelle il s’inscrivait.

66. Conclusion de la section. Il existe des exigences comportementales imposées au sujet qui ne peuvent techniquement s’apparenter à des obligations civiles *stricto sensu*. Le devoir et l’incombance sont des attitudes que l’individu doit adopter sous peine de subir certaines sanctions, et en cela il s’agit bien de normes juridiques. Mais ces contraintes ne sont pas assimilables à des obligations en ce qu’elles n’impliquent aucune prestation exercée dans

¹ En ce sens, à propos des « devoirs universels », V. YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », *art. préc.* : « Ils existent à la charge d’une personne quand les conditions de leur existence, fixées par la loi, sont réalisées, et disparaissent quand l’une d’elles cesse de l’être. ».

² V. *infra* n° 153.

³ V. *infra* n° 157

⁴ V. *infra* n° 159.

l'intérêt exclusif d'un bénéficiaire déterminé, à savoir le créancier. De plus, différents par leur nature, le devoir et l'incombance se distinguent en conséquence de l'obligation civile par leurs effets en ce que des règles essentielles du régime général des obligations ne leur sont pas applicables. Il en va ainsi, plus précisément, des principes liés à la transmission et à l'extinction de l'obligation. Or, ces pures exigences comportementales, clairement distinctes de l'obligation civile, ont également la spécificité commune de s'imposer au contractant à l'occasion du contrat. Il s'agit alors de voir quelle est leur place dans cette situation juridique classiquement considérée comme ayant pour effet exclusif la création d'obligations.

Section II

Des effets de la conclusion du contrat

67. Des contraintes s'imposant spécialement au contractant. L'appartenance des devoirs et des incombances à un genre commun peut être défendue à partir de deux constats.

Tout d'abord, ces contraintes non-obligationnelles s'intègrent toutes deux dans le contrat et pèsent ainsi spécifiquement sur la personne des contractants. Il s'agit d'exigences de conduite mises à la charge du contractant, qu'il doit observer au-delà de la stricte exécution de ses obligations. Le devoir et l'incombance contractuels participent ainsi de la démonstration selon laquelle le contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel (§1).

Ensuite, à l'occasion de son analyse des prérogatives juridiques, ROUBIER avait pu démontrer qu'il existe des contraintes juridiques qui pèsent sur les titulaires de ces prérogatives afin de faire contrepoids à leur exercice¹. Or, en tant que situation juridique spécifique, le contrat est précisément de nature à donner lieu à des prérogatives, mais aussi à des contraintes comportementales à la charge des parties au cours de l'exécution du contrat, afin d'assurer l'équilibre général de la relation. Aussi, il pourra être vu qu'en tant que contrepartie aux avantages de droit ou de fait dont dispose un contractant, les notions de devoir et d'incombance sont des instruments de l'équilibre de la relation contractuelle (§2).

¹ V. ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *APD*, 1960, p. 74 et s., spéc. p. 128 ; V. *infra*, n° 83 et s.

§1- L'identification du contenu non-obligationnel du contrat

68. Le contenu du contrat au-delà de son contenu obligationnel. Le contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel¹. Nombre d'effets impliqués par le contrat ne peuvent être analysés à travers le prisme de l'obligation. Il s'agit de distinguer clairement l'obligation du contrat (A). Cette distinction admise, il sera alors possible de reconnaître une place aux devoirs et aux incombances contractuels en tant qu'effets personnels du contrat (B).

A- *La distinction de l'obligation et du contrat*

69. Les rapports du contrat et de l'obligation en question. Une certaine ambiguïté règne sur la distinction du contrat et de l'obligation. Elle est d'ailleurs entretenue par le Code civil qui utilise souvent un terme pour l'autre. La confusion est notable dans la formulation du titre III – « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* », où les notions de contrat et d'obligation sont assimilées l'une à l'autre². Pourtant, une distinction s'impose. En effet, c'est grâce à la conclusion d'un contrat que les parties vont pouvoir stipuler des obligations³. Le contrat est compris comme étant l'une des sources possible de l'obligation, bien que le Code civil, en se concentrant essentiellement sur les obligations contractuelles, tende à créer une équivoque quant au fait que l'obligation puisse dériver d'autres causes⁴. L'acte est ainsi antérieur à l'obligation. Celle-ci est un effet de sa conclusion (1). Pour autant, le contrat n'a pas pour seul effet de créer des obligations, ses effets sont plus riches encore. L'obligation n'est que l'un des effets de la conclusion d'un contrat (2).

¹ V. not. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771 et s. ; adde WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*

² V. DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 24, Paris, 1968, n° 384 : « le législateur de notre Code paraît avoir un peu mêlé ces deux éléments juridiques, très différents pourtant l'un de l'autre ; à savoir : la convention et l'obligation. » (C'est l'auteur qui souligne). DEMOLOMBE fait observer que « le législateur de notre Code n'a pas suivi le plan de l'auteur du Traité des obligations » car « Pothier n'avait pas fait cette confusion » (*ibid*) ; adde BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, *op. cit.*, n° 1 et 10, p. 5.

³ V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, *op. cit.*, n° 7, p. 4 : « pour qu'il existe une obligation [...] il faut un fait précis, qui donne naissance à l'obligation et déroge à l'état naturel ».

⁴ V. WEILL (A.), *Droit civil, Les obligations*, Précis D., Paris, 1971, n° 239 : « C'est parce que le Code a envisagé la convention sous son aspect de source d'obligation que l'article 1126 a pu confondre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. ». D'ailleurs, BEUDANT a pu faire observer que dans le titre IV du livre III, le législateur fait état des « engagements qui se forment sans convention », ainsi « le lien juridique, dans l'hypothèse prévue par le titre IV, est appelé « engagement », comme pour le mieux distinguer des obligations qui naissent des conventions ; mais au fond, engagement et obligation sont même chose » (V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, *op. cit.*, n° 11, p. 6).

1. L'obligation comme effet du contrat

70. La distinction de l'objet du contrat et de l'objet de l'obligation. La doctrine classique avait pu critiquer en son temps la confusion opérée par le Code civil entre les effets du contrat et ceux de l'obligation¹. Pourtant, la plupart des auteurs qui étudient aujourd'hui le contrat se concentrent essentiellement sur son effet créateur d'obligation, au point que le contrat tend à être confondu avec l'obligation qu'il fait naître. En effet, il a pu être défendu que, le contrat se réduisant à créer des obligations, son objet n'est autre que l'objet de l'obligation². Pourtant, il est parfois concédé « *que le contrat peut éventuellement avoir pour objet la création d'un droit réel, le transfert d'un droit réel ou personnel comme d'une obligation* »³. Mais, si des auteurs contemporains observent cet effet potentiel du contrat, ils ne le développent pas à l'occasion de l'étude de ce dernier, et se concentrent essentiellement sur les obligations contractuelles⁴. L'effet réel du contrat n'est ainsi évoqué la plupart du temps que de manière incidente. Cette observation a néanmoins pu mener quelques auteurs à mettre en avant la nécessité de distinguer entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation⁵. Si l'objet de l'obligation est la prestation due, c'est-à-dire, faire, ne pas faire ou donner quelque chose⁶, l'objet du contrat ne saurait en revanche se résumer à la prestation. En effet, « *l'objet*

¹ V. not. DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 24, *op. cit.* : « *autre chose est la convention, autre chose est l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une d'avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; Tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier* ». (C'est l'auteur qui souligne).

² V. MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, S., 1962, n° 164, p. 150 : « *si l'on considère non pas la convention en général mais le contrat au sens précis du terme, c'est-à-dire la convention génératrice d'obligations, « l'opération juridique » projetée par les parties s'analyse en une création d'obligations et c'est finalement l'objet de ces obligations qui conditionne la validité du contrat.* » ; *adde* CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations, op. cit.*, n° 24, p. 111 ; LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, (ss dir. de) Ch. Larroumet, t. 3, *Les obligations. Le contrat, op. cit.*, n° 381.

³ V. LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, (ss dir. de) Ch. Larroumet, t. 3, *Les obligations. Le contrat, op. cit.*, n° 381 ; *adde* BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations, op. cit.*, n° 20, p. 11 ; WEILL (A.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 239, p. 256.

⁴ V. not. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, I- L'acte juridique, op. cit.*, n° 234 ; *adde* OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969, p. 31 : « *Un contrat a un objet propre qui est l'objet de l'obligation principale, c'est en quelque sorte un objet central autour duquel s'organisent l'équilibre et l'économie du contrat.* ». En réalité, l'auteur ne s'attachait pas à l'étude de l'objet du contrat en lui-même mais plutôt à la recherche d'un critère de classification des contrats spéciaux, en retenant comme tel l'objet de la prestation essentielle. Or, un contrat ne peut se ramener à sa prestation essentielle, même si celle-ci permet de le caractériser et de le différencier d'autres types de contrat. Ce n'est pas parce que le contrat se distingue par sa prestation essentielle, que son objet doit être réduit à celle-ci. Plutôt que l'objet du contrat, l'auteur détermine en réalité un critère de classification des contrats.

⁵ V. not. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, op. cit.*, n° 2 ; ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.* ; FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.*, 1996, p. 85 et s. ; LÉCUYER (M.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mél. F. Terré*, Paris, D., PUF, *Jcl.*, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 646 et 647 ; LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat, thèse préc.*

⁶ V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations, op. cit.*, n° 165 ; *adde* MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 8^e éd., 1991, n° 232 : « *Ce n'est pas une chose qui est l'objet de l'obligation, mais une*

du contrat est quelque chose de plus général. C'est l'opération que les parties entendent réaliser, l'intérêt que la convention a pour but de régler »¹. Par exemple, « dans le contrat de société, l'objet du contrat est l'exploitation ou la négociation que les parties ont en vue. Il se distingue de l'objet des obligations assumées par les associés : réalisation de leur apport et engagements accessoires »². Cette distinction a une incidence notamment sur la licéité de l'opération envisagée par les parties : « on constatera que parfois l'opération envisagée est prohibée, alors que les prestations dues ne sont pas illicites ; que parfois au contraire, l'opération juridique serait valable, mais que les prestations stipulées sont prohibées »³. Les auteurs donnent notamment l'exemple du pacte sur succession future pour illustrer une hypothèse où l'objet du contrat est illicite, car la disposition d'une succession non ouverte est considérée par le législateur comme immorale, tandis que l'objet de l'obligation est licite puisque « l'héritier s'engage seulement à transférer des droits futurs »⁴.

L'objet du contrat ne se réduisant pas à l'existence d'obligations, il est réducteur de présenter l'obligation comme étant l'objet du contrat⁵. Plutôt que l'objet du contrat, l'obligation contractuelle est un effet de sa conclusion.

71. Un rapport de cause à effet. Le contrat est considéré comme l'une des cinq sources possibles de l'obligation⁶. En tant que source, il est bien ce qui engendre, ce qui fait naître l'obligation⁷. Il y a fondamentalement un rapport de cause à effet entre le contrat et l'obligation⁸. Ainsi, « l'obligation n'est pas l'objet, mais l'effet du contrat »⁹. Or, dire que l'obligation est un effet du contrat n'implique pas qu'elle en soit l'unique effet¹⁰. Après analyse, elle apparaît comme étant l'un des effets du contrat.

prestation. ». Un auteur a récemment proposé d'insérer une quatrième catégorie d'obligation dans cette classification, à savoir celle des obligations de *praestare* : V. PIGNARRE (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.*, 2001, p. 41 et s.

¹ V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, op. cit., n° 185.

² V. *Ibid.*, n° 186, p. 125 ; adde MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, op. cit., n° 231.

³ V. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, op. cit., n° 186.

⁴ V. *Ibid.*, n° 251 et s., p. 238 et s. ; adde WEILL (A.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 246 et s.

⁵ V. not. GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit., n° 2.

⁶ V. art. 1370 C. civ.

⁷ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Source (sens 2) : « Source de droit ou d'obligation ; tout élément générateur de droit subjectif ou d'engagement (not. de responsabilité), vertu créatrice propre des actes et des faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. » (Nous soulignons).

⁸ V. not. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, op. cit., n° 10 : « Entre la convention et l'obligation, la relation est visible. L'obligation est un rapport juridique entre deux personnes ; la convention, résultat de l'accord des volontés, est une des sources d'où ce rapport peut sortir. Il existe entre les deux notions une relation de cause à effet. » ; adde FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 48.

⁹ V. MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, op. cit., n° 231 ; adde WEILL (A.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 224.

¹⁰ V. not. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., p. 773 : « Il est vrai sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement sous la dépendance de sa source. Mais on ne saurait en déduire à l'inverse que le contrat (la source) se ramène entièrement aux obligations qu'il fait

2. L'obligation comme l'un des effets du contrat

72. Une tentative de systématisation des effets du contrat. Contrairement à ce qui a pu être parfois avancé¹, la systématisation des effets du contrat n'est pas chose impossible, et peut d'ailleurs éclairer son étude. Une fois assimilée l'idée que ce dernier ne doit plus être simplement étudié au stade de sa formation, comme une procédure visant à créer des obligations², il importe d'analyser concrètement ses différents effets, qui se manifestent notamment à l'occasion de son exécution. Si « *tout n'est pas obligationnel dans le contrat* »³, il s'agit de comprendre ces effets autres, qui ne sauraient être correctement traduits par le recours au terme strictement défini d'obligation, et de les traduire éventuellement à l'aide de notions spécifiques. Le constat de l'existence de contraintes purement comportementales s'imposant au contractant y invite spécialement.

73. L'existence d'effets contractuels autres qu'obligationnels. La distinction opérée par M. ANCEL entre la force obligatoire du contrat et les obligations qui découlent de sa conclusion s'avère aujourd'hui incontournable pour l'étude du contrat⁴. En effet, cet auteur a pu mettre en avant la nécessité de différencier le contenu du contrat et son caractère obligatoire⁵. Selon lui, cela revient à « *prendre au sérieux l'article 1134 du code civil, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient « lieu de loi »* »⁶. Ainsi l'auteur en vient à dénoncer une tendance à admettre « *une conception*

*naître. Dire que les parties sont « obligées » par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, tenues par le contrat) ne signifie pas nécessairement, et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations. Et, même lorsqu'elles en sont tenues, le lien contractuel n'est pas entièrement absorbé par leur rapport d'obligation. Autrement dit [...] ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel. » ; adde LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat, thèse préc.*, n° 26. Le plan retenu par le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* est plus convaincant que celui du Code civil en ce qu'il préfère évoquer « *les effets du contrat* », plutôt que « *l'effet des obligations* ». V. art. 1194 et s. du projet ; adde DESHAYES (O.), « Les effets du contrat entre parties », *JCP G*, sup. n° 21, 25 mai 2015, p. 43 et s.*

¹ V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 306 : « *les effets du contrat sont rebelles à une parfaite systématisation* ».

² V. JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *art. préc.*

³ V. COLLART-DUTILLEUL (F.), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 225 et s. : « *Ce qui importe, à ce stade, est de bien repérer ce qui constitue authentiquement une obligation née de la conclusion d'un contrat et ce qui, dans ce contrat, n'a pas pour objet d'établir un lien de créancier à débiteur* ».

⁴ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*

⁵ V. *Ibid*, spéc. p. 774 : « *quel que soit le contenu (obligationnel ou non obligationnel) du contrat, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle. Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi, il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale* » ; adde *infra*, n° 104 et s.

⁶ V. *Ibid*, spéc. p. 775.

beaucoup trop extensive de la notion d'obligation »¹. Il a pu démontrer que le contrat ne saurait se réduire aux obligations qu'il engendre, et regrette le recours au terme d'obligation pour désigner les effets directs de la force obligatoire du contrat sur les parties².

L'auteur donne notamment comme exemple l'explication de la situation du promettant dans le cadre d'une promesse de contracter dont l'option n'a pas encore été levée par le bénéficiaire. Au lieu de considérer le promettant comme étant débiteur d'une hypothétique obligation³, il conviendrait davantage, selon l'auteur, « *de se situer sur le terrain de la force obligatoire du contrat* »⁴. En effet, d'ores et déjà engagé par sa promesse, le promettant qui se rétracte avant la fin du délai d'option convenu viole la force obligatoire du contrat. Or, une telle violation justifie que le fautif puisse être forcé à conclure la vente⁵. Sous cet angle, le contrat de promesse apparaît clairement comme ayant un autre effet que celui de créer des obligations : il implique une abstention à la charge du promettant et un droit potestatif au bénéfice du cocontractant⁶. Une telle lecture n'est pas purement théorique puisqu'elle entraîne des conséquences distinctes en cas de manquement.

M. ANCEL donne de multiples autres exemples à l'appui de cette démonstration. Il montre ainsi qu'une remise de dette ou une transaction emportent un effet extinctif de droit mais n'impliquent aucune obligation à la charge des parties qui seront seulement tenues de

¹ V. *Ibid*, spéc. p. 777 : « les « obligations » auxquelles, dans la conception la plus répandue, les règles de droit assujettissent les personnes ne s'inscrivent pas nécessairement dans le schéma technique du rapport d'obligation, c'est-à-dire d'un rapport entre deux personnes et en vertu duquel l'une (le créancier) peut exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) ».

² V. *Ibid*, spéc. p. 774 : l'auteur parle de « dissociation de la force obligatoire et des obligations nées du contrat » ; *adde* « Effets d'un cautionnement donné par un époux après la dissolution de la communauté », *RD bancaire et bourse*, 1988, n° 5, p. 10 et s. ; « La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 163 et s.

³ L'exigence pesant sur le promettant était analysée, avant 2011 comme étant une obligation de ne pas faire (V. Cass. civ. III, 15 déc. 1993, n° 91-10199, Bull. civ. III, n° 174), mais, depuis un arrêt de 2011 (V. Cass. civ. III, 11 mai 2011, n° 10-12875), elle est qualifiée d'obligation de faire. Aussi, selon les juges du droit, la levée de l'option par le bénéficiaire, postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. En vertu d'une telle qualification, la Cour de cassation refuse d'ordonner l'exécution forcée de la promesse, et sanctionne le promettant qui s'est rétracté par des dommages-intérêts. Pour une même solution concernant le pacte de préférence, V. Cass. civ. III, 30 avr. 1997, n° 95-17598, Bull. civ. III, n° 96.

⁴ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, p. 786 ; *adde* BARRET (O.), « Promesse de vente », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015, n° 109 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Précis D., 10^e éd., 2015, n° 68 ; LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992, n° 825 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTHIER (P.-Y.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^e éd., 2014, n° 145 et s. ; MESTRE (J.), obs. sous Cass. com., 27 mai 1986, *RTD Civ.*, 1987, p. 88 ; « La méconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat », MAZEAUD (D.), obs. sous Cass. civ. III, 30 avr. 1997, *préc.*, D. 1997, p. 475.

⁵ Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit la consécration d'une telle solution allant à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation : V. art. 1124, al. 2 : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Pour l'approbation de cette solution, V. not. FAGES (B.), « Le processus de formation du contrat », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^{èmes} journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; *Contra*, V. not. FABRE-MAGNAN (M.), « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 16 avr. 2015, n° 14, p. 826 et s.

⁶ V. LEQUETTE (S.), « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD Civ.*, 2013, p. 491 et s.

respecter la situation créée par le contrat, à savoir l'extinction du droit¹. De même, l'obligation ne permet pas d'expliquer que le contrat de société fasse naître une personne morale². En effet, « *la naissance d'un être juridique nouveau ne peut évidemment se ramener à un rapport créancier-débiteur* »³. Le concept d'obligation ne permet pas davantage de rendre compte du fait que les conventions abdicatives ont pour effet principal de faire s'éteindre des droits réels⁴, ou encore que les contrats-cadre ont spécialement pour fonction de créer des normes⁵.

Dans toutes ces hypothèses, la définition du contrat comme une convention ayant pour seul effet de créer des obligations est nettement réductrice et ne permet pas d'analyser la réalité juridique sans déformer la notion même d'obligation. Cela met d'ailleurs en évidence le fait que le contrat puisse avoir un effet direct sur la chose qui en est l'objet. Il existe un effet réel du contrat, au-delà de son effet obligationnel.

74. Le développement de l'analyse de l'effet réel du contrat. L'effet réel du contrat n'est pas pris en compte par la théorie générale des obligations, qui considère la chose objet de l'obligation au stade de la formation du contrat, mais n'aborde pas la question du régime du bien concerné au cours de l'exécution de l'acte.

Cet effet a cependant pu être remarqué en doctrine, notamment à l'occasion de l'étude des libéralités avec charge⁶. En effet, l'article 900-1 du Code civil fait référence à un effet réel possible de la libéralité, à savoir lorsqu'elle est assortie d'une clause d'inaliénabilité⁷. Par cette clause, le donateur peut interdire au donataire d'aliéner le bien donné, pour une période définie, le plus souvent sa vie durant. Cela aura pour conséquences, notamment, que le bien ne pourra faire l'objet d'une saisie tant que la clause sera en vigueur⁸, et que le bien ne pourra être vendu par le donataire sans le consentement du donateur⁹. Ainsi la charge accompagnant une libéralité peut consister en l'affectation des biens donnés à une destination particulière¹⁰.

¹ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, p. 780 et s.

² V. *Ibid.*, p. 785.

³ V. *Ibid.* ; adde MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », in *Mél. Ch. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 137 ; WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Ét. B. Oppetit*, Litec, 2010, p. 691 et s.

⁴ V. *Ibid.*, p. 780 et s.

⁵ V. *Ibid.*, p. 787 et s.

⁶ V. BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, S., 1945, n° 43 et s.

⁷ V. art. 900-1, al. 1, C. civ. : « *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.* ».

⁸ V. Cass. civ. I, 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 211 ; Cass. civ. II, 30 juin 1993, Bull. civ. II, n° 241 ; Cass. civ. I, 8 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 43.

⁹ V. Cass. civ. III, 31 mai 2006, Bull. civ. III, n° 136.

¹⁰ V. GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, Lyon, LGDJ, 1976, spéc. n° 1 : « *il arrive que le régime juridique d'un bien dépende de son utilisation et non pas de sa nature* ». L'auteur donne l'ex. de l'art. 524 C. civ. qui dispose que « *les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination* », et qui permet ainsi qu'un bien mobilier se voit

La technique de l'affectation implique que le régime d'un bien ne va plus dépendre de sa seule nature, mais également de l'usage qui en aura été préalablement défini¹. Les parties peuvent affecter une chose à un certain usage par le biais du contrat². Ainsi, la chose faisant l'objet de l'engagement peut-être rendue indisponible par l'effet du contrat³. L'acte va emporter une indisponibilité relative de la chose en vue de garantir la réalisation du but contractuel⁴. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble qui conclut un contrat de bail, affecte son bien à l'usage et à la jouissance paisible du locataire. Par ce contrat, il donne un emploi spécifique à son bien et se trouve soumis, par la suite, à l'effet réel du contrat, c'est-à-dire qu'il subit l'indisponibilité de l'immeuble au cours de l'exécution du contrat de bail⁵. L'indisponibilité de la chose est consentie par le propriétaire dans le dessein de garantir la réalisation d'un but spécifique, à savoir la jouissance des locaux par le locataire, en contrepartie du paiement des loyers.

75. Des effets personnels autres qu'obligationnels. Le contrat n'a pas seulement pour effet, ou de créer une contrainte sur la chose objet du contrat, ou de créer des obligations que les parties devront exécuter. Il s'avère que la situation juridique générée implique en outre, à la charge des parties, certains comportements qu'elles n'auraient pas à observer si elles n'avaient pas conclu le contrat. Aussi convient-il de mettre au jour, à côté de l'effet réel du contrat, l'existence d'effets personnels autres qu'obligationnels nés du contrat.

B- Des effets personnels non-obligationnels du contrat

76. Devoir et incombance : des effets de la conclusion du contrat sur la personne du contractant. Pendant longtemps, l'étude des effets de la conclusion du contrat sur la situation des parties à l'acte se résumait à l'analyse des différents types d'obligations pouvant en découler. Or, il vient d'être vu que cette appréhension du contrat est réductrice. Précisément, parmi les effets qu'il engendre, il en est qui s'imposent à la personne des contractants sans être constitutifs d'obligations, de prestations à exécuter. Il en va ainsi du devoir (1) et de l'incombance contractuels (2) : ce sont des effets de la conclusion du contrat sur la personne du contractant.

attribuer le régime juridique des biens immobiliers. « Or, il est aisé de constater que lorsqu'un bien est utilisé pour un certain usage, un mot revient toujours pour expliquer cette situation, celui d'affectation. » (V. thèse préc., n° 2).

¹ V. *Ibid.*

² Pour la démonstration du lien entre le mécanisme de l'affectation et la théorie de l'acte juridique, V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Perpignan, LGDJ, 1996, n° 313 et s.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ Pour une théorie de l'effet réel du contrat, V. WATERLOT (M.), *L'effet réel du contrat*, Bordeaux, 2015.

1. *Le devoir comme effet de la conclusion du contrat*

77. **L'émergence d'une identification des devoirs contractuels en doctrine.**

Plusieurs auteurs se sont interrogés au cours des dernières années sur les techniques d'appréhension du comportement des contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Que ce soit à travers l'étude générale du comportement du contractant¹, ou des exigences de loyauté² et de cohérence s'imposant aux parties³, ou plus spécialement de l'abus de droit en matière contractuelle⁴, il est apparu nécessaire de mettre en avant les exigences relatives au comportement du contractant, s'imposant à lui au-delà des obligations à exécuter. Or, même si ce n'est parfois que de manière indirecte, ces études ont amorcé la mise au jour de différentes contraintes s'imposant aux parties et se distinguant des obligations nées du contrat. Ainsi s'est développé en doctrine, concomitamment à l'évolution du droit positif, un mouvement d'analyse des divers devoirs pouvant peser sur les contractants lors de l'exécution du contrat.

78. La conclusion du contrat impliquant un devoir contractuel de bonne foi en vertu de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. M. ANCEL a pu observer que, au-delà du fait d'exécuter les obligations nées du contrat, les parties doivent, en vertu de l'article 1134, al. 3 du Code civil, exécuter le contrat de bonne foi⁵. Il relie cette exigence comportementale à la force obligatoire du contrat, et la distingue clairement de l'obligation⁶. Et précisément, selon l'auteur, « *l'utilisation fréquente du mot devoir [est] significative de la gêne éprouvée à l'égard des soi-disant « obligations » déduites de l'article 1134 alinéa 3* »⁷. La redécouverte de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat a permis la prise de conscience du fait que ce dernier ne se réduit pas à un acte permettant un transfert de valeurs, mais est également un lieu de réunion des individus⁸.

Si, « *jusqu'à une époque toute récente, [...] des générations et des générations de civilistes étaient passés devant l'alinéa 3 de l'article 1134 sans y prêter grande attention* »⁹, ce texte connaît aujourd'hui un regain d'intérêt en jurisprudence, à tel point qu'il fait partie

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc.

² V. not. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc. ; adde MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », art. préc.

³ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc.

⁴ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc.

⁵ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., p. 796.

⁶ V. *Ibid* : « *si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, il méconnaît la force obligatoire* ».

⁷ V. *Ibid*, n. 112 ; adde *infra* n° 104 et s.

⁸ V. not. DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 3 ; adde FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 485.

⁹ V. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », art. préc.

des articles les plus souvent cités par les arrêts de la Cour de cassation¹. Le recours désormais fréquent qui y est fait montre la nécessité d'un encadrement du comportement du contractant. En effet, cette règle impose un devoir de bonne foi spécialement à la charge du contractant, à l'occasion de l'exécution du contrat. Le devoir de bonne foi est précisément un effet personnel du contrat, en ce que la contrainte pèse directement sur la personne du contractant et lui impose un certain comportement en raison de la conclusion de l'acte, tout en n'étant pas constitutive d'une obligation, car la bonne foi n'est pas une prestation due par un débiteur à un créancier².

Mais la notion de devoir contractuel s'inscrit au-delà de la seule appréhension de la bonne foi. Elle constitue un outil du langage juridique permettant l'élaboration d'une catégorie d'exigences pesant sur les contractants. Elle participe de l'étude empirique des différentes contraintes comportementales pouvant s'imposer à l'occasion de l'exécution du contrat, et notamment de celles peu à peu reconnues sur la base d'un recours à l'article 1135 du Code civil.

79. Le devoir comme « suite » de la conclusion du contrat en vertu de l'article 1135 du Code civil. À travers l'article 1135 du Code civil, le législateur reconnaît que le contrat peut impliquer, à la charge des parties, des contraintes que celles-ci n'ont pas explicitement envisagées dans leur accord³. La conclusion du contrat peut avoir pour effet de mettre à la charge des parties une certaine conduite visant à maintenir l'équilibre de la relation. La mise en lumière des exigences comportementales non-obligationnelles s'imposant aux parties, passe ainsi, au-delà de la directive générale de bonne foi, par la reconnaissance de diverses « suites » complétant le contrat en vertu de l'article 1135 du Code civil⁴. C'est sur la base d'une telle disposition qu'ont notamment pu être développés les devoirs de sécurité⁵, et de conseil⁶. Ces contraintes comportementales mises à la charge des contractants ne peuvent, à proprement parler, intégrer la qualification spécifique d'obligation contractuelle, pourtant, elles s'imposent spécifiquement dans le cadre contractuel, ce qui se traduit d'ailleurs par les sanctions qui accompagnent leur manquement⁷. Aussi la notion de devoir contractuel présente-t-elle une utilité pour rendre compte, de la manière la plus précise possible, de ces diverses exigences comportementales s'imposant spécialement aux parties contractantes.

¹ V. PERDRIAU (A.), « Visa, « chapeau » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G*, 1986, I, 3257.

² V. *supra*, n° 43 et s.

³ V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Ét. F. Gény*, S., t. 2, p. 333 et s., spéc. p. 339 ; *adde* JAMIN (Ch.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *art. préc.*

⁴ Pour un développement de cette idée, V. *infra*, n° 125 et s.

⁵ V. *infra*, n° 127 et s.

⁶ V. *infra*, n° 144.

⁷ V. *infra*, n° 339 et s. et 576 et s.

Si la nécessité du recours au terme de devoir est apparue assez rapidement afin d'identifier certaines de ces exigences s'imposant au contractant et ne s'apparentant pas à des obligations, la notion d'incombance commence en revanche à peine à être remarquée par la doctrine contractualiste française. Or, est également mise au jour à travers elle l'existence de contraintes comportementales non-obligationnelles impliquées par la conclusion du contrat.

2. L'incombance comme effet de la conclusion du contrat

80. Le constat de contraintes comportementales s'imposant aux contractants ne pouvant être qualifiées d'obligations. Progressivement se sont imposés à l'analyse de la doctrine contractualiste des exemples de contraintes comportementales spécifiques s'imposant à la personne du contractant à l'occasion de l'exercice d'un droit.

La particularité d'une telle contrainte est notamment apparue dans les hypothèses où elle s'impose à un créancier dans le cadre d'un contrat unilatéral, puisqu'un tel contrat ne contient d'obligations qu'à la charge du débiteur. En effet, le lien entre la force obligatoire du contrat et l'existence de contraintes comportementales à la charge du contractant est particulièrement net lorsqu'est envisagée la situation du créancier à un contrat unilatéral. Il arrive que pèsent sur ce dernier des exigences liées à son droit de créance, et qui conditionnent la possibilité d'en jouir. Par exemple, dans un contrat de cautionnement, l'article 2314 du Code civil impose au créancier de ne pas nuire au pouvoir de subrogation de la caution s'il veut pouvoir la poursuivre en paiement à hauteur de ses droits et privilèges¹. Cette contrainte traduit la dimension obligatoire du contrat pour le créancier, y compris alors qu'il n'est débiteur d'aucune obligation juridique².

Au-delà de ce type de contrat particulier, il a pu être remarqué qu'une certaine démarche est parfois imposée au contractant en tant que titulaire d'un droit, s'il entend pouvoir en bénéficier. Il en va par exemple ainsi de l'exigence pesant sur l'acheteur de dénoncer l'apparition d'un vice caché au vendeur³, ou encore de l'exigence de déclaration du sinistre pesant sur l'assuré à l'égard de l'assureur⁴. De même, le débiteur à un contrat assorti d'une condition suspensive mixte, ne doit pas faire défaillir l'évènement érigé en condition sous peine de ne pouvoir s'en prévaloir afin d'échapper au paiement de la dette⁵. Dans ces différentes hypothèses, il n'y a pas de prestation attendue de la part de celui sur qui pèse l'incombance, mais une exigence purement comportementale liée à la revendication d'un droit, et qui doit être observée sous peine de sanction.

¹ V. *infra*, n° 159.

² V. *infra*, n° 159.

³ V. *infra*, n° 153.

⁴ V. *infra*, n° 157.

⁵ V. art. 1178 C. civ. V. *infra*, n° 163 et s.

Ces exemples montrent que des dispositions, parfois impératives, peuvent impliquer certaines contraintes à la charge des parties en raison du fait qu'elles se sont engagées par un contrat intégrant nécessairement ces exigences de source légale. L'observation de ce type de phénomènes par quelques auteurs a pu mener à l'émergence d'une étude des incombances contractuelles.

81. L'émergence d'une étude des incombances contractuelles. Les auteurs ayant remarqué la notion d'incombance conviennent qu'il s'agit d'une notion permettant d'appréhender le comportement du contractant.

En effet, cette notion est souvent rapprochée de celle de devoir¹ et fait généralement l'objet d'analyses dans le cadre d'études spécifiquement centrées sur le contrat².

Par ailleurs, certaines de ses manifestations ont pu être remarquées par des auteurs qui, n'ayant pas connaissance du terme, ont relevé la spécificité du phénomène et ne se sont pas contenté de se référer au fondement trop large de la bonne foi pour en rendre compte. Il en va notamment ainsi de la contrainte pesant sur le débiteur de ne pas faire défaillir l'évènement érigé en condition suspensive d'une obligation, sous peine de ne pouvoir se prévaloir de cette défaillance pour échapper à son engagement³. Ou encore de l'exigence pesant sur le créancier au contrat de cautionnement, de ne pas, par son fait, diminuer ou supprimer ses droits et privilèges sur le débiteur principal sous peine de ne pouvoir exiger paiement à la caution à hauteur des droits préférentiels perdus⁴. Or, ces contraintes ont été clairement rattachées, par la suite, à la catégorie des incombances par des auteurs en ayant abordé l'étude⁵.

Ainsi, en raison de la conclusion du contrat, les personnes engagées se trouvent tenues d'observer certaines attitudes, qui peuvent être plus précisément analysées à travers les notions de devoir et d'incombance. Le rapprochement de ces notions semble alors s'imposer dans le cadre de l'étude du contrat. Elles se rejoignent en ce qu'elles permettent d'appréhender le comportement du contractant dans l'exécution du contrat.

¹ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : l'auteur parle d'un « devoir de comportement ».

² V. *Ibid* : « l'intérêt principal du terme incombance étant de clarifier celui d'obligation, il doit être réservé aux devoirs nés d'un acte juridique ».

³ V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 599 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1095 et s. ; MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.*

⁴ V. not. BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.* ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1273 et s. ; « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *RTD Civ.*, 2006, p. 191 et s.

⁵ À propos de l'art. 1178 C. civ., V. not., WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.* ; et à propos de l'art. 2314 C. civ., V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; *adde* JUREDIEU (F.), « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », *LPA*, 7 juill. 2008, n° 35.

82. Le rapprochement des devoirs et des incombances contractuels. Le devoir et l'incombance sont des contraintes qui intègrent la catégorie des effets que le contrat peut entraîner à l'égard de la personne du contractant. Plus précisément, il peut être vu que ces exigences ont pour intérêt commun de constituer un balancier face aux diverses prérogatives dont disposent les parties au contrat. Le devoir et l'incombance contractuels présentent ainsi l'avantage d'opérer un certain rééquilibrage des rapports contractuels.

§2- Des instruments de l'équilibre contractuel

83. Des contraintes face aux prérogatives. ROUBIER a pu défendre l'idée que toute situation juridique implique un entrecroisement de prérogatives et de charges en vue d'assurer la vertu d'équilibre, à laquelle aspire le droit. Or un tel constat peut être plus précisément fait concernant le contrat, qui est une situation juridique subjective par excellence (A). Dans ce cadre, le devoir et l'incombance apparaissent précisément comme étant des contraintes permettant de faire contrepoids à la prédominance d'un contractant sur l'autre, notamment dans l'exercice de ses prérogatives contractuelles. Ces notions se rejoignent ainsi en ce qu'elles permettent pareillement d'assurer un certain équilibre au sein de la relation contractuelle (B).

A- Un nécessaire équilibre entre prérogative et contrainte

84. Toute situation juridique composée de « charges » et de « prérogatives ». ROUBIER a développé l'idée que chaque situation juridique¹ emporte à la fois des « *prérogatives* » au profit des sujets la composant, mais également des « *charges* » qui s'imposent à eux et qui assurent l'équilibre de la relation juridique². Le fait d'entrer, de manière volontaire ou non, dans une situation juridique, implique pour le sujet qui s'y trouve, d'observer divers commandements permettant le maintien d'une harmonie dans les relations sociales concernées.

Parmi les prérogatives que peut impliquer une situation juridique formée, l'auteur identifie non seulement les droits, mais également les fonctions et les pouvoirs, qu'il présente comme étant des prérogatives « *inférieures aux droits proprement dits* » en raison du cadre

¹ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Situation : elle est « *un composé de contrainte et de liberté* ». Le devoir traduit la contrainte quand le droit permet de rendre compte de la liberté du sujet.

² V. ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », art. préc., p. 128 et s. ; adde GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, op. cit., n° 224 : « *tout avantage juridique s'accompagne de charges, qui le diminuent* ».

plus restreint dans lequel ils se placent¹. Cette présentation des prérogatives permet, selon l'auteur, d'éviter un recours abusif à la notion unique de droit subjectif.

Mais ROUBIER a par ailleurs remarqué que l'analyse proposée ne serait pas suffisante pour « *donner une vue complète de l'organisation juridique* », s'il n'était souligné qu'« *en face des prérogatives, il y a les charges* »². Étude qui serait, de l'avis même du juriste, « *presque aussi importante* » que celle faite sur les prérogatives³. L'auteur a alors amorcé une réflexion fondamentale sur les contraintes formant le pendant des prérogatives.

Tout d'abord, selon l'auteur, l'existence est, en soi, une situation juridique justifiant certains devoirs. En effet, des devoirs généraux peuvent être directement rattachés à la qualité de sujet de droit, en ce qu'ils s'imposent à toute personne juridique et tout au long de sa vie. Il en va ainsi notamment du devoir de sécurité⁴.

Ensuite, tout individu se place successivement, et parfois parallèlement dans diverses situations juridiques justifiant des devoirs spécifiques. Par exemple, le mariage est une situation juridique qui implique, de la part des époux des devoirs de fidélité, de secours et d'assistance qui s'imposent tant que dure leur relation matrimoniale, dans l'intérêt même du ménage.

Enfin, l'auteur a également observé que « *sur le terrain des situations juridiques subjectives, il est incontestable que les prérogatives s'accompagnent de charges, parce que cela correspond à l'inspiration de l'équilibre, à la vertu de bilatéralité du droit* »⁵. Et tous les types de droits subjectifs peuvent trouver une compensation dans l'existence d'une charge qui pèse sur celui qui en dispose, qu'il soit réel ou personnel⁶.

85. La mise au jour de limites dans l'exercice des prérogatives juridiques.
Telles que comprises par ROUBIER, les « charges », sont des contrepoids aux diverses prérogatives du sujet de droit. Par ce terme, l'auteur n'entendait pas viser les obligations puisque celles-ci n'assurent pas cette bilatéralité du droit sur une même personne – le créancier reçoit sa créance, le débiteur paie sa dette. Il entendait plus justement viser ces contraintes qui pèsent sur le titulaire d'un droit – ou plus largement d'une prérogative – et qui viennent en mesurer l'usage.

¹ V. ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *art. préc.*, p. 106 et s.

² V. *Ibid.*, p. 128.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op cit.*, p. 51 : « Il existe un devoir général, qui pèse sur tous les hommes, de ne pas porter injustement atteinte à la vie d'autrui. Ce devoir est sanctionné d'une double manière : a) par la voie pénale qui a prévu divers types d'infractions, homicide, coups et blessures, frappées de peines destinées, par leur caractère d'exemplarité, à protéger la société humaine contre de tels faits ; b) par la voie civile qui a prévu une action en réparation civile, laquelle permet à la victime (ou aux autres ayants-droits) de réclamer réparation du dommage causé par de tels faits. ».

⁵ V. ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *art. préc.*, p. 128.

⁶ V. *Ibid.* : « aux droits réels viennent faire pendant les charges réelles ».

En effet, si « *le titulaire du droit de créance paraît avoir entre les mains un avantage net de toute obligation* », il est pourtant soumis au « *devoir général imposé aux titulaires de droits subjectifs, de n'en pas faire un usage abusif* »¹. Entendue dans un sens général, comme étant un poids qui s'impose à l'individu dans certaines situations, « *ce qui pèse [sur] une personne* »², la charge recoupe alors la signification allouée au devoir, ainsi qu'à l'incombance³. À travers ces termes est visée une contrainte qui s'impose au sujet et qui implique une limitation de la liberté de l'individu. Aussi, par préférence au terme de charge qui est à sens variables, tant dans le vocabulaire courant⁴, que dans le lexique juridique⁵, et qui est généralement employé par le législateur dans le sens d'une obligation civile *stricto sensu*⁶, les notions de devoir et d'incombance paraissent aptes à qualifier ces exigences de nature comportementale qui pèsent sur le contractant au cours de l'exécution du contrat et qui sont autant de limites à l'exercice de leurs prérogatives nées du contrat. Aussi, peut-il être insisté sur le fait que tout contrat emporte, en tant que situation juridique, des contraintes faisant contrepoids aux prérogatives des parties à l'acte.

86. Le contrat : une situation juridique impliquant un entrecroisement de prérogatives et de contraintes. En tant que situation juridique subjective par excellence, le contrat semble bien impliquer tant des droits et des pouvoirs au bénéfice des parties, que des contraintes à leur charge. En effet, « *chacun des contractants non seulement bénéficiera en vertu du contrat de certains droits, mais aussi supportera, toujours en vertu du contrat, certaines charges* »⁷. Les parties ont des droits qui naissent de la conclusion de l'accord –

¹ V. *Ibid.*, p. 129.

² V. *Ibid.* Le mot charge provient du terme *carricae*, lui-même issu de *carrus*, ce qui signifie ce qui pèse sur la personne, ce qui lui incombe.

³ V. *supra*, n° 47 et s.

⁴ V. *Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, op. cit.*, V° Charge : Sont retenus trois sens principaux : « *I. Ce qui pèse matériellement ou moralement sur quelqu'un* » ; « *II. Poids, quantité* » ; « *III. Action de charger* ». Chacun de ces sens ayant lui-même une multitude de sens plus précis. Par exemple, la charge au sens de « *ce qui pèse matériellement ou moralement sur quelqu'un* », peut être une « *dépense, obligation onéreuse* » (I. sens 1), « *ce qui cause une gêne* » (I. sens 3), ou encore un « *indice ou présomption pouvant faire croire à la culpabilité de quelqu'un* » (I. sens 4).

⁵ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Charge : Au-delà du sens général retenu (« *ce qui pèse (par l'effort, la dépense, les soins exigés) et, en général, ce qui incombe par devoir à une personne* »), pas moins de huit sens distincts sont attachés à la notion de charge : la charge comme fonction (sens 1), comme dépense (sens 2), comme preuve ou indice (sens 3), comme une nécessité dont le manquement n'est pas un fait illicite mais « *un fait dommageable que sa propre carence inflige, comme une sorte d'autosanction, à celui qui ne l'assume pas* » (sens 4), comme une contrainte annexe à un acte juridique (sens 5), comme le devoir d'assumer une dette (sens 6), comme « *certaines droits réels grevant un immeuble* », et enfin, en droit européen comme une « *mesure étatique qui, ne frappant que certaines entreprises, entraîne pour celles-ci un désavantage dans la concurrence* » (sens 8).

⁶ Ainsi en va-t-il notamment des charges constituant des « *dépenses incombant à une collectivité ou à une personne* » (V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Charge, sens 2) par exemple les charges d'habitation, les charges sociales ou encore les charges du mariage. Cela a d'ailleurs pu mener un auteur à considérer que toutes les charges sont des obligations : V. BOUCHARD (V.), « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA*, 24 juill. 2002, n° 147, p. 4 et s.

⁷ V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*

notamment un droit de créance pour le créancier – voire également des pouvoirs – par exemple ceux naissant d'un contrat de société – mais elles ont également des contraintes qui s'imposent à elles à l'occasion de l'exécution du contrat.

Depuis plusieurs dizaines d'années, le juge intervient régulièrement pour encadrer le comportement des contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Cela traduit un besoin d'apporter certaines limites à l'exercice des droits des contractants. Aussi, une recherche, assortie d'une catégorisation, des exigences pouvant s'imposer aux sujets en contrepartie des prérogatives dont ils bénéficient s'avère particulièrement utile aujourd'hui dans le cadre du contrat, puisque ce dernier a été l'occasion d'une multiplication des procédés techniques de limitation des libertés d'agir pour les contractants.

87. La vertu d'équilibre assurée par des règles de conduite. À l'image des prérogatives, les différents types de contraintes qui peuvent s'imposer aux contractants en contrepartie des avantages dont ils disposent méritent d'être analysés et systématisés. Et plus précisément, les notions de devoir et d'incombance semblent à même de décrire les effets non-obligationnels du contrat qui, en tant que véritables contraintes, vont influencer sur la situation des parties et permettre de faire contrepoids à leurs droits et pouvoirs, afin d'assurer un certain équilibre au sein de la relation contractuelle.

B- Un équilibre assuré au moyen de devoirs et d'incombances contractuels

88. Analyse du devoir comme contrepartie d'un droit. La définition généralement donnée du Droit objectif – « *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* »¹ – suggère l'existence de devoirs avant même celle de droits subjectifs. En effet, le devoir juridique apparaît précisément comme étant une règle de conduite socialement sanctionnée. Il apparaît alors comme étant une autre protection possible que celle qui passe par les droits, et qui lui est d'ailleurs antérieure sur le plan historique. C'est ainsi que ROUBIER a pu dire que « *l'ordre juridique a été d'abord créé sur la base des devoirs, avant qu'on en arrivât à créer des droits proprement dits* »².

À l'époque où il écrit, l'auteur fait observer et regrette une tendance des juristes à ramener l'essentiel des manifestations du Droit à la notion de droit subjectif. Critiquant un recours abusif au terme de droit, l'auteur propose d'analyser plus justement le Droit positif en termes de situations juridiques³. Il distingue les situations juridiques subjectives qui créent plus de droits que de devoirs – l'exemple type en étant le contrat – des situations juridiques

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Droit, 1, a.

² V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », art. préc.

³ V. *Ibid.*

objectives qui créent plus de devoirs que de droits – ce qui est notamment observable en droit pénal. Ainsi, tout en reconnaissant l'existence tant de droits que de devoirs à la charge des individus, ROUBIER développe une analyse mesurée des relations juridiques en évitant de tomber dans l'écueil opposé, qui serait de ne reconnaître l'existence que de devoirs à la charge des individus¹. Selon ROUBIER, « aucune société ne sera viable si on ne reconnaît pas à la fois des droits et des devoirs à ses membres »². Il y a une véritable coexistence, un entrecroisement des droits et des devoirs juridiques au profit et à la charge des individus dans une société³. La notion de devoir juridique, associée à celle de droit subjectif, est ainsi à même de rendre compte de la réalité des diverses situations juridiques que rencontre l'individu en société.

Cette interaction, ce lien nécessaire entre droit et devoir est notamment visible à travers la question du respect du droit d'autrui. En effet ROUBIER a pu se demander si « la violation d'un droit subjectif constitue [...] une infraction à un devoir juridique »⁴. En répondant de manière positive à cette interrogation, l'auteur met en évidence l'existence du devoir général de ne pas nuire aux droits d'autrui, qu'ils soient de nature réelle ou personnelle⁵. Au droit subjectif de l'individu correspond ainsi le devoir de l'ensemble des autres sujets de le respecter. Mais il est possible d'ajouter qu'à tout droit subjectif, correspond également le devoir pour son titulaire de ne pas en abuser, d'en faire un usage mesuré. Plus généralement, il apparaît que tout droit implique concomitamment, et en contrepartie, l'existence d'un devoir de mesure. Que le droit soit fondamental⁶, ou simplement contingent, c'est-à-dire dépendant d'une situation juridique déterminée⁷, il implique le devoir de le respecter à la charge des destinataires⁸, mais également des devoirs à la charge de son bénéficiaire. Cette observation peut être vérifiée concernant, plus précisément, la situation du propriétaire d'un bien grevé d'un droit réel.

¹ Une telle conception a pu être défendue à travers la philosophie positiviste d'Auguste COMTE : V. COMTE (A.), *Cours de philosophie positive, op. cit.*, t. 2, p. 659. Ce serait la réciprocité du devoir qui constituerait un avantage pour tous.

² V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*

³ V. BOURGEOIS (L.), *La solidarité, op. cit.*, p. 38 et s.

⁴ V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*

⁵ V. *Ibid.* Parallèlement, cette interaction des droits et des devoirs de l'individu peut se manifester en ce que le manquement à un devoir juridique donne parfois naissance à un droit subjectif : « l'infraction à un devoir juridique, qui a, en tant que telle, ses conséquences propres (ouvrir une action en responsabilité), pourra aboutir, par le canal de cette action, à la création d'un droit subjectif (créance de réparation ou de restitution) ». Mais l'auteur concède que « bien entendu, il y a quantité de devoirs juridiques qui n'aboutiront à créer aucun droit subjectif ».

⁶ V. COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, thèse préc.*, p. 25 et s.

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. par ex. Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44078, Bull. civ. V, n° 164 : l'employeur qui fait suivre le salarié par un détective privé à son insu pendant ses heures de travail commet une faute en ce qu'il porte atteinte au droit fondamental du salarié au respect de sa vie privée. Cette solution semble implicitement poser un devoir à la charge de l'employeur de ne pas porter atteinte à la vie privée du salarié.

89. Le devoir du propriétaire à l'égard du titulaire d'un droit réel sur son bien. Il a été vu que le contrat emporte parfois un effet réel de par l'affectation d'une chose à un certain usage. Or, un effet personnel va être directement impliqué par l'effet réel du contrat, en ce que le propriétaire du bien affecté subit, du fait de la conclusion du contrat, une contrainte sur sa personne, qui se traduit par un devoir de respect du droit réel du cocontractant sur sa chose. Ainsi, par exemple, la conclusion d'une promesse unilatérale de vente, qui implique l'indisponibilité du bien tant que dure le délai pour lever l'option, entraîne une contrainte comportementale à l'égard de la personne du propriétaire de l'immeuble, qui est alors tenu au devoir spécial de ne pas l'aliéner. Pour mentionner un autre exemple, le propriétaire du bien grevé d'hypothèque subit la contrainte de ne pas en diminuer la valeur. Dans ces différentes hypothèses, l'affectation du bien à un usage strictement défini entraîne une restriction comportementale pour le propriétaire, cela diminue ses prérogatives de gestion.

Une telle situation a pu être expliquée par GINOSSAR à l'aide de la notion d'obligation réelle¹. En effet, contestant la notion de droit réel, l'auteur a cherché à démontrer que les droits réels sur la chose d'autrui sont une catégorie spéciale de droits personnels, une créance au bénéfice du titulaire du droit à l'égard du propriétaire de la chose grevée². Ce dernier est alors vu comme étant débiteur d'une obligation réelle³, correspondant au « *droit réel, vu du côté passif* »⁴. L'obligation est qualifiée de réelle en ce que la personne tenue est le propriétaire actuel d'un bien, en cette qualité, et non pas une personne nommément désignée⁵. Or, si cette étude présente le double apport de mettre en lumière le fait qu'il existe des droits réels sur la chose d'autrui, et qu'un tel droit implique un lien entre deux personnes, le recours à la notion d'obligation pour désigner l'exigence d'abstention qui pèse sur le propriétaire peut être discuté, ce que DABIN a d'ailleurs très bien mis en évidence⁶. En effet, au-delà des véritables prestations que le contrat met à la charge du propriétaire – telles que, par exemple pour l'hypothèque, l'obligation de payer, de purger ou de délaisser le bien – et qui ne sont autres que des obligations personnelles, puisque c'est bien une personne, le propriétaire, qui est alors tenu d'exécuter le service en question⁷, le seul fait de s'abstenir de perturber le droit

¹ V. GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGD, 1960 ; adde SCAPEL (J.), *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002.

² V. GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, thèse préc.*, n° 35 et s.

³ V. *Ibid* ; adde n° 45 et s.

⁴ V. *Ibid*, n° 38.

⁵ V. *Ibid*, n° 39 : « Lorsqu'on dit qu'un bien répond d'un engagement, on entend simplement que c'est le maître actuel, quel qu'il soit du bien qui en répond, non pas à titre personnel, mais à titre réel ».

⁶ V. DABIN (J.), « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.*, 1962, p. 20 et s., spéc. p. 34 et s.

⁷ V. *Ibid*, p. 35 : « Du moment que l'obligation a pour objet des prestations positives visant à procurer ou à assurer au titulaire du droit le service de la chose, il ne peut être question que d'obligation personnelle, parce que c'est une personne, en l'espèce le propriétaire actuel de la chose, qui, par hypothèse, est débitrice, agent responsable du service, et non plus la chose inerte et passive qu'est la res. [...] la prestation positive fait nécessairement le droit personnel, et le concept d'un droit réel in faciendo est une contradiction dans les termes. » (C'est l'auteur qui souligne).

d'autrui n'est pas une obligation. Une telle contrainte n'implique aucun transfert de valeur, il n'y a pas là de prestation : il s'agit du simple respect du droit d'autrui. Aussi, l'affectation de son bien à un certain usage par le propriétaire fait toujours naître à sa charge un devoir de respect des droits d'autrui sur sa chose. Il est vrai que le propriétaire est plus exposé que les tiers au risque de manquer à ce devoir, puisque le risque pèse précisément sur une chose objet de sa propriété¹. Aussi « *le devoir de non méconnaissance le liera plus impérieusement* »². Il n'en reste pas moins qu'il s'agit alors d'un simple « *devoir d'abstention* », et non d'une prestation attendue du propriétaire³.

Outre le fait qu'elle participe de l'identification du rôle du devoir en matière contractuelle, cette réflexion présente l'intérêt de mettre en avant un véritable phénomène d'interaction de l'effet réel et de l'effet personnel du contrat, dont d'autres exemples peuvent encore être donnés. Ainsi, lorsque des parties à un contrat de prêt affectent spécialement les fonds à une destination bien définie, ceux-ci obéissent alors à un régime défini par l'affectation conclue, mais en outre, cette affectation va engendrer un devoir de surveillance à la charge du prêteur quant à la bonne destination des fonds prêtés⁴. De même, l'affectation d'un bien à un certain usage par le biais d'un contrat peut aussi impliquer des effets personnels spécifiques dans le cadre de l'exécution d'un contrat accessoire. Par exemple, il a pu être jugé qu'un prêt destiné à être incorporé dans une SARL, destination expressément entrée dans le champ contractuel, s'analysait en un concours financier à une entreprise impliquant de ce fait l'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier qui impose au créancier une incombance d'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette garantie⁵. Ainsi, l'effet réel du contrat sur la chose qui en est l'objet, se double souvent de contraintes comportementales à la charge du contractant⁶.

¹ V. *Ibid*, p. 34

² V. *Ibid*.

³ V. *Ibid*, p. 35.

⁴ V. Cass. civ. III, 15 févr. 1978, Bull. civ. III, n° 82 : En l'espèce, les juges retiennent un manquement au devoir de vigilance quant à la destination des fonds de la part du banquier, qui engage ainsi sa responsabilité contractuelle ; Cass. civ. I, 19 mai 1987, Bull. civ. I, n° 154 : L'arrêt fait expressément mention de la notion d'affectation : à partir du moment où les fonds étaient affectés à un emploi spécifié au contrat, un emploi différent de ces fonds privait de cause le contrat conclu (cette affectation était la condition de l'engagement) ; Cass. com., 7 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 149 : les juges du droit engagent la responsabilité contractuelle de la banque sur le fondement de l'art. 1142 C. civ. pour ne pas avoir respecté l'accord sur la question de la destination des fonds prêtés.

⁵ V. Cass. civ. I, 29 juin 2004, n° 02-19445 ; pour une décision similaire concernant le cautionnement d'un prêt consenti pour les besoins d'un fonds de commerce de bar débit de boisson : Cass. civ. I, 4 févr. 2003, n° 00-16694. Sur cette incombance, V. *infra*, n° 159.

⁶ V. WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.*, spéc. p. 718.

90. Le devoir contractuel comme moyen d'assurer l'équilibre contractuel¹. La fonction d'équilibre du devoir contractuel apparaît assez clairement à travers l'exigence de bonne foi, et plus précisément à l'aide du concept d'abus de droit qui traduit sa dimension limitative². En effet, s'impose aux contractants un devoir de ne pas abuser de leurs droits, et plus largement de toute prérogative dont ils disposent en vertu du contrat³. L'abus de droit permet spécialement au juge de contrôler le comportement du contractant dans l'exercice de son droit⁴. La sanction de l'abus est presque systématiquement rapprochée par les juges de l'exigence de bonne foi posée à l'article 1134, al. 3, du Code civil. Dans sa dimension personnelle, l'abus prend la forme d'un devoir : celui de ne pas faire un usage excessif de sa prérogative, de nature à nuire à son partenaire⁵. Il s'agit d'une composante du devoir général de bonne foi, qui impose une droiture de comportement au contractant et qui constitue ainsi une limite générale à leur liberté dans le cadre de l'exécution du contrat.

Plus largement, et au-delà du devoir de bonne foi, tout devoir contractuel permet de limiter les risques de déséquilibre liés à l'exécution en imposant une certaine conduite au contractant⁶. En tant qu'expressions de la force obligatoire du contrat, ils traduisent la limitation de l'autonomie du contractant en raison de la conclusion du contrat⁷. Ainsi, par exemple, intégré au contrat, le devoir général de sécurité rappelle que le contrat ne saurait être l'occasion, pour le contractant, d'attenter à l'intégrité physique de son partenaire. Aussi, le

¹ Sur l'expression d'« équilibre contractuel », V. not. FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2000 ; *adde* MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 135 et s. ; MAZEAUD (D.) et GÉNICON (Th.), « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 2012, n° 4, p. 1469 et s. Comp., la notion d'équité en droit des contrats, V. not. ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000 ; « Équité », *Rép. Civ. D.*, sept. 2011 ; ZAKI (M.-S.), « Définir l'équité », *APD*, t. 35, 1990, p. 87 et s. ; et le principe de proportionnalité en droit des contrats : V. not. LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000 ; *adde* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit français ?, Actes du colloque du centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, (ss dir. de) M. Béhar-Touchais, LPA, 30 sept. 1998, n° 117.

² V. not. *Ibid*, n° 397 et s. et 625 et s.

³ V. not. la sanction de l'abus dans la fixation du prix : Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 espèces), *D.*, 1996, p. 13, note AYNÈS (L.) ; *JCP G*, 1996, II, 22565, note GHESTIN (J.) ; *JCP E*, 1996, II, 776, note LEVENEUR (L.) ; *Defr.*, 1996, 747, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *RTD Civ.*, 1996, 153, obs. MESTRE (J.) ; de l'abus dans l'invocation d'une clause d'agrément : Cass. civ. I, 7 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 519, p. 392 ; Cass. com., 2 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 113, *D.*, 2003, p. 93, note MAZEAUD (D.) ; *JCP G*, 2003, II, 10023, note MAINGUY (D.) ; *RDC*, 2003, p. 50, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; p. 152, obs. BÉHAR-TOUCHAIS (M.) ; *RTD Civ.*, 2002, p. 811, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; de l'abus du droit de résilier le contrat : Cass. civ. I, 7 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 520, p. 393 ; et plus spécialement de l'abus dans l'invocation de la clause résolutoire : Cass. civ. III, 8 avr. 1987, n° 85-17596 ; 27 févr. 1991, n° 89-15659 ; Cass. civ. I, 16 févr. 1999, n° 96-21997.

⁴ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* ; *adde* MAZEAUD (D.), « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *art. préc.*, spéc. n° 11.

⁵ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, spéc. n° 7.

⁶ V. not. BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, n° 636 et s. ; *adde* FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel, thèse préc.*, n° 397 et s. et 625 et s. ; SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 59 ; MESTRE (J.), « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 24-25 oct. 1985, journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41 et s.

⁷ V. *infra*, n° 110 et s.

débiteur n'est-il pas libre dans la manière dont il doit exécuter l'obligation contractuelle. De même, le devoir de conseil permet d'atténuer les disparités de fait qui existent entre un contractant professionnel et son client non averti. Il favorise le rééquilibrage des rapports contractuels dont la proportion est *a priori* perturbée par la faiblesse des connaissances techniques d'une des parties à la différence de l'autre. Les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil se sont d'ailleurs révélés, au cours du siècle dernier, comme de puissants instruments au service du juge pour « *lutte[r] contre les déséquilibres structurels inhérents aux contrats d'adhésion* »¹.

Cette vertu d'équilibre assurée par le devoir contractuel au cours de l'exécution du contrat est également permise dans le cadre très précis de l'exercice d'un droit contractuel, par le biais des incombances.

91. L'incombance contractuelle comme moyen d'assurer l'équilibre de la relation contractuelle. Souvent qualifiée de devoir juridique, l'incombance est également parfois rapprochée de la notion de charge, précisément en ce qu'elle constitue un poids pesant sur le contractant, contrebalançant un avantage lui étant octroyé². Les références parfois faites à la bonne foi dans l'étude consciente ou inconsciente des incombances contractuelles sont également significatives du rôle de ces dernières dans l'encadrement du comportement des contractants dans l'exercice de leurs droits.

Par le biais de l'incombance, l'exercice d'un droit contractuel est encadré afin de limiter l'incertitude liée à sa mise en œuvre³. Par exemple, la dénonciation diligente du vice caché par l'acheteur évite qu'il ne surprenne le vendeur par la réclamation tardive de la garantie, et qu'il n'aggrave son préjudice au détriment du cocontractant⁴. Il s'agit d'un comportement qui encadre clairement l'exercice d'un droit découlant du contrat. Il en va de même de l'incombance de déclaration de survenance du sinistre pesant sur l'assuré à l'égard de l'assureur, qui limite le droit à la prise en charge du sinistre⁵. Ou encore, par exemple, de la contrainte pesant sur le créancier de ne pas diminuer les droits et privilèges qu'il détient à l'encontre du débiteur principal au détriment du pouvoir de subrogation de la caution, car un tel comportement conditionne directement son droit de poursuite contre la caution⁶. Une incombance n'encadre pas nécessairement l'exercice d'un droit de créance, elle limite parfois la mise en œuvre d'un droit potestatif⁷. Ainsi, à nombre de droits d'options contractuels est

¹ V. REVET (Th.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *art. préc.*, n° 5.

² V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « *l'incombance rappelle la notion de charge en ce qu'elle constitue une obligation envers soi-même, c'est-à-dire que son exécution est nécessaire à l'obtention d'un avantage par son débiteur. De plus l'incombance est une charge au sens courant du terme, c'est-à-dire ce qui pèse de façon plus ou moins contraignante sur une personne ou sa situation* ».

³ Sur cette démonstration, V. *infra*, n° 214 et s.

⁴ V. *infra*, n° 153.

⁵ V. *infra*, n° 157.

⁶ V. *infra*, n° 159.

⁷ V. *infra*, n° 221 et s.

associée une exigence de diligence dans la prise de décision afin de relativiser l'incertitude que fait planer l'exercice d'un droit potestatif pour le cocontractant¹.

92. Conclusion de la section. Le contrat, en tant que source de l'obligation, est l'une des causes possibles de l'existence de celle-ci, et ce rapport de cause à effet empêche d'assimiler les notions de contrat et d'obligation. Ce dernier n'est pas un acte impliquant exclusivement la création d'obligations, mais plus exactement, une norme entraînant divers effets, au sein desquels la création d'obligations. Parmi les effets contractuels non-obligationnels, certains sont relatifs à la destination d'une chose – ce sont les effets réels du contrat – et d'autres concernent la personne du contractant, et sont autant de contraintes comportementales s'imposant à ce dernier à l'occasion de l'exécution du contrat. Les notions de devoir et d'incombance participent de cette catégorie plus générale des contraintes contractuelles non-obligationnelles. En effet, ces notions ont pour point commun de décrire des exigences purement comportementales s'imposant aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Elles sont plus précisément des instruments favorisant la vertu d'équilibre recherchée au sein de la situation juridique qu'est le contrat. Elles sont le moyen d'assurer un certain équilibre dans les rapports entre les parties contractantes.

93. Conclusion du chapitre. En ce qu'elles doivent être techniquement distinguées de l'obligation civile, et en ce qu'elles s'inscrivent dans le cadre contractuel, les notions de devoir et d'incombance appartiennent à la catégorie commune des contraintes comportementales contractuelles.

Tout d'abord, s'il a été vu que dans le vocabulaire courant devoir et obligation sont présentés comme synonymes, et que la notion d'incombance, encore peu connue, est souvent présentée comme étant une obligation particulière, la clarté du langage juridique nécessite que soit retenue une définition technique précise de ces différents termes. L'identification de l'obligation civile permet justement de révéler l'hypertrophie de son emploi, qui cache parfois de véritables devoirs ou incombances. L'obligation est un lien de droit impliquant l'exécution d'une prestation par un débiteur au profit d'un créancier. Elle revêt une nature économique en ce qu'elle implique nécessairement le transfert d'une valeur patrimoniale. Aussi ne peut-elle être confondue avec des notions visant à décrire des contraintes purement comportementales s'imposant à l'individu, selon certaines situations, et visant à la satisfaction au moins partielle de son propre intérêt. Cette distinction comporte un enjeu au niveau du régime de ces notions, car les techniques propres à la transmission et à l'extinction de l'obligation, et liées à sa nature patrimoniale, ne sont pas transposables aux devoirs et aux incombances.

Par ailleurs, cette distinction a un impact tout à fait important quant à l'étude du contrat. En effet, ce dernier est traditionnellement défini comme étant un acte créateur

¹ V. *Ibid.*

d'obligations. Il est alors généralement réduit à son contenu obligationnel. *A priori*, parler de devoirs et d'incombances contractuels semble ainsi impossible. Pourtant, l'analyse du droit positif oblige à observer que le contrat n'implique pas seulement la création d'obligations. En effet, cet acte peut également donner lieu à d'autres effets, tant sur la chose faisant l'objet du contrat, que sur les personnes y étant parties. Le devoir et l'incombance sont précisément des notions pouvant traduire techniquement des exigences pesant sur les contractants et se distinguant clairement de leurs obligations *stricto sensu*. Ces notions permettent de clarifier la diversité des effets potentiels du contrat.

Cependant, la reconnaissance de l'existence de ces effets contractuels spécifiques ne suffit pas à convaincre de leur bien-fondé. Plus précisément, ce constat amène à se demander comment l'existence de telles contraintes comportementales non-obligationnelles peut se justifier en matière contractuelle. Se pose ainsi la question du fondement juridique des devoirs et des incombances contractuels.

Chapitre II

Un fondement commun

94. Sens de la recherche du fondement des devoirs et incombances contractuels. La recherche menée sur l'existence des devoirs et des incombances contractuels implique de s'interroger sur leur fondement. Le fondement est défini comme étant « *ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être* »¹. C'est « *ce qui détermine l'assentiment légitime de l'esprit à une affirmation* »². D'un point de vue juridique, l'établissement du fondement d'une notion permet d'en juger la solidité, c'est à dire la justesse de son identification comme outil juridique. Il s'agit d'un retour opéré sur les bases des notions abordées, sur l'étude de ce qui justifie leur présence. En l'occurrence cela revient à se demander ce qui explique juridiquement que des contractants soient tenus, au-delà de l'accomplissement de leurs obligations, d'observer certains comportements à l'occasion de l'exécution du contrat. La question est donc celle du lien existant entre ces contraintes spécifiques et la conclusion d'un contrat. On comprend alors que l'étude du fondement des devoirs et des incombances contractuels passe nécessairement par une réflexion sur la théorie générale du contrat.

95. Fondement des devoirs et incombances contractuels et théorie générale du contrat. La finalité d'une théorie générale est de rendre compte du droit positif, le plus exactement possible³. Si le contractant est tenu, en vertu du contrat, à l'observation de devoirs et d'incombances, en sus de l'exécution des obligations contractées, la théorie générale du contrat doit être à même d'expliquer ces exigences comportementales⁴. Ainsi, la recherche du fondement des devoirs et incombances contractuels nécessite de se pencher sur le fondement même du contrat, et plus précisément sur le fondement de sa force obligatoire. En raison de la

¹ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Fondement.

² V. *Ibid.*

³ La théorie générale du contrat est un essai de science du droit ayant pour finalité de mieux appréhender le droit positif : V. SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997.

⁴ Une réflexion sur la théorie générale du contrat n'implique pas de délaisser le droit des contrats spéciaux. D'ailleurs, les rapports du général et du spécial sont au cœur de la réflexion sur les devoirs et les incombances. Par exemple, le devoir de sécurité est un apport des contrats spéciaux à la théorie générale du contrat. Et inversement, les art. 1134 al. 3 et 1135 C. civ. sont un apport du général au spécial. (V. not. dans ce sens : THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *art. préc.* : l'auteur prône une analyse du contrat permettant « *un changement en expansion, susceptible d'élargir le cadre référentiel de la théorie générale pour lui permettre d'accueillir les règles contractuelles des droits spéciaux et de leur insuffler son esprit renouvelé* »).

force obligatoire du contrat, c'est-à-dire de la contrainte liée à l'engagement pris, les contractants subissent une restriction de leur autonomie. Et l'expression de cette restriction liée à la force obligatoire du contrat peut être juridiquement trouvée dans la notion d'assujettissement (Section I). Or, l'assujettissement, en tant que traduction technique de la limitation de l'autonomie des parties, explique que ces dernières soient tenues d'adopter certains comportements spécifiques à l'occasion de l'exécution du contrat. Il pourra ainsi être démontré que l'assujettissement contractuel, issu de la force obligatoire du contrat, fonde l'existence de devoirs et d'incombances contractuels (Section II).

Section I

Force obligatoire du contrat et assujettissement contractuel

96. Assujettissement et comportement des contractants. La force obligatoire du contrat implique que les parties doivent respecter la situation juridique dans laquelle elles se sont volontairement placées¹, et au-delà, elle engendre une orientation du comportement des contractants. Des auteurs ont en effet établi un lien entre la conclusion de l'acte juridique et la soumission des parties à son respect, ce lien étant traduit par la notion d'assujettissement². Si les analyses diffèrent quelque peu quant au fondement de l'assujettissement (§1), elles se rejoignent clairement sur le sens de la notion (§2).

§1- Le fondement de l'assujettissement contractuel

97. Un fondement en question. La notion d'assujettissement est d'apparition plutôt récente dans la science juridique³. En effet, si l'idée qui la sous-tend était déjà présente

¹ V. not. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 151 et s. ; *adde* « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 14 et s. ; « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 22 et s. ; « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.*, n° 37 ; ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 21 et s.

² V. *Ibid.*

³ Elle est notamment utilisée en matière fiscale afin de décrire l'« action de soumettre une personne [...] à un impôt » (V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Assujettissement. (« Comp. Imposition. Ant. Affranchissement (sens 3), exonération, dispense, décharge »)). Dans le langage courant, l'assujettissement est défini comme étant un « état de dépendance, de soumission », une « contrainte » s'imposant à l'individu (V. *Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française*, *op. cit.*).

dans des écrits de la doctrine classique (A), sa construction théorique est néanmoins l'œuvre d'auteurs de la doctrine moderne, qui l'ont abordée dans le cadre de l'étude du contrat¹ (B).

A- Les origines en doctrine classique

98. Assujettissement et règle de droit. Sans que le propos ne tende à faire de l'assujettissement une notion proprement juridique, GÉNY a pu mettre en avant le fait que toute norme juridique implique pour le sujet à qui elle s'impose, une restriction de son autonomie, une limitation de sa liberté d'agir, dans le but d'assurer la permanence et la stabilité des relations des hommes en société². En effet, en tant que contrainte juridiquement sanctionnée, la règle de droit est de manière générale, une source d'assujettissement de la conduite des individus. Ceux-ci ne peuvent organiser leurs activités que dans la limite de ce que l'ordre juridique autorise. Cette idée fait d'ores et déjà apparaître le lien entre la force obligatoire attachée à la norme, et l'assujettissement qui en découle pour le sujet à qui elle s'impose³.

Mais c'est véritablement à l'occasion de l'étude du droit subjectif que des auteurs ont clairement souligné et systématisé l'assujettissement du sujet.

99. Assujettissement et droit subjectif. L'idée d'assujettissement vient de la théorie des droits subjectifs. Elle a été notamment développée par IHERING⁴ et DABIN⁵.

En effet, IHERING a proposé une distinction entre les effets actifs et les effets passifs du droit. Les effets actifs du droit correspondent aux effets que ce dernier engendre à l'égard de son bénéficiaire. Ils correspondent à la mise en œuvre du droit par son titulaire afin de bénéficier des avantages qui y sont attachés. En revanche, les effets passifs sont ceux qui s'appliquent au « monde extérieur »⁶. Le débiteur comme les tiers subissent une restriction de leur autonomie du fait de l'existence de ce droit. D'un point de vue extérieur au bénéficiaire, l'efficacité du droit se traduit par un devoir de s'abstenir d'y porter atteinte, par une passivité. En effet, selon IHERING, « *droit ou pouvoir d'un côté, assujettissement ou état vinculé de l'autre, sont pour tous les droits translatifs des notions corrélatives* »⁷. Ainsi l'auteur démontre que le droit peut produire des effets en dehors de sa seule exigibilité. Il emporte

¹ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 151 et s. ; adde ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 21 et s.

² V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, n° 14.

³ V. *infra*, n° 109 et s.

⁴ V. VON IHERING (R.), *Etudes complémentaires de L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Maerescq, 1903, p. 331 à 498, spéc. p. 335 et 337.

⁵ V. DABIN (J.), *Le droit subjectif*, thèse préc., p. 181 et s.

⁶ V. VON IHERING (R.), *Etudes complémentaires de L'esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 335.

⁷ V. *Ibid*, p. 337.

notamment des conséquences juridiques y compris lorsqu'il est momentanément dépourvu de titulaire¹.

Pareillement, lorsqu'il analyse le droit personnel, DABIN voit qu'au-delà de l'obligation d'exécuter qui pèse sur le débiteur, ce dernier emporte des effets passifs, tant à l'égard du débiteur que des tiers. Quant au débiteur, l'auteur montre qu'il subit un assujettissement, c'est-à-dire une restriction de son autonomie, en raison de la force de l'engagement pris². Ainsi, l'obligation implique, pour le débiteur, non seulement l'exécution de la prestation, mais également le respect du droit du créancier. « *Du fait de l'obligation qui le lie au créancier ; la liberté du débiteur subit non seulement restriction, mais emprise : sa personne est « engagée »* »³. Par ailleurs, l'auteur met en évidence que « *tout droit subjectif [donne] naissance à l'obligation passive universelle de le respecter* »⁴. Ainsi, « *aucun tiers n'a le droit de porter atteinte au lien d'obligation qui unit le créancier à son débiteur, en empêchant celui-ci de remplir son devoir ou en l'aidant à ne pas le remplir* »⁵.

100. Évolution de l'analyse de l'assujettissement. Sous l'influence de ces réflexions menées par quelques membres de la doctrine classique, ont émergé des analyses modernes de la notion d'assujettissement, et spécifiquement dans le cadre de l'étude du contrat.

B- Les analyses modernes

101. Assujettissement et contrat. C'est dans le cadre de l'étude du contrat que des auteurs ont plus récemment proposé de recourir à la notion d'assujettissement pour expliquer techniquement la restriction de l'autonomie de celui qui s'engage⁶. S'il semble, *a priori*, que les travaux proposés diffèrent quelque peu quant à l'explication du fondement de l'assujettissement, un retour sur ces analyses (1), permettra de voir qu'elles peuvent être combinées, en convenant que l'assujettissement est lié à l'engagement du sujet de droit, c'est-à-dire à la force obligatoire de la norme juridique (2).

¹ V. *Ibid.*, p. 334.

² V. DABIN (J.), *Le droit subjectif, thèse préc.*, p. 181 et s.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. not. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, thèse préc.*, n° 151 et s. ; *adde* « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 21 et s. ; « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.* ; ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 26 et s.

1. Exposé des analyses

102. Les deux théories en présence. Afin de démontrer que l'obligation ne se réduit pas au droit au paiement du créancier, M. WICKER a proposé une analyse dualiste de l'obligation, permettant d'expliquer la situation du débiteur d'une obligation née mais non encore exigible¹. C'est ainsi qu'il fonde l'assujettissement du débiteur sur une analyse dualiste de l'obligation (a). Par ailleurs, dans l'optique d'établir que la force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel, M. ANCEL a adopté une analyse normativiste du contrat, le conduisant à démontrer que la norme juridique créée par les parties, implique pour elles un assujettissement² (b).

a. L'assujettissement du débiteur fondé sur une analyse dualiste de l'obligation

103. Le rapport dual d'obligation, fondement de l'assujettissement. M. WICKER observe dans sa thèse que l'obligation est généralement présentée sous l'angle de son exigibilité, c'est-à-dire du point de vue du créancier, bénéficiaire de la prestation³. Ainsi appréhendée « *l'obligation apparaît alors sous son aspect actif, (...) manifestant l'emprise du créancier sur le débiteur, pour s'identifier au droit au paiement* »⁴. Or, il est des hypothèses où l'on recourt à la notion d'obligation pour expliquer un phénomène juridique alors qu'aucune prestation ne peut être réclamée. Il en va ainsi, par exemple, de la situation de l'émetteur d'une offre de contracter⁵. Bien que ce dernier se trouve engagé par sa promesse, tant que le bénéficiaire de l'offre n'a pas émis son consentement à la vente, il n'a pas le droit d'agir en paiement et ne peut ainsi réclamer l'exécution de l'obligation⁶. Dans cette hypothèse, le recours à la notion d'obligation confine à la fiction juridique⁷. Or, M. WICKER a démontré qu'une telle fiction peut être évitée. En effet l'auteur avance que la conception de l'obligation comme seul droit au paiement ne permet pas de « *rendre compte, dans son intégralité, de la situation juridique constitutive du lien d'obligation, car lorsque celui-ci est envisagé du point de vue du débiteur, sujet passif, l'idée d'emprise doit être complétée par celle de « restriction », de « subordination juridique », d'assujettissement* »⁸. M. WICKER propose alors de distinguer entre le rapport obligatoire, qui correspond au droit au paiement⁹

¹ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 151 et s.

² V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 26 et s.

³ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 157 et s.

⁴ V. *Ibid.*, n° 158.

⁵ V. *Ibid.*, n° 110 et s.

⁶ V. *Ibid.*, n° 134.

⁷ V. *Ibid.*, n° 158.

⁸ V. *Ibid.*, n° 158, (nous soulignons).

⁹ V. *Ibid.*, n° 159 : « *L'obligation se présente (...) dans sa phase active en tant que rapport obligatoire : pouvoir d'exiger le paiement de la dette dont l'exécution réalisera la prévision contractuelle. La mise en œuvre de ce*

et le rapport d'obligation, auquel répond la notion d'assujettissement¹. Ainsi, selon l'auteur, « *en tant que promesse [l'obligation] se présente, passivement, sous la forme d'un « rapport d'obligation » représentatif de l'assujettissement du débiteur, et en vertu duquel lui est imposée une abstention. Et lorsqu'elle atteint sa perfection elle se manifeste, activement, comme « rapport obligatoire », c'est-à-dire comme la prérogative par laquelle le créancier peut exiger, au besoin en recourant à la contrainte, l'exécution de la prestation* »². M. WICKER relie ainsi l'assujettissement du débiteur à la force obligatoire de la promesse, de l'obligation. Par ailleurs, l'auteur assimile la force obligatoire de l'obligation à celle du contrat, et avance que c'est cette force obligatoire qui justifie la restriction de l'autonomie du débiteur³.

C'est une idée très proche de celle-ci que M. ANCEL va développer par le biais d'une théorie normativiste du contrat. Mais, cet auteur relie plus largement l'assujettissement à la qualité de contractant, car cette notion traduit, selon lui, la force obligatoire du contrat à l'égard des parties au-delà de son contenu obligationnel.

b. L'assujettissement du contractant fondé sur une analyse normativiste du contrat

104. La norme contractuelle, fondement de l'assujettissement. Il a été vu que M. ANCEL a critiqué la tendance de la plupart des auteurs à assimiler la force obligatoire du contrat au fait que les parties sont tenues d'exécuter les obligations qui en découlent⁴. Cette assimilation étant, selon l'auteur, « *extrêmement réductrice* »⁵ de la portée de la force obligatoire⁶. Reprenant la théorie kelsénienne selon laquelle le contrat est un acte créateur d'une norme juridique⁷, M. ANCEL assimile la force obligatoire du contrat à son effet

rapport tend à l'accomplissement direct de la prestation, étant précisé que pour y atteindre le pouvoir d'exiger se complète d'un pouvoir de contrainte. » (Nous soulignons).

¹ V. *Ibid* : « *Envisagée maintenant d'un point de vue passif, complémentaire du précédent, l'obligation est restriction de l'autonomie du débiteur. Elle représente l'assujettissement de sa volonté à la réalisation du but contractuel ; assujettissement en vertu duquel lui incombe, non plus une action, mais une inaction, un état d'abstention. Cette seconde approche révèle l'obligation « dans son repos » sous l'angle du rapport d'obligation : afin d'assurer l'efficacité du rapport obligatoire, le débiteur est tenu de ne rien faire qui compromette l'exécution de la dette. Ici le créancier n'a pas à exiger l'exécution de cette obligation secondaire ; son intervention se limite à recourir, le cas échéant, à la contrainte pour faire cesser l'inexécution.* » (Nous soulignons).

² V. *Ibid*, n° 157.

³ V. *Ibid*, n° 158 : « *le respect de la force obligatoire du contrat, c'est-à-dire du caractère obligatoire de la promesse, commande que l'obligation, principale et active, à la prestation se double d'une obligation, secondaire et passive, d'abstention* ».

⁴ V. *supra*, n° 73 et s.

⁵ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 2.

⁶ V. *Ibid*, n° 4 : « *ce qu'on appelle force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel* ».

⁷ V. Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.* ; « La théorie juridique de la convention », *art. préc.* ; *adde* ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965 ; « La force obligatoire du

normatif¹. Ainsi, « *ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi, il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale* »². Cette théorie permet d'expliquer le fait qu'une fois l'accord de volonté exprimé, le choix d'intégrer cette relation contractuelle implique pour les parties d'être soumises aux règles qui en découlent, en vertu du droit objectif. La norme engendre diverses exigences, des contraintes tant d'origine volontaire que d'origine légale prévues pour chaque type de contrat³. Et s'imposent aux contractants l'ensemble de ces effets ayant force obligatoire⁴. La notion de norme est alors explicative du contenu du contrat, et la force obligatoire implique que les parties sont tenues au respect de ce contenu. C'est ainsi que M. ANCEL en vient à reconnaître l'existence d'un assujettissement des contractants à la force obligatoire, qu'il fonde précisément sur l'analyse normativiste du contrat⁵.

105. L'assujettissement des parties, expression de la force obligatoire en l'absence de contenu obligationnel. À l'égard des parties, la force obligatoire du contrat se traduit par leur assujettissement. L'auteur montre que « *c'est l'alinéa 2 de l'article 1134 qui traduit le mieux l'assujettissement des parties au contrat : cet assujettissement implique en effet que les contractants ne puissent se délier de leur engagement* »⁶. L'assujettissement « *signifie que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat* »⁷. Il s'agit alors d'une « *obligation de respecter le contrat, laquelle est bien différente d'une véritable obligation comme celle que le contrat peut par ailleurs créer* »⁸. L'auteur distingue clairement la notion d'assujettissement de celle d'obligation⁹. L'assujettissement permet précisément, selon lui,

contrat », rapp. Français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 27 et s. ; « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Mél. R. Rodière*, p. 247 et s. ; « Éléments d'une doctrine du contrat chez Bruno Oppetit », in *Et. B. Oppetit*, Litec, 2010, p. 573 et s.

¹ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 5 et s. ; *adde* « La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? *art. préc.*

² V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 5 ; *adde* GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, op. cit.*, n° 69 et s.

³ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

⁴ Un autre auteur a pu défendre une analyse assez proche de celle-ci, mais néanmoins discutable quant au vocabulaire employé et à la construction proposée. En effet, selon M. DARMAISIN, au-delà des « *obligations structurelles* » – c'est-à-dire celles qui consistent en une prestation – existent des « *obligations morales* », qui forment le contrat moral et imposent aux contractants un comportement loyal. Il reconnaît une durée de vie distincte à ces deux catégories d'obligations. Cette proposition peut être rapprochée de la distinction entre l'obligatoire et l'obligationnel (V. DARMAISIN (M.), *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, Paris, LGDJ, 2000, n° 173 et s.). Mais l'emploi du terme d'« *obligation morale* » n'est pas très heureux, et l'auteur admet que ce qu'il appelle « *contrat moral* », n'est pas un contrat (*Ibid*, n° 272). De plus, il semble également restrictif d'assimiler le contenu obligatoire non obligationnel à un devoir de loyauté. V. *infra*, n° 116 et s.

⁵ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 5 et s. ; *adde* « La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? », *art. préc.*

⁶ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 26.

⁷ V. *Ibid*.

⁸ V. *Ibid*, n° 27.

⁹ V. *Ibid*, n° 28 : « *L'assujettissement au contrat, pas plus que l'assujettissement à la loi, n'est une obligation d'un débiteur envers un créancier.* » ; *adde* « La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? », *art. préc.*

d'éviter un recours inapproprié au vocable d'obligation dans les hypothèses où l'on ne peut en caractériser de véritables¹. Il permet de traduire « *la consistance de la force obligatoire en l'absence de contenu obligationnel* » à l'égard des parties². M. ANCEL refuse ainsi de fonder l'assujettissement sur le rapport dual d'obligation construit par M. WICKER³. Il voit en l'assujettissement, non pas la dimension passive du rapport d'obligation, mais l'un des effets normatifs du contrat, au-delà de son effet créateur d'obligations, et qui exprime l'impératif de respect de la situation contractuelle créée, pesant sur chaque contractant.

106. Des fondements distincts, pour une idée commune. Ces auteurs ont tous deux fait apparaître la restriction de l'autonomie du sujet liée à l'engagement pris⁴. Si M. WICKER relie l'assujettissement à la notion d'obligation et donc à la qualité de débiteur, M. ANCEL y voit la traduction de la force obligatoire du contrat à l'égard de chaque contractant. Pour autant, il peut être démontré que ces théories, bien loin d'être inconciliables, se complètent, en ce qu'elles font apparaître que tout engagement du sujet entraîne pour lui un assujettissement, en raison de sa force obligatoire.

2. L'assujettissement fondé sur la force obligatoire de l'engagement

107. L'assujettissement de tout débiteur au respect de son obligation. L'analyse dualiste de l'obligation dégagée par M. WICKER permet d'expliquer l'assujettissement du débiteur, qui ne doit pas empêcher la réalisation de son engagement⁵. L'assujettissement est la traduction du devoir de ne pas faire, du devoir d'abstention, pesant sur le débiteur à un rapport d'obligation. En reliant la notion d'assujettissement à la qualité de débiteur, la théorie de M. WICKER a cela de juste, qu'elle permet d'expliquer que tout débiteur, y compris un débiteur d'une obligation délictuelle, quasi-délictuelle, quasi contractuelle, ou légale soit soumis à cette restriction⁶. En effet, contrairement à la théorie de M. ANCEL, qui lie l'assujettissement à la force obligatoire de la norme contractuelle, et qui est de ce fait limitée à la matière contractuelle, la théorie de M. WICKER peut être étendue au-delà du contrat⁷. D'ailleurs, dans sa thèse relative à la fraude paulienne, MME SAUTONIE-LAGUIONIE a démontré que

¹ V. *Ibid.*, n° 25 et s. : « *les parties sont engagées par le contrat, elles lui sont assujetties* »

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*, n° 28.

⁴ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne, thèse préc.*, n° 124 : « *la théorie de M. Ancel n'est toutefois guère éloignée de celle de M. Wicker. Ces deux auteurs admettent en effet que l'obligation d'un débiteur ne peut être réduite à la seule exécution de la prestation promise.* ».

⁵ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, thèse préc.*, n° 151 et s.

⁶ En ce sens, V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne, thèse préc.*, n° 126 et s.

⁷ V. *Ibid.* : « *L'assujettissement, qui impose à un débiteur de ne pas commettre de fraude paulienne, est inhérent à la notion d'obligation et non pas seulement à la norme contractuelle. Ceci peut être démontré par une extension de l'analyse dualiste de l'obligation contractuelle à toute obligation alors que cela est exclu par l'analyse fondée sur la norme contractuelle.* ».

cette théorie est extensible au-delà de la matière contractuelle, à toute obligation¹, et que « *tout débiteur est assujetti au respect de son engagement* »². L'auteur fonde ainsi le devoir de ne pas commettre de fraude paulienne, sur l'assujettissement du débiteur à la force obligatoire de l'engagement pris³. L'atout majeur de la théorie de M. WICKER est donc de permettre de fonder techniquement l'assujettissement de tout débiteur au-delà de la matière contractuelle, ce que ne permet pas l'analyse proposée par M. ANCEL en ce qu'elle est fondée sur une approche normativiste du contrat.

108. L'assujettissement de chaque contractant au respect du contrat. En revanche, dans le cadre contractuel, la théorie de M. WICKER présente la limite de ne pas permettre d'expliquer l'assujettissement de chaque contractant au cours de l'exécution du contrat. En effet, en liant nécessairement l'assujettissement à l'effet passif de l'obligation, cette théorie permet uniquement d'expliquer l'assujettissement qui s'impose au débiteur d'une obligation. Ainsi, en matière contractuelle, cette analyse permet de justifier la restriction de l'autonomie du débiteur d'une obligation contractuelle, mais elle ne permet pas de rendre compte de la situation du créancier contractant. Pourtant, ce dernier, en tant que partie au contrat, prend également un engagement. Il est, tout comme le débiteur, tenu au respect de l'engagement contractuel. En effet, le Code civil ne fait aucunement peser la force obligatoire du contrat spécifiquement sur le débiteur d'une obligation contractuelle. L'article 1134 du Code civil vise de manière générale « *ceux qui [font]* » les conventions, c'est-à-dire tous les contractants. Or, bien que M. WICKER assimile les notions d'obligation et de contrat et les considère, non pas comme ayant un rapport de cause à effet, mais comme étant un tout et sa partie⁴, il propose une théorie de l'obligation qui ne permet de rendre compte que de l'assujettissement du débiteur. Cela pose la difficulté de la justification de l'effet de la force obligatoire du contrat sur les parties, en l'absence de contenu obligationnel. Par exemple, cette théorie ne permet pas de justifier des effets personnels du contrat à l'égard du créancier dans un contrat unilatéral, qui ne fait, par définition, pas naître d'obligations à sa charge⁵. Or, sur ce point, la théorie de M. ANCEL permet précisément d'expliquer l'assujettissement de tout contractant au respect du contrat, y compris en l'absence de contenu obligationnel⁶.

¹ V. *Ibid*, n° 127 et s.

² V. *Ibid*, n° 129.

³ V. *Ibid*, n° 132 et s.

⁴ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 153 et s. : l'auteur plaide pour une « *identité de structure du contrat et de l'obligation* » : « *parce qu'il faut alors admettre l'identité du but qu'ils visent à satisfaire comme celle des éléments qui en assurent la réalisation, la déduction s'impose que l'obligation n'est autre que le contrat lui-même. Certes il est vrai que le contenu du contrat peut être plus vaste et plus complexe, et ne pas se limiter à une seule et unique obligation. Toutefois cette constatation n'implique pas qu'il faille absolument abandonner toute assimilation du contrat et de l'obligation, mais seulement qu'en pareil cas leurs rapports se ramènent à ceux unissant un tout et sa partie* ».

⁵ V. art. 1103 C. civ.

⁶ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*

L'auteur fonde l'assujettissement des parties sur la force obligatoire du contrat, ainsi chaque contractant est tenu de respecter l'engagement qu'il a pris¹. C'est le caractère obligatoire de la norme contractuelle qui permet de justifier que toute partie est tenue au respect de la situation qu'elle a contribué à créer.

109. La complétude des théories : le rattachement de l'assujettissement à la force obligatoire de l'engagement. Il est possible d'associer les théories exposées dans une analyse convergente. M. WICKER envisage l'engagement du débiteur, tandis que M. ANCEL considère l'engagement du contractant. Mais en vérité chacun se fonde sur une analyse normativiste du droit, et sur la force obligatoire attachée à la norme². Aussi M. WICKER a-t-il admis qu'il y a, entre ces deux théories « *plus une querelle de mots qu'une opposition de fond* »³. Que la norme soit de nature contractuelle ou extra-contractuelle, elle implique un engagement de celui qui y est soumis, et qui fonde son assujettissement au respect de la règle posée. L'unification de ces théories passe ainsi par la démonstration du fondement de l'assujettissement dans la force obligatoire de l'engagement⁴. En effet, la force obligatoire n'est pas exclusivement liée au contrat, mais plus largement à tout engagement, quelle que soit sa source⁵. La personne engagée vis-à-vis d'une autre par le biais de sa volonté ou de la loi est tenue de ne rien faire qui nuise à l'exécution de son obligation. Ainsi l'assujettissement concerne le débiteur d'une dette légale, délictuelle, quasi-délictuelle, quasi-contractuelle ou contractuelle. Chacun de ces débiteurs est tenu de ne rien faire qui nuise à l'exécution de son obligation.

Mais par ailleurs, en ce qu'il est lié à l'engagement, c'est-à-dire à la norme, l'assujettissement n'est pas propre à la situation de débiteur d'une obligation. Il est plus généralement lié à la qualité de sujet soumis au respect d'une norme juridique. Cela renvoie d'ailleurs à l'observation de GÉNY, qui voyait en toute norme une source d'assujettissement

¹ V. *Ibid*, n° 37 : « le contrat qui crée une ou plusieurs obligations est obligatoire non seulement pour le débiteur, mais aussi pour le créancier de cette obligation. Cela apparaît avec netteté dans les contrats unilatéraux, où une seule partie est débitrice. ».

² V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse préc., n° 126 : « le raisonnement qui fonde l'assujettissement du débiteur sur la norme contractuelle n'est pas transposable aux obligations extra-contractuelles, sauf à admettre que l'obligation extra-contractuelle constitue elle-même une norme, ce qui ramènerait alors l'analyse de M. Ancel à celle développée par M. Wicker. ».

³ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 14, n. 56 ; *adde* ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 28 : « cet auteur [M. WICKER] sent très bien, à propos de l'offre de contracter et de la promesse de vente, que les situations qu'il décrit ne peuvent pas s'analyser dans les termes ordinaires d'un rapport entre un créancier et un débiteur, et sa position est à cet égard très proche de la nôtre ». (Nous soulignons).

⁴ V. *Ibid*, n° 127 et s.

⁵ V. *Ibid*, n° 127 : « Tout engagement, quelle qu'en soit la source, emporte cette restriction de l'autonomie juridique de celui qui s'est engagé pour la simple et bonne raison que l'engagement qu'il a pris, ou bien auquel il est tenu, est obligatoire. C'est donc la force obligatoire de l'engagement qui justifie que le débiteur soit assujetti à son respect. ».

du sujet à son respect¹. Si l'on veut bien concevoir le contrat comme étant un acte créateur d'une norme, qui ne se réduit pas à son contenu obligationnel, cela implique d'associer sa force obligatoire, non pas aux obligations qu'il engendre, mais à l'engagement qu'il implique pour chaque partie. L'engagement concerne tant le débiteur que le créancier qui sont tous deux parties à l'accord². La force obligatoire du contrat pèse sur chacun d'eux tout au long de l'existence du rapport contractuel. Le créancier tout comme le débiteur, est assujéti au respect du contrat puisqu'il est soumis à sa force obligatoire en raison de l'engagement pris. Il a la qualité de partie et en cela son consentement, indépendamment de toute promesse, entraîne un engagement minimum. Apparaît alors la particularité de l'assujétissement du créancier. Il s'agit d'un engagement sans promesse. Ainsi dans le cadre d'un contrat unilatéral, le créancier qui n'est débiteur d'aucune obligation, n'en est pas moins tenu à un certain comportement. Notamment, tout comme le débiteur, le créancier ne doit rien faire qui nuise à la bonne poursuite du contrat³. Par ailleurs, le créancier à un contrat unilatéral peut être parfois astreint à adopter certains comportements positifs, qui ne sauraient être analysés en termes d'obligation⁴. Ainsi, par exemple, l'article 1891 du Code civil concernant le prêt à usage, auquel renvoie l'article 1898 du même Code relevant du prêt de consommation prévoit que, *« lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur »*. M. ANCEL a pu dire à propos de cette règle qu' *« il s'agit bien d'une véritable obligation, quoique purement éventuelle »*⁵. Mais ROUBIER a démontré que lorsqu'une obligation n'existe qu'à l'état d'éventualité, cela implique qu'un devoir spécifique pèse en amont sur le futur débiteur potentiel⁶. Devoir qu'il doit respecter à défaut de quoi naîtra une obligation de réparation du dommage. Et plus précisément, en l'occurrence, l'obligation de réparation naîtra du préjudice causé par le défaut de la chose. En prêtant une chose défectueuse en connaissance de cause, le prêteur manque précisément à son devoir de sécurité vis-à-vis de l'emprunteur. L'obligation de réparation naît alors du manquement au devoir de sécurité que l'article 1891 du Code civil rappelle spécifiquement à la charge du prêteur.

¹ V. *supra*, n° 98.

² V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 4 : les parties *« sont engagées, tenues par le contrat »*.

³ Sur la situation du créancier dans un contrat de cautionnement, V. MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Montpellier, Litec, 1979, n° 501 ; *adde* FAGES (B.), « L'obligation d'agir en temps utile afin de limiter la dette de la caution », note sous Cass. civ. I, 16 juill. 1998, *JCP G*, 1999, II, 10000 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, 2011, n° 271 et s. Sur la situation du prêteur dans un contrat de prêt à usage ou de consommation : V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 37 : *« la règle selon laquelle le prêteur ne peut « retirer la chose prêtée » (art. 1888) ou « redemander les choses prêtées » (art. 1899) avant le terme convenu (...) n'a rien d'une véritable obligation du prêteur »* car *« ce n'est là que l'application de la force obligatoire du contrat »*.

⁴ Pour des exemples d'incombances pesant sur un créancier à un contrat unilatéral, V. *infra*, n° 159.

⁵ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 37.

⁶ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 102.

L'assujettissement est lié au caractère obligatoire de la norme, quelle que soit par ailleurs sa nature¹. Dans le cadre spécifique du contrat, c'est la force obligatoire de ce dernier, en tant que norme, qui justifie que chaque partie qui s'est engagée – et non uniquement le débiteur d'une obligation contractuelle – est tenue à l'observation de cette norme. C'est ce que traduit la notion d'assujettissement contractuel.

110. La force obligatoire du contrat, fondement de l'assujettissement contractuel. Dans le cadre d'une analyse centrée sur la matière contractuelle, il convient de relier clairement l'assujettissement des parties à la force obligatoire de l'engagement qu'elles ont pris, c'est-à-dire spécifiquement, à la force obligatoire du contrat. Les parties au contrat sont soumises, en raison de la conclusion de ce dernier, au respect de la situation juridique qu'elles ont organisée. Cette contrainte comportementale s'impose à chaque contractant, et non exclusivement au débiteur de l'obligation contractuelle. La notion d'assujettissement permet précisément d'exprimer la restriction de l'autonomie des sujets en raison de la conclusion du contrat, qui s'impose tout au long de l'existence du rapport contractuel.

§2- Le sens de l'assujettissement contractuel

111. Une restriction de l'autonomie du contractant. Le contrat est un engagement. De par sa conclusion les parties « *acceptent une certaine limitation et une certaine orientation de leur activité quotidienne* »². La force obligatoire attachée à la norme contractuelle implique que les parties sont assujetties, c'est-à-dire qu'elles sont tenues d'adopter un comportement conforme à l'engagement qu'elles ont pris. L'assujettissement est l'expression de la soumission des parties à la norme qu'elles ont contribué à faire naître. Cette notion traduit la limitation de l'autonomie du contractant. Il s'agit d'une restriction de la liberté individuelle. Cette restriction de l'autonomie de celui qui s'engage juridiquement sert une finalité particulière, à savoir la bonne poursuite du but contractuel.

¹ Guillaume WICKER a clairement relié, dans des écrits récents, l'assujettissement des parties à leur engagement au contrat (V. WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.* n° 37 : « *outre la création d'obligations, l'effet personnel du contrat se traduit par un assujettissement des parties. Etant intégrées à la situation contractuelle, celles-ci sont soumises de façon continue à sa force obligatoire, de sorte qu'elles se trouvent subordonnées à la réalisation du but contractuel.* »), et a distingué cet effet personnel du contrat de la création des obligations contractuelles (V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 21 : « *Par leur engagement au contrat, par leur promesse, les parties s'obligent non seulement de façon spéciale à exécuter la prestation qui leur incombe, mais également, de façon plus générale, à permettre que le contrat produise son plein effet.* »).

² V. DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, Paris II, 1979, n° 115 ; *adde* « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », *APD*, t. 26, 1981, p. 276 et s.

112. Une restriction servant la réalisation du but contractuel. L'assujettissement implique, de manière générale, que le contractant n'adopte pas un comportement qui vienne troubler la réalisation du but contractuel. D'ailleurs, les *Principes contractuels communs* élaborés au sein du Réseau commun pour le droit européen des contrats expriment très clairement cet impératif dans leur article 8. 201, relatif au devoir de bonne foi des parties au cours de l'exécution du contrat, car ce dernier dispose qu' « à compter de la formation du contrat, chaque partie est tenue de ne rien faire qui compromette l'exécution du droit futur de l'autre partie ou qui en diminue l'utilité »¹. Cet article se situe d'ailleurs dans un paragraphe relatif au « comportement des parties ». Ainsi, M. WICKER a pu mettre en avant le fait que l'assujettissement du débiteur est le moyen d'assurer la réalisation du but contractuel². Selon l'auteur, si le débiteur subit une telle restriction de son autonomie, c'est en vue de permettre la réalisation de l'objectif recherché par la conclusion du contrat. La « contrainte comportementale » que subit le débiteur « est fonction de l'utilité du contrat »³. En effet, de façon générale, l'assujettissement traduit le nécessaire contrôle du comportement du débiteur, afin qu'il n'empêche pas la bonne réalisation du but contractuel⁴. Ainsi, bien qu'il relie l'assujettissement à la situation du débiteur d'une obligation, l'auteur reconnaît néanmoins que cet assujettissement sert la réalisation d'un objectif partagé par les parties au contrat⁵. L'assujettissement du contractant implique qu'il a le devoir de respecter son engagement, et donc de ne pas agir en méconnaissance du contrat. L'assujettissement pèse sur chaque partie au contrat et implique qu'elles sont tenues d'observer l'ensemble des règles qui découlent de sa conclusion.

113. Une restriction traduisant l'effet continu du contrat. L'assujettissement traduit un effet continu du contrat. En effet, il montre que ce dernier « manifeste ses effets tout au long de son existence »⁶. Le contrat ne s'épuise pas en une exécution. Et c'est d'ailleurs cet

¹ V. *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Avant-propos FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAZEAUD (D.), Introduction WICKER (G.) et RACINE (J.-B.), Société de législation comparée, 2008, art. 8. 201, (nous soulignons).

² V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., spéc. n° 153 et s.

³ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 21.

⁴ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 158 : « Dans l'intérêt du créancier, l'activité du débiteur est assujettie au but contractuel, et cet enchaînement de sa volonté lui impose de ne rien faire qui en empêche la réalisation. Il ne suffit pas en effet de dire que le débiteur est obligé d'exécuter, encore faut-il qu'il soit en mesure de le faire. Le droit du créancier serait dépourvu de toute efficacité s'il était loisible au débiteur d'agir de telle façon que l'exécution en devienne impossible. ».

⁵ V. WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », art. préc., n° 37 : « Étant intégrées à la situation contractuelle, [les parties] sont soumises de façon continue à sa force obligatoire, de sorte qu'elles se trouvent subordonnées à la réalisation du but contractuel. Leur engagement emporte ainsi une limitation de l'autonomie juridique des parties, car elles sont assujetties à la norme contractuelle, laquelle est commandée par le but contractuel ».

⁶ V. *Ibid.*

aspect qui correspond à l'idée de norme¹. Le fait d'être partie au contrat vient porter une modification de la condition de la personne².

Du point de vue du débiteur, un instrument technique vient rappeler la limitation de son autonomie, il s'agit de l'action paulienne³. Tous les actes du débiteur susceptibles d'affecter l'exécution de l'engagement sont passibles de l'action paulienne, prévue à l'article 1167 du Code civil. La sanction qui y est attachée « *permet de déduire que le débiteur n'est pas seulement obligé d'exécuter la prestation promise ; il est également tenu de ne rien faire, et spécialement de ne pas commettre de fraude paulienne, qui compromette cette exécution* »⁴.

Mais plus largement, chaque contractant doit adopter un comportement conforme à son engagement contractuel. Or, la notion d'assujettissement permet précisément d'exprimer cette contrainte pesant sur chaque partie au contrat en raison de la conclusion de ce dernier. Son acception ainsi entendue, la notion d'assujettissement revêt alors un intérêt certain quant au fondement des devoirs et incombances contractuels.

114. Intérêt de la notion d'assujettissement. L'assujettissement traduit la dimension comportementale du contrat. La notion d'assujettissement permet d'expliquer que les parties sont tenues d'observer l'ensemble des effets qui découlent de l'accord, en raison même de sa force obligatoire. Cela fait transparaître l'intérêt de cette notion quant au fondement des devoirs et des incombances contractuels. En effet, il a été vu que ces notions traduisent des exigences purement comportementales, se distinguant des obligations⁵, qui s'imposent aux parties à l'occasion de l'exécution du contrat⁶. Or, l'assujettissement permet précisément de fonder juridiquement le fait que des devoirs et des incombances soient à la charge des contractants au cours de l'exécution du contrat.

115. Conclusion de la section. La force obligatoire du contrat implique que les parties engagées à l'acte se soumettent à l'ensemble des effets qui découlent de sa conclusion. Cette soumission est particulièrement bien exprimée à travers la notion d'assujettissement. Cette notion rend compte de la dimension comportementale du contrat à l'égard des parties. Celles-ci doivent adapter leur comportement en fonction de l'utilité attachée au contrat. Leur engagement entraîne une restriction de leur autonomie juridique et implique qu'elles ne sont

¹ V. *Ibid* : « la conception normativiste laisse admettre un effet continu sous la forme d'une situation contractuelle normative, ou obligatoire ».

² V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 26 et s. ; WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.*, n° 37.

³ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne, thèse préc.*, n° 115 et s.

⁴ V. *Ibid*. Pour des exemples jurisprudentiels de sanction du « devoir de ne pas commettre de fraude paulienne » V. spéc., n° 135 et s.

⁵ V. *supra*, n° 47 et s.

⁶ V. *supra*, n° 76 et s.

plus libres de se comporter comme elles l'entendent. Leur comportement doit être conforme à l'engagement pris. Toutefois, l'assujettissement ne peut être véritablement révélé qu'à l'aide d'exigences précises, mises à la charge des parties à l'occasion de l'exécution du contrat. L'intérêt de l'assujettissement est alors de fonder juridiquement l'existence des devoirs et des incombances contractuels.

Section II

Assujettissement contractuel et devoir et incombance contractuels

116. Des effets personnels non obligationnels du contrat traduisant l'assujettissement des parties. En vertu de la force obligatoire du contrat, les parties sont tenues d'adopter un certain comportement, au-delà de l'exécution de leurs obligations. Seulement, le concept de force obligatoire n'est pas à lui seul suffisant pour rendre compte du contenu obligatoire, non obligationnel, du contrat¹. En revanche, les notions de devoir et d'incombance, peuvent se révéler aptes à traduire précisément ce contenu, et spécifiquement les effets personnels non obligationnels du contrat. En effet, ces notions permettent de rendre compte des différentes contraintes non obligationnelles qui pèsent sur les parties en vertu de leur assujettissement. Tant les devoirs (§1), que les incombances (§2) contractuels, ont la capacité de traduire précisément ce qu'implique l'assujettissement des parties au contrat.

§1- Les devoirs nés de l'assujettissement contractuel

117. Les devoirs contractuels nés de l'assujettissement au contrat. La notion d'assujettissement permet d'expliquer le fondement des devoirs contractuels. En effet, elle a pour utilité de montrer que, de par l'engagement qu'elles prennent, les parties vont être soumises à des contraintes encadrant leur comportement à l'occasion de l'exécution du contrat, afin d'atteindre le but escompté². Pour chaque contrat, l'assujettissement implique un *minimum*, consistant à ne rien faire qui nuise à sa bonne fin. Mais, au-delà, certains contrats font naître un assujettissement plus important des parties, se traduisant par des devoirs plus lourds. Seront donc abordés les devoirs contractuels généraux, nés de l'assujettissement à tout

¹ En ce sens, V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 15.

² Sur l'étude de la finalité du devoir consistant en le fait d'assurer la bonne fin du contrat, V. *infra*, n° 271 et s.

contrat (A), avant d'envisager les devoirs contractuels spéciaux, liés à l'assujettissement des parties à certains types de relations contractuelles¹ (B).

A- Les devoirs contractuels généraux

118. Bonne foi et sécurité, expression de l'assujettissement *minimum* des parties. Tout contrat, en raison de sa force obligatoire, implique un *minimum* d'assujettissement pour chaque partie à l'acte. Cet assujettissement se traduit par des devoirs généraux qui pèsent sur chaque contractant à l'occasion de l'exécution du contrat. Ces devoirs correspondent à la fois, au respect dû à la parole donnée, et au respect de l'intégrité physique du cocontractant. Il s'agit des devoirs de bonne foi (1) et de sécurité (2).

1. Le devoir contractuel de bonne foi

119. L'assujettissement au contrat, fondement du devoir contractuel de bonne foi. L'assujettissement trouve une traduction claire dans le devoir de bonne foi² posé à l'article 1134, al. 3 du Code civil³. En effet, en tant qu'il permet d'assurer l'efficacité de la force obligatoire du contrat⁴, le devoir de bonne foi s'impose à chaque partie contractante et implique que celles-ci ne doivent « *rien faire qui compromette l'exécution du contrat* »⁵. Le devoir de bonne foi est la traduction générale de l'assujettissement des parties à tout contrat. Il implique un respect pour chaque contractant de l'engagement pris et s'impose tout au long de l'existence du rapport contractuel⁶.

¹ Pour une amorce de distinction des devoirs généraux et spéciaux dans le cadre contractuel, V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 15 et s.

² V. not. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 22.

³ D'autres textes rappellent spécialement le devoir de bonne foi dans le cadre de certains contrats, V. not. art. L. 135-3 C. trav. (contrat de travail) ; art. 4 L. n° 91-593 du 25 juin 1991 (contrat de mandat, d'agent commercial). Sur le devoir de bonne foi en droit du travail, V. not. LYON-CAEN (G.), « L'obligation implicite », in *L'obligation*, APD, t. 44, 2000, p. 109 et s. ; adde RAY (J.-E.), « Fidélité et exécution du contrat de travail », RDS, 5 mai 1991, p. 376 et s. ; VASSEUR-LAMBRY (F.), « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », LPA, 17 mars 2000, p. 7 et s.

⁴ V. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 39 : « *La force obligatoire du contrat pour le créancier apparaît (...) de manière particulièrement intéressante à travers l'application jurisprudentielle de l'article 1134 alinéa 3 du code civil* » ; « *si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, il méconnaît la force obligatoire de la même manière que le prêteur qui réclame la restitution avant le terme convenu, ou le créancier qui demande à la caution plus que ce qu'elle ne doit* » ; adde JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, D., 2005, n° 164.

⁵ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 161.

⁶ Les contractants sont présumés savoir qu'une telle exigence pèse sur eux. Conformément à l'adage selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* », la jurisprudence a pu très justement réfuter l'existence d'un devoir de rappeler au cocontractant le principe de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle : V. Cass. civ. I, 28 mars 2000, n° 97-18737.

Ainsi, les alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil « *ne sont pas antinomiques, mais complémentaires* »¹.

120. Le contenu du devoir contractuel de bonne foi. Concrètement, le devoir de bonne foi implique de s'abstenir de toute fraude, de tout abus, de toute faute dolosive. Mais, il ne peut y avoir de devoir général « *de faciliter l'exécution du contrat* », qui impliquerait de privilégier les intérêts du cocontractant². Cela, tout d'abord parce que l'article 1134, alinéa 3 ne le dit pas³, mais aussi en raison de la nature même des rapports contractuels, qui sont, la plupart du temps, le siège de la rencontre d'intérêts nettement antagonistes. D'ailleurs, cette conception du contrat présente le risque de dériver vers une déresponsabilisation du sujet de droit. En effet, une protection démesurée d'un contractant par le biais d'un prétendu devoir général de loyauté, peut entraîner une charge injustement lourde à l'encontre de son partenaire, qui devra subir les conséquences de l'inexécution du contrat par le premier. Un tel devoir pourrait alors s'avérer contreproductif et ne pas véritablement permettre de moraliser les relations contractuelles. Il ne saurait donc exister un devoir actif et général de tout faire pour assurer l'intérêt du contrat pour son cocontractant. La bonne foi n'implique pas un devoir de sacrifice. En revanche, les parties doivent en tout état de cause respecter la situation juridique qu'elles ont fait naître. La bonne foi prend une tournure objective, elle implique un comportement conforme à l'engagement. Ainsi comprise, la notion de bonne foi se rapproche du devoir de cohérence, dont certains auteurs ont proposé la reconnaissance en droit contractuel.

121. Force obligatoire, devoir de bonne foi et cohérence contractuelle. Écartant le recours à la bonne foi en ce que cette dernière impliquerait un devoir de fidélité, se traduisant par un impératif de collaboration, d'entraide⁴, des auteurs ont pu mettre en avant le fait que la jurisprudence sanctionne parfois les contractants ayant adopté un comportement

¹ V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*, p. 17 ; *adde* « Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », *Jcl civ., Art. 1134 et 1135*, fasc. unique, LexisNexis, juin 2015, n°38 et s. ; DARMAISIN (M.), *Le contrat moral, thèse préc.*, spéc. n° 213 ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.* ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, spéc. n° 302.

² Des auteurs plaident pour un devoir général de coopération : V. not. MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *art. préc.* qui évoque une « exigence d'abnégation » ; *adde* PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse préc.*

³ V. DESGORCES (R.), *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives, thèse préc.*, p. 49 : « Lorsqu'un texte existe, autant l'appliquer tel qu'il est. S'il est obscur, on peut chercher à l'interpréter. Mais il n'appartient pas aux juristes de substituer un terme à un autre, sous peine de mettre en cause les prévisions du législateur. ». Par ailleurs, aucun texte ne consacre un tel devoir comme règle juridique générale. Ce devoir n'a alors aucune consistance juridique précise.

⁴ V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 552 et s. Selon l'auteur la bonne foi implique un comportement loyal et coopératif ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 881 et s.

incompatible avec la bonne réalisation du contrat, de manière objective, sans se référer à la psychologie des contractants¹. Le comportement est sanctionné en raison du trouble qu'il cause au cocontractant, rendant de ce fait intolérable le maintien du lien contractuel. Dans ces hypothèses, il est avancé par certains que le devoir de cohérence permettrait précisément de traduire la contrainte objective pesant sur les contractants et impliquant l'impossibilité pour eux de se prévaloir de leur comportement au détriment d'autrui².

Si le recours à la bonne foi est ici rejeté au profit de la notion de cohérence, c'est qu'elle est assimilée à la recherche de l'intention des parties, c'est-à-dire qu'elle est réduite à sa dimension subjective. Or, il vient d'être vu que la bonne foi ne saurait imposer un devoir général d'entraide sans dénaturer l'esprit de certains types de contrats, notamment des contrats d'échange³. En outre, il doit être remarqué que la jurisprudence s'est précisément emparée de la bonne foi pour sanctionner des comportements objectivement incompatibles avec la poursuite du but contractuel⁴.

Une fois qu'elle est objectivée, la bonne foi n'implique plus l'apport d'une preuve psychologique. Elle permet en revanche de rendre compte du devoir de respect de la parole donnée, et donc de la contrainte comportementale pesant de manière continue sur les parties et leur imposant de ne rien faire qui empêche la réalisation du but contractuel.

La notion de bonne foi, alors précisée, ne nécessite pas de passer par le principe trop général de cohérence, qui pourrait en réalité expliquer l'ensemble des règles s'appliquant en matière contractuelle, tant relatives à la détermination du contenu du contrat, qu'au comportement des contractants⁵. D'ailleurs, la cohérence est très clairement liée à la force obligatoire du contrat en ce que le simple fait de violer un engagement est incohérent⁶.

Finalement, le devoir de cohérence, qui traduit une contrainte comportementale des parties en raison de la conclusion de l'acte, s'apparente à la bonne foi objective, c'est-à-dire à l'assujettissement *minimum* des parties à la force obligatoire du contrat.

¹ V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 592 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*

² V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, spéc. n° 630 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 886 et s. V. *infra*, n° 323 et s.

³ V. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.

⁴ V. *infra*, n° 279 et s.

⁵ Il s'agit d'un principe qui transcende l'ensemble du droit des contrats : V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.* Le devoir de cohérence qui est, selon l'auteur, le principe de cohérence appliqué au comportement du contractant, s'observe à tous les stades de la vie du contrat.

⁶ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 595 : « La notion de contrat est dès le départ liée à l'idée de cohérence : c'est être cohérent que de respecter ses engagements. » ; *contra* V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 929 et s. L'auteur distingue la force obligatoire – fidélité à la parole donnée à l'autre – et la cohérence – fidélité à soi-même. Si cette distinction peut, à première vue, paraître pertinente, il n'en reste pas moins que l'auteur étudie la cohérence dans le cadre contractuel, qui est par définition une relation interpersonnelle. Ainsi, dans le cadre d'un contrat, la fidélité à soi-même n'est-elle pas nécessairement liée à la fidélité au cocontractant, et donc à la parole donnée ?

Il ne saurait cependant lui être préféré, car la cohérence n'est pas propre aux devoirs. Les incombances sont en effet particulièrement imprégnées de l'idée générale de cohérence dans le comportement du contractant¹. En cela la cohérence ne permet pas de distinguer précisément les différentes exigences comportementales qui peuvent peser sur les contractants, et entraîner des sanctions distinctes². A la vérité, la notion de cohérence pourrait fonder toutes les hypothèses de manquements contractuels. Ainsi, elle ne présente pas la précision nécessaire à la détermination des particularités de chaque contrainte pouvant peser sur les contractants. Cette notion ne permet pas, à elle seule, d'affiner l'étude des exigences comportementales pesant sur les contractants³.

122. L'intégration de la règle de civilité générale dans le cadre contractuel. Des auteurs contemporains ont avancé que la règle posée à l'article 1134, al. 3 du Code civil ne serait que le rappel des articles 1382 et 1383 du Code civil qui posent une règle générale de civilité de nature extra-contractuelle⁴. Le manquement à la bonne foi, bien qu'intervenu dans le cadre de l'exécution du contrat, ne devrait être alors sanctionné que sur le terrain délictuel⁵. Mais, s'il est juste de dire que la bonne foi a un caractère général et s'impose au-delà de la matière contractuelle, il est discutable d'affirmer que l'exigence est la même selon qu'elle s'insère ou non dans le cadre du contrat.

123. La portée générale de l'exigence de bonne foi. Nombre d'éléments de droit positif mènent au constat de la portée générale de la bonne foi⁶. Et si les sanctions propres au manquement au devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat ne peuvent être encourues en l'absence de lien contractuel⁷, le manquement au devoir général de loyauté doit pouvoir être sanctionné sur le terrain délictuel. D'ailleurs, le juge sanctionne assez régulièrement sur ce fondement la rupture abusive des pourparlers⁸. En outre, les juges imposent parfois une « obligation d'information » aux parties lors de la formation du contrat en vertu d'un devoir

¹ V. *infra*, n° 317 et s. et n° 527 et s.

² V. *infra*, n° 337 et s.

³ Cependant le principe de cohérence retrouve tout son intérêt lors de l'analyse du comportement du contractant en justice. En effet, ce principe permet d'expliquer la jurisprudence refusant la recevabilité de l'action en justice d'un contractant désirant se prévaloir d'une situation de fait ou de droit qui est survenue par sa faute. Ce principe a donc une incidence en matière processuelle et explique que la faute d'un contractant à l'occasion de l'exécution du contrat puisse aboutir à l'irrecevabilité de sa demande en justice. V. *infra*, n° 527 et s.

⁴ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 129 et s.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ En ce sens, V. not. FAGES (B.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 273.

⁷ V. not. Cass. civ. III, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.

⁸ V. not. Cass. com., 20 mars 1972, *préc.* ; Cass. civ. III, 3 oct. 1972, Bull. civ., 1972, III, n° 491 ; Cass. civ. I, 12 avr. 1976, Bull. civ. I, p. 98 ; Cass. com., 28 juin 1988, *JCP G*, 1988, IV, 319 ; CA Riom, 10 juin 1992, *préc.* ; CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E*, 2001, p. 422, note VIOLET (F.) ; *JCP G*, 2001, II, 10470, note VIOLET (F.) ; Cass. civ. I, 14 juin 2000, n° 98-17494 ; Cass. com., 12 févr. 2002, *préc.* L'article 1111 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit une consécration de l'exigence de bonne foi au stade du déroulement et de la rupture des négociations précontractuelles, dont le manquement engagerait la responsabilité extracontractuelle du fautif.

général de loyauté, afin de sanctionner, sur le fondement de la mauvaise foi, la réticence dolosive¹. L'information précontractuelle est alors une manifestation dynamique des implications de la bonne foi en amont de la conclusion du contrat. Elle est une traduction spéciale du devoir général de loyauté au stade précontractuel². Il est vrai qu'en l'absence de disposition actuelle consacrant l'exigence de bonne foi au stade de la formation du contrat³, les juges font parfois référence à l'article 1134, al. 3 du Code civil⁴, voire même à l'article 1147⁵ pour fonder la sanction de sa violation. Or, de tels fondements ne sont pas adéquats car ils sont clairement relatifs à la phase d'exécution du contrat, et non à celle de sa formation. À ce stade, les parties ne sont pas encore engagées par le contrat. Une référence à l'article 1382 du Code civil s'avère donc beaucoup plus appropriée en de telles hypothèses⁶. L'idée est de sanctionner la déloyauté, la mauvaise foi, mais cela ne nécessite pas une référence à l'article 1134, al. 3 du Code civil, dont le champ d'application est réduit à la phase d'exécution des conventions⁷. Ainsi, il ne paraît pas fondé d'assimiler la bonne foi exigée en dehors de tout contrat, au devoir de bonne foi pesant spécifiquement sur des contractants à l'occasion de l'exécution d'un contrat⁸.

124. La spécificité de l'exigence de bonne foi intégrée au contrat. En matière contractuelle, le devoir n'est plus aussi général que celui découlant de l'article 1382 du Code civil car il est plus spécifiquement dû au cocontractant, et s'insère dans une finalité bien précise, à savoir la réussite du but contractuel⁹. L'article 1134, al. 3 sous-tend une dimension supplémentaire qui réside dans la force obligatoire liée à l'engagement existant entre les contractants, c'est-à-dire à une relation interindividuelle spécifique. D'ailleurs – et bien que

¹ V. not. Cass. com., 8 nov. 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 298 ; Cass. civ. I, 18 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 61, *JCP E*, 1997, II, 944, note LEGEAIS (D.) ; CCC, 1997, comm. 74, obs. LEVENEUR (L.) ; Cass. com., 20 sept. 2005, J.-D. n° 2005-029785, Bull. civ. 2005, IV, n° 176, *JCP E*, 2005, 1145, note LEGEAIS (D.) ; Cass. civ. III, 27 mars 1991, *Société Alsacienne des supermarchés*, n° 89-16975, Bull. civ. I, n° 108 ; 16 mars 2011, n° 10-10503.

² V. not. Cass. civ., 15 mars 2005, J.-D. n° 2005-027571, *D.* 2005, p. 1462, note CATHIARD (O.) ; *RTD Civ.*, 2005, p. 381, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) : la Cour de cassation censure un arrêt d'appel au visa de l'art. 1382 C. civ. en lui reprochant de ne pas avoir recherché si le contractant « n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d'informer » le cocontractant d'un élément de nature à l'influencer dans sa décision de contracter ou non (un accident du travail).

³ V. *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1129 : Si ce projet venait à être adopté, serait alors consacré un devoir d'information lors de la formation du contrat à la charge de « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre », dont le manquement pourrait être sanctionné par une responsabilité extracontractuelle, voire une nullité lorsqu'il provoquerait un vice du consentement.

⁴ V. not. Cass. com., 8 nov. 1983, *préc.* ; Cass. civ. I, 10 mai 1989, n° 87-14294.

⁵ V. not. Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274 ; Cass. civ. I, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *D.*, 2015, n° 4, p. 242 et s. note EPSTEIN (A.-S.).

⁶ V. not. Cass. civ., 15 mars 2005, *préc.*

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse *préc.*, n° 534.

⁸ En ce sens, V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse *préc.*, p. 14 : « La bonne foi dans la formation du contrat n'a pas le même fondement et la même nature que dans l'exécution du contrat ».

⁹ V. *infra*, n° 271 et s.

l'auteur assimile les articles 1134, al. 3 et 1382 du Code civil – cette idée est très bien exprimée par M. STOFFEL-MUNCK lorsqu'il écrit que « *le simple fait de contracter rend les parties moins étrangères l'une à l'autre* », et « *l'amoindrissement de l'altérité découlant de la communauté contractuelle peut justifier que les exigences morales dictées par l'article 1134 al. 3 trouvent alors une prise plus forte qu'ailleurs* »¹. Ainsi le manquement au devoir de bonne foi peut avoir plus précisément une répercussion sur le contrat². Ce devoir emporte ses propres conséquences dans le cadre contractuel³.

À ce devoir général de respect de la parole donnée, se joint un autre devoir contractuel général visant à assurer le maintien de l'intérêt du contrat pour chaque partie. Il s'agit du devoir de sécurité.

2. Le devoir contractuel de sécurité

125. L'intégration du devoir général de sécurité dans le contrat. Tout comme pour le devoir de bonne foi, des auteurs ont pu clairement rejeter de la sphère contractuelle le devoir de sécurité, en ce qu'il serait issu de la norme générale des articles 1382 et suivants du Code civil⁴. L'intégration d'une « obligation de sécurité » dans le contrat est l'exemple le plus éclatant de « *l'amplification du contenu obligatoire* » du contrat par la jurisprudence au cours du siècle dernier⁵. Or, ce qui semblait à l'origine justifier une telle intervention du juge dans le contrat – à savoir les difficultés liées à la preuve de la responsabilité délictuelle⁶ – n'est plus d'actualité en raison des créations prétorienne de systèmes de responsabilité qui ne sont plus fondés sur la faute⁷. Cela participant même à ce qu'aujourd'hui, il devienne plus difficile pour un contractant d'engager la responsabilité du cocontractant en cas de manquement à l'exigence de sécurité, que pour des individus se situant en dehors de tout rapport contractuel⁸. Ainsi la norme contractuelle de sécurité a pu être qualifiée de « *monstre juridique* » de plus en plus embarrassant »⁹.

En outre, est souvent relevé le caractère empirique des solutions adoptées par la Cour de cassation, et donc l'absence d'harmonie des décisions relatives à l'impératif de sécurité

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 245.

² V. *infra*, n° 576 et s.

³ V. *infra*, n° 339 et s.

⁴ V. not. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 1211.

⁵ V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*

⁶ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 501-1.

⁷ V. *Ibid* ; adde TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 568.

⁸ Il a pu être alors avancé qu'« *à l'artifice s'ajoute ainsi l'injustice* ». (VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 501-1).

⁹ V. BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, PUAM, 2002, n° 7.

dans le cadre du contrat¹. Des auteurs se sont alors efforcés de trouver le critère permettant à la Cour de cassation de déterminer l'existence d'une telle contrainte à la charge des contractants. Il a ainsi été proposé d'associer un devoir de sécurité aux contrats qui mettent la personne du créancier sous la garde temporaire du débiteur de l'obligation principale². D'autres auteurs ont relié ce devoir aux contrats qui impliquent l'existence « *d'un local, d'un engin ou d'une enceinte dépendant plus ou moins des pouvoirs du débiteur* »³. Ces critères devant, selon certains, être combinés⁴. Finalement, la sécurité serait due en raison d'un danger spécifiquement créé par le contrat.

Or, si l'on observe la jurisprudence, il apparaît que ce devoir touche la plupart des contrats⁵. En effet, tout contrat semble être en mesure d'engendrer potentiellement un danger, que ce dernier soit lié à l'activité en elle-même⁶, ou à la mise en relation du créancier avec un local nécessaire à l'exécution du contrat⁷, ou encore à la chose qui fait l'objet de l'obligation⁸, etc. Et cela traduit précisément le caractère général du devoir de sécurité. Ce devoir dépasse la matière contractuelle, mais sa présence dans le contrat est une manifestation du fait que ce dernier, en tant que norme, s'inscrit dans l'ordre juridique global⁹. Pourtant, il faut ajouter que

¹ V. not. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 500 et s. ; *adde* DELEBECQUE (Ph.), « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *GP*, 1997, *doctr.*, p. 1184 et s.

² V. not. BECQUE (J.), *La protection de la victime d'un dommage corporel et de ses proches dans le cadre contractuel*, Montpellier, 1943, p. 161 ; DURRY (G.), « Les obligations de sécurité portant sur la personne du contractant », *RTD Civ.*, 1977, p. 323 et s., *obs.* sous Cass. civ. I, 16 nov. 1976, *Bull. civ. I*, n° 350.

³ V. WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Les obligations*, Précis D., 2^e éd., 1975, n° 400.

⁴ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 501.

⁵ V. not. dans les contrats de transport : (ferroviaire) Cass. civ., 21 nov. 1911, *S.*, 1912, 1, p. 73, note LYON-CAEN (G.) ; Cass. civ. I, 1^{er} juill. 1969, *Bull. civ. I*, n° 260 ; 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 118 ; 26 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 181 ; 3 juill. 2002, n° 99-20217, *Bull. civ. I*, n° 183 ; 13 mars 2008, *Bull. civ. I*, n° 76 ; Cass. mixte, 28 nov. 2008, *Bull. civ. n° 3* ; (aérien) Cass. civ. I, 15 juill. 1999, *Bull. civ. I*, n° 251 ; 19 oct. 1999, *Bull. civ. I*, n° 287 ; dans les contrats de prestation de service de loisir ou d'activité sportive : Cass. civ. I, 10 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 80 (alpinisme) ; Cass. civ. I, 18 févr. 1981, *GP*, 1981, 2, Pan. 174, *obs.* CHABAS (Ch.) (club de vacances) ; Cass. civ. I, 30 avr. 1965, *D.*, 1965, 709 (équitation) ; dans les contrats d'hébergement et d'accueil du public : Cass. civ. I, 18 nov. 1997, *Bull. civ. I*, n° 318 (accueil d'enfants) ; 2 juin 1981, *JCP G*, 1982, II, 19912, note DEJEAN DE LA BATIE (bars et cafés) ; 22 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 163 (hôtellerie) ; 14 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 129 (restauration) ; 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 202 (site touristique) ; 10 juin 1986, *Bull. civ. I*, n° 164 (spectacles) ; ou encore dans d'autres contrats : V. not. Cass. civ. II, 2 déc. 1998, n° 96-22197 (contrat de bail) ; Cass. civ. I, 26 oct. 1960, *Bull. civ. I*, n° 463 (contrat de prêt) ; Cass. ass. plén., 24 juin 2005, *Bull. civ. n° 7* (contrat de travail), etc.

⁶ Il en va notamment ainsi de l'équitation, du parapente, de l'alpinisme, etc.

⁷ V. not. Cass. civ. I, 10 juin 1986, *préc.* (piste de danse) ; 29 nov. 1989, *Bull. civ. I*, n° 371 (cinéma).

⁸ Sur ce point, on note un chevauchement des devoirs d'information et de sécurité, car l'observation de ce dernier passe le plus souvent par une information du vendeur vis-à-vis de l'acheteur quant à la dangerosité de la chose objet de la vente. V. par ex. Cass. civ. I, 31 janv. 1973, *Bull. civ. I*, n° 40 ; 14 déc. 1982, *Bull. civ. I*, n° 361. Par ailleurs, une confusion peut être opérée entre le devoir de sécurité lié à la chose, et l'exigence de conformité dans la vente. Or, le devoir de sécurité est à distinguer de la conformité, car la sécurité tient à la santé, à l'intégrité physique de la personne, tandis que la conformité renvoie à la correcte exécution de l'obligation de délivrance. V. CALAIS-AULOY (J.), « Ne mélangeons plus conformité et sécurité » *D.*, 1993, *chron.* 28, p. 130 et s.

⁹ V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC*, 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 593 et s.

si ce devoir est dû à l'occasion de l'exécution du contrat, il n'en passe pas moins par le prisme de cet acte. Les fondements donnés à ce devoir en jurisprudence témoignent de cette volonté des juges d'insister sur l'intégration du devoir de sécurité dans le cadre spécifiquement contractuel.

126. Les fondements jurisprudentiels du devoir contractuel de sécurité¹. Le devoir général de respecter l'intégrité physique d'autrui trouve une manifestation spéciale en matière contractuelle à travers le devoir de sécurité. Ce devoir n'est pas édicté par le Code civil, mais il a été exprimé par la jurisprudence, qui s'est pour cela fondée sur plusieurs articles.

En premier lieu, elle a pu viser l'article 1134 du Code civil pour imposer au prestataire de transport « *l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination* »². Cependant, ce fondement ne paraît pas adéquat. En effet, et tout d'abord, l'article étant visé dans sa globalité, il est difficile de savoir si le juge fait référence au principe de force obligatoire du contrat, ou à celui de son exécution de bonne foi. Ensuite, l'un et l'autre de ces principes ne permettent pas au juge de mettre spécifiquement à la charge des parties un devoir de sécurité. Si la force obligatoire du contrat s'applique à l'ensemble des effets qui découlent de sa conclusion, il faut nécessairement au préalable déterminer ces effets. Or, l'article 1134, al. 1 du Code civil n'est pas de nature à permettre de déterminer le contenu du contrat. Il en va de même de son alinéa 3, qui est relatif à l'exécution de bonne foi. Si les exigences de bonne foi et de sécurité ont pour point commun d'être des contraintes de nature comportementale, la bonne foi n'implique pas à elle seule que le contrat puisse engendrer une telle exigence de sécurité à la charge des contractants. Il convient, en effet, de se prémunir du risque de vouloir tout expliquer par le recours à l'article 1134, al. 3 du Code civil³. C'est plus justement la notion de devoir qui marque le point commun entre bonne foi et sécurité. En effet, la notion de devoir est éminemment liée à celle de comportement. Elle semble tout à fait apte à traduire la dimension comportementale de l'exigence de sécurité pesant sur les contractants. Or, le devoir de sécurité, en tant que devoir autonome, doit trouver un fondement qui montre son intégration au contenu contractuel.

Cette intégration au contenu contractuel apparaît clairement, en second lieu, à travers le fondement le plus souvent utilisé par les juges à l'appui de cette exigence, à savoir l'article 1147 du Code civil, relatif à la responsabilité contractuelle. Pourtant, cet article ne semble pas non plus permettre d'expliquer comment et pourquoi l'exigence de sécurité intègre le contenu contractuel. Cette disposition n'est relative qu'à la conséquence de cette intégration, c'est-à-dire à la sanction du manquement à la sécurité par le contractant.

¹ V. JOURDAIN (P.), « Le fondement de l'obligation de sécurité », *GP*, 1997, 2, doct., p. 1196 et s.

² V. Cass. civ. I, 21 nov. 1911, *préc.*

³ En ce sens, V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse *préc.*, p. 83.

Ainsi, et en troisième lieu, les juges se sont parfois plus justement fondés sur l'article 1135 du Code civil pour imposer un devoir de sécurité aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat¹. Cet article dispose que « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». En sa première partie, cette disposition renvoie à la volonté commune des contractants. Cela montre que « *la référence à la volonté des contractants pour déterminer les obligations issues du contrat est non seulement possible et légitime, mais c'est même le procédé de droit commun* »². Seulement, « *cette recherche s'arrête à « ce qui est exprimé »* »³. Aussi cette disposition est-elle complétée. Cette règle traduit le fait que le contenu du contrat est également dépendant du droit objectif. Il faut se référer à des sources extérieures à la volonté des parties pour déterminer ce contenu. Parmi ces sources, la loi tient évidemment une place prépondérante⁴. Mais les magistrats peuvent également se fonder sur les usages et l'équité pour imposer certaines contraintes aux parties.

127. Le devoir contractuel de sécurité : une « suite » donnée au contrat par souci d'équité. Les exigences ajoutées au contrat sur la base de l'article 1135 du Code civil ne sont pas forcément des obligations. En effet, à travers l'expression « *suites de l'obligation* », ce n'est pas l'obligation contractuelle qui est visée, mais précisément ses « *suites* », et celles-ci ne sont pas forcément de nature obligationnelle. L'article 1135 du Code civil n'apporte aucune précision en ce sens. Il peut s'agir d'obligations implicites, par exemple, d'une obligation d'information⁵ – cependant, l'obligation d'information ne peut être rattachée à l'article 1135 du Code civil et être un effet de la force obligatoire du contrat que lorsqu'elle a pour objet l'exécution du contrat et non l'expression d'un consentement⁶. Mais il peut très bien également s'agir de devoirs⁷. En effet, l'emploi du terme « *obligent* » par le

¹ V. not. Cass. civ. I, 17 janv. 1995, n° 93-13075, *D.*, 1995, jur., p. 353, note JOURDAIN (P.) ; 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 44, p. 29 ; 19 févr. 1991, n° 89-19999.

² V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 484.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. not. Cass. civ. I, 7 juin 1989, Bull. civ., I, n° 232 : les juges posent un attendu de principe, au visa de l'art. 1135 C. civ., selon lequel « *le fabricant d'un produit doit fournir tous les renseignements indispensables à son usage et, notamment, les contre-indications* ».

⁶ En ce sens V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 410 et s., 447 et s. ; adde MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, Préf. D. Ferrier, LGDJ, 2006, n° 422 et s. ; VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 502 et s.

⁷ Toutefois, V. *Contra*, JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., spéc. n° 21 et 276 : selon l'auteur les devoirs sont nécessairement extérieurs au contrat. Pourtant il reprend l'analyse de Pascal ANCEL qui distingue l'obligatoire de l'obligationnel dans le contrat et admet que l'art. 1135 C. civ. est à l'origine « *d'effets, obligatoires ou obligationnels, complétifs* ». Cependant, il n'explique pas quels sont les effets obligatoires non obligationnels. L'exclusion des devoirs de la sphère contractuelle est ainsi discutable. Sur la différence de nature entre devoir et obligation V. *supra*, n° 48 et s.

législateur, ne doit pas mener à la conclusion que ces « suites » sont forcément de nature obligationnelle. L'usage de ce verbe semble ici renvoyer, non pas spécifiquement aux obligations expresses comme implicites, mais à l'« obligation » des conventions, c'est-à-dire à leur force obligatoire¹.

L'article 1135 implique que les parties sont tenues au respect des « suites » de l'obligation mises au jour par le juge. Et cela sans opérer un « forçage » du contrat², puisque la loi prévoit la possibilité que les contractants soient tenus à davantage qu'à la seule exécution des obligations expressément stipulées, en vertu de la nature même du contrat. Il est vrai que le texte fait référence à la « nature de l'obligation ». Cependant, le terme d'« obligation » semble plutôt renvoyer ici au contrat³. Cette disposition permet d'expliquer que la conclusion du contrat engendre pour les parties certaines contraintes, au-delà des obligations issues de leur volonté. Toute « suite » découverte par le juge a force obligatoire de par son intégration au contenu du contrat, et s'impose aux parties assujetties au respect de la norme. Ainsi, lorsque le juge impose spécifiquement une exigence de sécurité, il ne fait qu'intégrer ce devoir général et objectif dans le contrat⁴. Les parties, soumises à la force obligatoire du contrat, sont alors tenues de l'observer, en vertu de leur assujettissement à l'acte conclu. En effet, l'assujettissement des contractants leur impose d'observer l'ensemble des contraintes impliquées par la conclusion de l'acte⁵. La sécurité, intégrée au contrat, va faire partie de ces effets obligatoires, afin d'assurer la bonne fin du contrat⁶. Le manquement à ce devoir général dans le cadre contractuel entraîne alors nécessairement une répercussion sur l'exécution du contrat. Il rejaillit sur le contrat, en ce qu'il en trouble la bonne exécution. Il perturbe le but contractuel⁷. Ce lien se traduit au stade de la sanction du manquement au devoir contractuel de sécurité⁸.

L'intérêt de cette disposition est alors qu'elle permet de rendre compte du caractère extensible du contenu obligatoire des conventions. Cet article est clairement relatif à la

¹ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, spéc. n° 21.

² V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*

³ En ce sens, V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, spéc. n° 32 ; *adde* ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, spéc. n° 363 et s. ; DESHAYES (O.), « Les effets du contrat entre parties », *art. préc.*, n° 8 (à propos de l'article 1195 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* qui conserve cette expression) : « peut-on se demander si on ne devrait pas supprimer la référence à « l'obligation », dans la mesure où le projet ouvre enfin la voie à la reconnaissance d'effets « non-obligationnels » dans les contrats. Il suffit d'affirmer que le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que lui donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

⁴ V. MAZEAUD (D.), « Le juge et le contrat. Variations sur un couple « illégitime » », in *Mél. J.-L. Aubert*, D., 2005, p. 235 s., spéc. n° 14 et s.

⁵ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 24 : « Outre cette obligation de ne pas faire, cette abstention, l'assujettissement des parties leur impose également parfois un comportement positif, lequel ne constitue pas au sens strict une prestation. » ; *adde* ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 7.

⁶ *V. infra*, n° 278.

⁷ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*

⁸ *V. infra*, n° 589.

détermination du contenu du contrat, et se distingue ainsi de la règle posée à l'article 1134, al. 3 qui a spécifiquement égard au devoir de bonne foi lors de l'exécution du contrat¹.

128. Les rapports entre les règles des articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil.

Les articles 1134, al. 3 et 1135 du Code civil ne se situent pas au même niveau, mais ils se complètent en ce qu'ils impliquent une fois réunis, d'une part, que le contenu du contrat ne se limite pas aux seules obligations, et d'autre part, que le comportement du contractant dans l'exécution du contrat sera examiné au regard du contenu de ce dernier². L'analyse qui distingue quatre fonctions de la bonne foi³ n'est donc pas pertinente : la « *fonction complétive* » est répétitive avec l'article 1135, de plus elle ne correspond pas au sens de l'article 1134, al. 3 du Code civil qui fait référence à « *l'exécution de bonne foi* » ; la « *fonction interprétative* » renvoie à une démarche naturelle du juge qui consiste en la recherche de la volonté réelle des contractants, qu'il complète au besoin par recours à la notion d'équité, mais la bonne foi n'est pas vraiment utile à l'analyse. La « *fonction limitative* » correspond plus précisément à l'abus de droit, c'est-à-dire à la faute dans l'exercice d'un droit. Enfin, la « *fonction adaptative* », renvoie à la question de la révision pour imprévision. Or, cette fonction ne saurait avoir le caractère général de l'exigence de bonne foi, et s'imposer dans le cadre de tout contrat⁴.

129. Devoirs généraux et devoirs spéciaux. Des devoirs généraux s'imposent comme un *minimum* de l'engagement des parties au contrat et traduisent tant l'étendue de la force obligatoire du contrat au-delà de son contenu obligationnel, que l'intégration de la norme contractuelle dans l'ordre juridique global. Mais au-delà, les parties sont parfois tenues d'observer des devoirs plus spécifiques, plus exigeants, en raison même du fait qu'elles sont engagées par un contrat. L'étude des devoirs en matière contractuelle implique donc la démonstration de l'existence de devoirs contractuels spéciaux à certaines relations contractuelles.

¹ En ce sens, V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, n° 24, 167 et s. et 369. Le contenu du contrat est élargi : V. *Ibid*, n° 42 : « *L'idée maîtresse qui s'en dégage est celle d'un élargissement du contenu de l'accord des parties. La notion de champ contractuel s'en trouve alors modifiée* » ; adde MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel, thèse préc.*, n° 9, 16, 114 et s., 203 et s.

² Bertrand FAGES a également mis en évidence le fait que c'est parfois, à l'inverse, le comportement du contractant lors de l'exécution du contrat qui permet, *a posteriori*, d'en déterminer le contenu, V. FAGES (B.), « Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat », *Dr. et patr.* n° 67, janv. 1999, p. 28 et s.

³ V. BAERT (F.), *Rechtskundig Weekblad*, 1956-1957, col. 489 et s.

⁴ V. *infra*, n° 137 et s.

B- Les devoirs contractuels spéciaux

130. Sources subjective ou objective des devoirs contractuels spéciaux. Des devoirs supplémentaires s'imposent dans certaines circonstances aux contractants et impliquent qu'ils sont tenus à davantage qu'au *minimum* comportemental évoqué, résidant dans l'observation des devoirs généraux de bonne foi et de sécurité. Ces devoirs peuvent être issus de la volonté des parties (1). Mais ils peuvent également découler, de manière objective, de la nature du contrat conclu¹(2). Des devoirs spéciaux peuvent encore résulter de la qualité spécifique de l'un des contractants. En effet, la qualité de professionnel va souvent engendrer à sa charge des devoirs spécifiques dans le cadre de l'exécution d'un contrat (3).

1. Les devoirs contractuels spéciaux issus des stipulations des parties

131. Le pouvoir de la volonté sur la création de devoirs contractuels. Aucun lien nécessaire et absolu n'est à faire entre devoir et objectivisme. Si le devoir imposé au sujet, spécialement en matière contractuelle, est le plus souvent le fruit d'une intervention jurisprudentielle sur la base d'une autorisation légale, rien n'empêche pour autant les parties de prévoir elles-mêmes les exigences comportementales spéciales qu'elles devront adopter tout au long de la relation contractuelle. En effet, « *rien ne fait obstacle à ce que les parties contractantes stipulent entre elles une règle de bon comportement* »². Le devoir expressément prévu par les parties est alors contractuel tant par sa source que par sa finalité³. Les parties apportent ainsi « *une dose de subjectivité aux règles de comportement* »⁴ qui vont s'imposer à elles. Il s'agit d'un devoir spécial en ce qu'il est inséré spécifiquement dans le contrat par l'effet de la volonté des parties, et se révèle alors propre à cette situation juridique précise.

Issus de la volonté des parties, ces devoirs peuvent être extrêmement divers. La pratique des contrats internationaux connaît par exemple la clause de « *hardship* »⁵, par

¹ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 24.

² V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 507.

³ V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*, spéc. p. 62 : « *Il n'y a pas seulement des cas où l'ordre juridique, intervenant d'autorité dans le mécanisme des actes volontaires et des contrats, crée des devoirs qui seront simplement subis bon gré mal gré, dans le cadre d'un contrat par ailleurs avantageux ; il y a aussi des cas dans lesquels c'est la volonté privée qui est réellement à l'origine de ces devoirs, et qui peut d'ailleurs leur donner telle ou telle figure, telle ou telle étendue.* » ; *adde* Droits subjectifs et situations juridiques, *op. cit.*, p. 98 : « *la loi n'est pas dans une société l'unique source des droits, et du même coup, il était naturel qu'elle ne fût pas non plus la seule source des devoirs* ».

⁴ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 507.

⁵ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Hardship (clause de) : « *Espèce de clause de révision ou d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation, en vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur accord lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge, à défaut de nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc* ».

laquelle les parties prévoient qu'en cas de changement des circonstances, notamment de nature économique, elles renégocieront leur accord afin de préserver son utilité et donc sa longévité. Une telle clause peut tout aussi bien être insérée dans un contrat interne en vertu du principe de liberté contractuelle¹. On peut ainsi envisager que des parties stipulent un devoir spécial de renégociation des termes de l'échange au cas où l'équilibre de ce dernier viendrait à être compromis par l'effet d'un événement extérieur et imprévu.

Plus généralement, les parties peuvent insérer dans le contrat, un devoir de collaboration, qui leur impose une entraide constante tout au long de la relation contractuelle².

En outre, rien ne les empêche de prévoir des interdictions contractuelles spécifiques, par exemple une clause de confidentialité ou de secret, empêchant un contractant de divulguer certaines informations³.

Il est encore parfois exigé d'un contractant qu'il adopte une certaine tenue vestimentaire. Il en va ainsi, par exemple, dans le cadre d'un contrat de prestation de spectacle, où il se peut qu'une « *tenue correcte* » soit exigée du spectateur⁴.

Une liste exhaustive de ces devoirs subjectifs ne saurait être dressée puisqu'ils sont, par définition, issus de la volonté des parties, et que la pratique fait souvent preuve d'une grande créativité⁵.

Pour vérifier la conformité du comportement, le juge devra ainsi se référer aux prévisions des parties, qui dans le meilleur des cas, seront également convenus de la sanction

¹ Cette clause est parfois insérée dans les conventions collectives de travail : V. Cass. soc., 30 mars 1982, Bull. civ. V, n° 232, p. 171. Sur la clause de renégociation, V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, post. F. Terré, LGDJ, 2012, n° 122 et s.

² Pour un exemple dans le cadre d'un contrat de vente de matériel informatique : V. Cass. com., 17 mars 1992, CCC, 1992, n° 93, note LEVENEUR (L.).

³ Pour un arrêt sanctionnant le manquement à un tel devoir de confidentialité par des dommages-intérêts, V. CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP G*, 1998, II, 10000, note FAGES (B.) ; pour la sanction de ce même devoir par la résolution du contrat, V. CA Paris, 10 oct. 1997, *RJDA*, 1998, n° 135 ; *adde* BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Le contenu du contrat », in *Secrets et contrats, Actes de colloque – Paris, le 19 novembre 2012*, RDC, avr. 2013, p. 756 et s.

⁴ V. not. T. civ. Seine, 20 févr. 1952, *D.* 1952, p. 353 ; TGI Aix-en-Provence, 6 déc. 1968, *GP*, 1969, I, p. 111, *RTD Civ.*, 1969, p. 353, obs. CORNU (G.). Bertrand FAGES a dégagé un « *devoir général de bonnes mœurs* » sur la base de ces arrêts (V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 547 et s.). Pourtant, les quelques décisions s'étant prononcées en ce sens font état de stipulations expresses des parties imposant une tenue vestimentaire adaptée. Certes, un arrêt de la Cour d'appel de Nancy (CA Nancy, 29 nov. 1982, *D.*, 1985, p. 354, note LAPOYADE-DESCHAMPS (Ch.)) sanctionne une aide-comptable employée au sein d'une entreprise qui était venue travailler en « *portant une blouse transparente sur une nudité complète du buste* », en l'absence de stipulation expresse d'une tenue exigée dans le contrat de travail. Cependant, si la tenue n'était pas expressément exigée, la personne avait été avertie par l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception que sa tenue n'était pas conforme aux nécessités découlant du « *bon ordre de l'entreprise* », et elle n'avait pas adapté son comportement au regard de cet avertissement. La Cour semble donc sanctionner le fait de ne pas s'être conformé à une exigence expressément mise en avant par l'employeur. Le devoir de correction apparaît alors plus justement comme étant un devoir spécial, lié aux prévisions et aux exigences des parties à certains types de contrats (en l'occurrence, contrats d'un certain « *standing* », ou impliquant l'image d'une entreprise).

⁵ Pour d'autres exemples, V. MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 2^e éd., 1999, n° 107 et s. (clauses de négociation de bonne foi) ; JAROSSON (C.), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, (ss dir. de) J. Mestre, PUAM, 1990, p. 141 et s.

applicable en cas de manquement. Cependant, la liberté des parties dans la création de devoirs contractuels n'est pas totale. Des limites existent à la stipulation des devoirs spéciaux.

132. Les limites de la stipulation de devoirs spéciaux. Il a déjà pu être mis en avant par un auteur que « *contrairement aux devoirs dégagés par le législateur et la jurisprudence, les règles de comportement engendrées par les parties ne sont pas toutes bonnes à prendre* »¹. Différentes limites se posent en effet en la matière. La première de ces limites tient à la validité des clauses contenant des devoirs spéciaux. La seconde à leur efficacité. Et une troisième limite se pose quant à l'intérêt de leur stipulation dans certaines circonstances.

Tout d'abord, comme toute stipulation contractuelle, la clause insérant un devoir à la charge d'une ou des parties dans le contrat ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, en vertu de l'article 6 du Code civil. Le renforcement du devoir de bonne foi dans certains contrats peut parfois masquer une atteinte à des principes impératifs. En effet « *il n'est pas absurde d'imaginer, par exemple, que derrière une clause de collaboration ou de coopération puisse se cacher une entente* »². Les devoirs spéciaux prévus par les parties peuvent ainsi se heurter à des impératifs supérieurs. Dans cette hypothèse, le conflit de devoirs engendré doit naturellement se résoudre par la primauté accordée au principe fondamental posé par l'ordre juridique général, et conduire à la nullité de la clause concernée. Il s'agit de la simple application de la théorie de la hiérarchie des normes.

Ensuite, ces devoirs sont soumis, quant à leur efficacité, à diverses exigences. Pour commencer, les principes de la force obligatoire et de l'effet relatif de la convention³ impliquent que le devoir s'impose exclusivement aux parties à la convention. Ainsi, un devoir stipulé dans le contrat ne peut avoir de portée générale, et ne saurait donc être exigé de tiers à la relation contractuelle⁴. Il faut ajouter que l'efficacité de ces devoirs spéciaux dépend de leur précision par les parties dans l'acte, et leur force obligatoire n'en est que mieux assurée si elles prévoient une sanction spéciale en cas de manquement. Des stipulations vagues concernant le comportement que le contractant doit adopter n'auront, dans les faits, que très peu d'impact⁵.

Ces clauses doivent être rédigées avec attention et précaution⁶.

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 508.

² V. *Ibid.*, n° 510. L'auteur évoque également l'hypothèse d'une atteinte à l'ordre public social : « *il ne serait pas licite, par exemple, qu'un employeur désireux que ses salariés adoptent un comportement plus productif pousse ces derniers à prendre l'engagement de travailler au-delà de la durée légale* ».

³ V. art. 1165 C. civ.

⁴ En ce sens, V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 513.

⁵ V. *Ibid.*, n° 512.

⁶ À propos des clauses de « *hardship* », V. not. TITONE (T.), COULON (F.), et DARY (M.), « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E*, n° 23, 9 juin 2001, 1435, p. 25 et s., n° 11 ; *adde* FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 67 et s., n° 33 et s.

Enfin – et ce dernier point est à rapprocher du précédent – de telles stipulations ont un intérêt si elles viennent préciser le comportement que le contractant doit adopter à l’occasion de l’exécution du contrat, et donc ajouter aux devoirs généraux et aux devoirs spéciaux qui s’imposent dans certains contrats¹, ou si elles précisent la sanction encourue par le contractant en cas de manquement, et ainsi aident le juge lors de son prononcé². Ce dernier garde, toutefois, la possibilité de moduler la sanction si elle s’avère inadaptée ou disproportionnée. Il en va ainsi par exemple, en cas de clause pénale excessive ou dérisoire³.

Au-delà des devoirs spéciaux issus de la volonté des parties, doivent également être mis au jour des devoirs qui s’imposent spécialement aux contractants engagés dans certains types de contrats en raison même de leur nature particulière.

2. Les devoirs contractuels spéciaux liés à la nature du contrat

133. La précision des devoirs à mesure du resserrement des liens contractuels.

Il faut prendre en compte la nature particulière des rapports unissant les contractants pour apprécier l’ampleur des exigences comportementales pesant sur eux. Les devoirs ont une importance variable d’un type de contrat à l’autre. Tous les contrats ne comportent pas exactement les mêmes devoirs à l’égard des contractants. Notamment, les devoirs se spécialisent à mesure que les rapports juridiques se concrétisent⁴. Précisément, les contrats de coopération mettent en jeu des relations plus étroites entre les contractants et impliquent ainsi un devoir spécial et positif de coopération (a). Cette entraide va parfois trouver une traduction précise dans un devoir encore plus spécifique. Il en est ainsi notamment du devoir de renégocier les termes d’un contrat s’inscrivant dans la durée, devenu déséquilibré par l’effet de circonstances imprévues (b).

¹ Les devoirs expressément stipulés peuvent encore constituer des redondances lorsqu’ils ne font que répéter des devoirs contractuels spéciaux, liés à des contrats dont la nature commande un comportement spécifique à la charge des parties. Il en va ainsi par exemple du devoir de secret qui serait stipulé par les parties alors que la loi l’impose expressément dans le type de contrat en question (V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 516 ; adde VIVANT (M.), « Les clauses de secret », in J. MESTRE (dir. de), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, op. cit., p. 101 et s.).

² V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 516.

³ V. art. 1152, al. 2 C. civ.

⁴ V. ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, op. cit., Livre VIII [L’amitié]- Chapitre IX- 1. : « amitié et justice se rapportent aux mêmes objets et ont des caractères communs » ; « La mesure de l’association est celle de l’amitié et aussi du droit et du juste. ».- 3. « La nature veut, en effet, que l’obligation d’être juste croisse avec l’amitié, puisque justice et amitié ont des caractères communs et une égale extension. ».

a. Le devoir de coopération

134. Un devoir intégré aux contrats de coopération. Dans un sens courant, la coopération est synonyme de collaboration et désigne « *l'action de participer à une œuvre commune* »¹. Elle traduit l'idée d'un « *travail en commun* »². « *L'idée maîtresse [...] est donc celle de communauté* »³. Les contrats de coopération impliquent des relations plus abouties que dans les autres types de contrat. Ils engendrent spécifiquement « *un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement* »⁴. Ainsi, ces contrats mettent en présence des intérêts « *structurellement convergents* »⁵, c'est-à-dire qui vont dans le même sens. Les parties ont toutes un objectif commun.

Cette catégorie inclut, d'une part, les contrats-organisation⁶, dont le contrat de société est le modèle type⁷. En effet, il est de la nature de ce contrat de réunir des individus qui s'engagent en vertu d'un *affectio societatis* autour d'un projet commun. Et, d'autre part, la catégorie des contrats-coopération peut également comprendre d'autres contrats qui impliquent, comme dans le contrat-échange, la « *fourniture de biens ou de services moyennant rémunération* », mais à la différence de ce dernier, « *celui qui fournit ce bien ou ce service est intéressé à l'utilisation qui en sera faite par celui qui le reçoit* »⁸. Il s'agit, par exemple, du contrat d'édition, du contrat de mandat d'intérêt commun, du contrat de distribution, etc.⁹.

Or, en raison de leur nature particulière, les contrats-coopération impliquent spécifiquement à la charge de chaque partie un devoir de coopération¹⁰.

135. Le contenu du devoir de coopération. Les contrats-coopération, en raison de la nature des liens unissant les parties, vont engendrer à leur charge un devoir plus exigeant

¹ V. Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, *op. cit.*, V° coopération

² V. *Ibid.*

³ V. PIETTE (G.), *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, PUAM, 2004, n° 438.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 42 et s. ; *adde* n° 78 et 441.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mél. F. Terré*, D.- PUF- J.-Cl., 1999, p. 635 et s.

⁷ V. *Ibid.* ; *adde* « La théorie contractualiste de la société », *Rev. Soc.*, 2000, p. 95 s. ; MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », *art. préc.*

⁸ V. *Ibid.*, n° 78.

⁹ V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 904 et s. ; *adde* LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, thèse préc.* ; PICOD (Y.), « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Mél. Ph. Le Tourneau*, D., 2008, p. 805 et s.

¹⁰ V. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, thèse préc.*, n° 424 et s. (« *l'assujettissement des partenaires à la norme de coopération emporte la formation d'un devoir de coopération, lequel trouve son prolongement naturel dans un devoir d'adaptation* ». C'est l'auteur qui souligne).

que le seul devoir de bonne foi, commun à tous les contrats¹. En effet, le devoir de coopération correspond à ce que certains auteurs évoquent sous le nom de devoir de fidélité. Il a pu être proposé par les auteurs favorables au solidarisme contractuel de reconnaître à la charge de tout contractant un devoir de loyauté, de fidélité, d'entraide en vue d'assurer le *maximum* d'utilité au contrat pour le cocontractant. Mais il a été vu que cette théorie se heurte à de nombreuses limites, et notamment à celle de la réalité des rapports humains². Dans les contrats-échange, les parties sont mues par des intérêts antagonistes. Par exemple, le vendeur veut obtenir le meilleur prix pour un bien qu'il peut savoir de faible qualité, tandis que l'acheteur veut obtenir une chose de la meilleure qualité possible au prix le plus bas. Il est alors difficile d'envisager, dans le cadre de ce type de relations, un véritable devoir d'entraide. En revanche, il vient d'être vu que certains contrats impliquent, par nature, une communauté d'intérêt. Dans ce cadre, l'entraide doit effectivement être avérée. Ainsi, les contrats-coopération justifient l'existence d'un devoir de coopération à la charge des contractants³. D'ailleurs, si certains textes consacrent ce devoir à la charge des contractants, ils le limitent toujours à certaines catégories de contrat. En effet, par exemple, l'article 0:303 des *Principes contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée* énonce que « *Les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat* ». De même l'article 1:104 du *Projet de cadre commun de référence du groupe dirigé par Von Bar et le groupe acquis communautaire*, ainsi que l'article 5.1.3 des *Principes UNIDROIT* prévoient un tel devoir à la charge des contractants dans la mesure de ce que l'« *on peut raisonnablement attendre* » de l'exécution de ses obligations par le débiteur.

Concrètement, un tel devoir implique, tout d'abord, que chaque partie communique avec l'autre, et lui fasse part de tout ce qu'elle sait lui permettant d'améliorer la qualité de la prestation du cocontractant, ou de sa propre prestation. Par exemple, procurer des conseils relatifs à l'utilisation d'un logiciel. Plus largement et ensuite, ce devoir contraint les parties à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour faciliter l'exécution de sa prestation au cocontractant⁴. Enfin, et notamment au stade de la rupture de la relation, ce devoir implique que chaque partie respecte la personne du cocontractant, et fasse preuve de décence eu égard à la portée du rapport qui les aura uni⁵.

¹ V. not. MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 53 : « *Dans ces contrats où les parties poursuivent un intérêt commun, on peut comprendre que le degré de confiance soit plus fort. Le devoir de collaboration ou de coopération s'impose alors.* » ; *adde* PICOD (Y.), « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988, n° 6, I, 3318 ; DIESSE (F.), *Le devoir de coopération dans le contrat*, Lille II, 1998.

² V. *supra*, n° 18.

³ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 24 ; *adde* « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 29 et s. ; ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., spéc. n° 363.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 43.

⁵ V. *infra*, n° 305 et s., spéc. les exemples cités en matière de rupture abusive de contrats de longue durée (notamment des contrats de concession).

136. Les sources légales du devoir de coopération. Parfois, un texte spécial prévoit un devoir de coopération entre les parties. Il en va ainsi, par exemple, dans le cadre du contrat d'édition. L'article L. 132-9, al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *L'auteur doit mettre l'éditeur en mesure de fabriquer et de diffuser les exemplaires de l'œuvre* ». Le fait de mettre le cocontractant « *en mesure de* » s'exécuter est une application de l'exigence d'entraide pouvant peser sur certains contractants. Un autre exemple peut être donné avec l'article L. 134-4 du Code de commerce, qui prévoit que « *Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information* ». La coopération apparaît ici clairement comme étant un devoir mutuel. Les contractants doivent faire de leur mieux pour que le contrat ait son utilité pour chacun.

Mais il arrive, par ailleurs, que la jurisprudence reconnaisse l'existence d'un devoir de coopération à la charge des parties en l'absence de texte l'imposant spécialement. Pour ce faire, les juges se prononcent souvent au visa de l'article 1134, al. 3 du Code civil¹.

Pourtant, à l'image de ce qui a été dit concernant le devoir de sécurité, le fondement de l'article 1135 apparaît plus juste en la matière. En effet, il a été vu que l'article 1134, al. 3 pose un devoir d'exécuter le contrat de bonne foi qui ne peut, sous peine d'en déformer le sens, être compris comme imposant un devoir positif d'entraide, dans tout contrat². En revanche, l'article 1135, relatif à la détermination du contenu de l'accord, est d'une formulation assez large, qui permet au juge de compléter le contrat à l'aide de diverses « *suites* », et en fonction de sa nature³. Cela dans le but de permettre la sauvegarde de l'utilité du contrat pour chaque partie. Or, le devoir actif d'entraide semble tout à fait s'inscrire dans cette démarche jurisprudentielle. Ce devoir se révèle être le moyen d'atteindre le but spécial

¹ V. par ex. dans le contrat de concession : CA Paris, 1^{er} mars 1996, *RTD Civ.*, 1996, p. 901, obs. MESTRE (J.) ; CA Paris, 11 févr. 1999, *SA Fiat Auto (France)*, *JCP G*, 2000, II, 10244, note CHAZAL (J.-P.) ; CA Paris, 4 mars 1999, *Me Amauger c/ SA Groupe Volkswagen France*, *JCP G*, 2000, II, 10244, note CHAZAL (J.-P.) ; CA Paris, 26 mars 1999, *SA Automobiles Peugeot c/ SA Safari Senlis*, *JCP G*, 2000, II, 10244, obs. CHAZAL (J.-P.), *RTD Civ.*, 2001, 137, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; Toutefois, *contra* V. Cass. com., 6 mai 2002, J.-D. n° 2002-014206 ; *JCP G*, 2002, II, 10146, note STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *D.*, 2002, 1754, obs. CHEVRIER (E.) et 2842, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2002, 810, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). Dans le contrat de distribution : Cass. civ. I, 23 janv. 1996, *CGE c. OPHLM du Val d'Oise*, Bull. civ. I, n° 36, p. 23 ; *adde* MAZEAUD (D.), « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution.. », *D.*, 2013, n° 39, p. 2617 et s. Dans le contrat de franchise : CA Paris, 11 juin 1992, *D.*, 1992, somm. 391, obs. D. F. ; CA Paris, 10 mars 1989, *GP*, 1989, I, p. 544, note JAMIN (C.). Dans le mandat d'intérêt commun : CA Paris, 30 sept. 2005, *D.*, 2005, AJ, 2740, obs. DELPECH (X.) ; *JCP E*, 2005, 1617, note VIANDIER (A.) ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-12282, Bull. civ. IV, n° 128.

² V. *supra*, n° 120.

³ V. *supra*, n° 127 et s.

recherché par les parties à la conclusion d'un contrat-coopération¹. Il est nécessaire à sa bonne fin en raison de sa nature spécifique².

Par ailleurs, le contrat-coopération implique parfois, à la charge des parties, un autre devoir qui est une expression spécifique du devoir de coopération, à savoir le devoir de renégocier les termes du contrat³.

b. Le devoir de renégocier

137. Un devoir en lien avec la théorie de la révision du contrat pour imprévision. La question de l'existence d'un devoir de renégocier à la charge des parties est liée à celle de la théorie de la révision pour imprévision.

La révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision fait l'objet d'un rejet en droit privé français, clairement exprimé par la Cour de cassation en 1876⁴. À l'appui de ce refus, il est avancé que se poserait un problème de fondement quant à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision, car les divers procédés qui existent en droit positif pour remédier au déséquilibre du contrat, tels que la force majeure, et dans des cas très limités, la lésion, ne sont pas applicables en cette hypothèse. Par ailleurs, le souci d'assurer la sécurité juridique est souvent avancé en défaveur de l'intervention du juge, en ce que celle-ci ferait peser un risque d'arbitraire sur le contrat. De plus, le principe de la force obligatoire empêcherait que le contractant puisse échapper à l'exécution de ses obligations sous prétexte qu'elle deviendrait plus onéreuse. Enfin, il est parfois fait état, sur le plan économique, d'un risque de propagation des difficultés à d'autres contrats, d'« *un jeu de réaction en chaîne impossible à limiter et même à prévoir* »⁵.

Cependant, le droit privé français apparaît de plus en plus isolé sur ce point, car la révision du contrat pour imprévision est largement admise à l'étranger. En effet, la révision du

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 667.

² V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 24 : « *ce devoir de collaboration ne correspond en aucune façon à un devoir général d'entraide pesant sur les parties. Il ne s'agit pas pour elles de se soutenir mutuellement, mais d'agir en sorte que le contrat, auquel elles sont assujetties, soit pleinement utile.* ».

³ En ce sens, V. not. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, thèse préc.*, n° 452 : « *si la révision pour imprévision peut être écartée dans le contrat-permutation, l'adaptation aux changements de circonstances est indispensable à la mise en œuvre du contrat-coopération. De sorte qu'elle doit être intégrée aux règles qui le gouvernent.* ».

⁴ V. Cass. civ., 6 mars 1876, *DP*, 76, 1, 195, note GIBOULOT, *S.*, 76, 1, 161, *Grands arrêts*, n° 163 ; *adde* Cass. civ., 15 nov. 1933, *GP*, 1934, 1, 68 ; Cass. civ. I, 16 janv. 1961, *Bull. civ. I*, n° 34, p. 27 ; Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-16937, *Bull. civ. IV*, n° 189, *RTD Civ.*, 1989, p. 71, obs. MESTRE (J.) ; Cass. civ. III, 10 déc. 2003, n° 02-14990.

⁵ V. FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, I- L'acte juridique, op. cit.*, n° 410.

contrat pour cause d'imprévision est reconnue et encadrée dans plusieurs pays européens¹, mais aussi au-delà de l'Europe². Par ailleurs, cette théorie a été pleinement reçue par la jurisprudence administrative française³. Force est alors de constater que le droit comparé, tant interne, qu'international, incite à l'admission de la révision judiciaire du contrat pour imprévision. Il y a d'ailleurs une demande pratique de plus en plus pressante en ce sens en droit privé français.

Différents arguments plaident en faveur de la reconnaissance de la révision pour imprévision, en droit civil français. Tout d'abord, le décalage existant entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence civile est difficilement justifiable⁴. Ensuite, il faut relativiser l'argument de la peur de l'arbitraire du juge. L'observation du droit des contrats internationaux montre que celui-ci n'use de son pouvoir d'intervention que de manière parcimonieuse, avec prudence et modération⁵. Enfin, le constat de la multiplication des contrats de longue durée, et la recherche de plus en plus prégnante de la pérennité du contrat sont des éléments de nature socio-économique qu'il faut prendre en compte⁶.

Or, il a pu être observé qu'« *un moyen terme consisterait [...] à mettre à la charge des parties une obligation de négocier afin d'adapter le contrat au changement des circonstances* »⁷.

¹ Elle est notamment admise en Allemagne, V. PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993, n° 170 et s. ; aux Pays Bas, V. DANKERS-HAGENAARS (D.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport néerlandais », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 311 et s. ; en Pologne, V. POPIOTEK (W.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport polonais », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 325 et s. ; au Portugal, V. MENEZES-CORDEIRO (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport portugais », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 337 et s. ; en Suisse, V. ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse, op. cit.* ; en Suède, Finlande et Danemark, V. TALLON (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. Sayag*, 1997, p. 403 et s.

² La révision pour imprévision est notamment reconnue en Argentine, V. SALERNO (M.-U.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport argentin », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 233 et s. ; au Japon, V. KITAMURA (I.), MORITA (H.), OMURA (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport japonais », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 301 et s. ; en Turquie, V. OGUZMAN (K.), POROY (R.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport turc », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 351 et s. ; en Algérie, V. art. 107, al. 3 du Code civil algérien de 1975 ; et revêt une importance particulière en droit brésilien, V. WALD (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport brésilien », in *La bonne foi, op. cit.*, p. 251 et s.

³ V. CE, 30 mars 1916, « Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux », *GAJA, D.*, 15^e éd., n° 31.

⁴ V. FAUVARQUE-COSSON (B.), « Le changement de circonstances », *art. préc.*, n° 11.

⁵ V. TALLON (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *art. préc.*

⁶ V. not. AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », *RJ Com.*, nov. 1999, p. 11 et s. ; « L'imprévision en droit privé », *RJ Com.*, 2005, p. 397 s. V. not. Cass. soc., 25 févr. 1992, *Sté Expovit*, Bull. civ. V, n° 122, *D.*, 1992, p. 390, note DEFOSSEZ (M.) ; *som. com.*, p. 294, obs. LYON-CAEN (A.) ; *RTD Civ.*, 1992, p. 761, n° 5, obs. MESTRE (J.). Cette décision pose le devoir de l'employeur d'assurer le reclassement du salarié avant d'envisager la rupture du contrat de travail. Cela manifeste la « *promotion d'une valeur essentielle : la pérennité du contrat* » (V. AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », *art. préc.*). En effet, « *le juge cherche souvent aujourd'hui une alternative à la rupture du contrat* » (*art. préc.*).

⁷ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 471.

138. Le devoir de renégocier comme technique d'adaptation du contrat¹. Sans remettre en cause la jurisprudence bien établie de l'arrêt « *Canal de Craponne* », les juges sont intervenus à de nombreuses reprises au cours de ces dernières années afin de reconnaître l'existence d'un devoir de renégocier un contrat devenu excessivement onéreux pour l'une des parties par l'effet d'un changement des circonstances². Selon ces décisions, le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi issu des articles 1134 et 1135 du Code civil « *devrait inciter les parties à reprendre, en toute connaissance de cause, les négociations interrompues* », l'abus étant sanctionné par des dommages-intérêts³.

D'ailleurs, l'ensemble des projets de réforme prennent en compte cette évolution de la jurisprudence, et prévoient des dispositions relatives à l'hypothèse d'un changement des circonstances à l'occasion de l'exécution du contrat⁴. Ils organisent tous une phase de renégociation, qui doit être demandée au juge et arrangée par les parties, et dont l'issue déterminera le sort du contrat.

Il apparaît ainsi que la survie du contrat et son adaptation aux circonstances passe, avant toute décision du juge, et au lieu de toute révision judiciaire autoritaire, par un devoir des parties de reprendre les négociations.

¹ V. not. PICOD (Y.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 et s., spéc. p. 68 et s. ; TALLON (D.), « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *art. préc.* ; MAZEAUD (D.), « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.*, 2004, 1754, note sous Cass. civ. I, 16 mars 2004, n° 01-15804, Bull. civ. I. n° 86 ; *adde JCP G*, 2004, I, 173, n° 22 et s., note GHESTIN (J.) ; *RLDC*, 2004/6, n° 222, note HOUTCIEFF (D.) ; *RTD Civ.*, 2004, 290, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

² V. not. Cass. com., 3 nov. 1992, *CCC*, 1993, n° 45, *JCP G*, 1993, II, 22164, note VIRASSAMY (G.), *RTD Civ.*, 1993, p. 124 et s., obs. MESTRE (J.), *Defr.*, 1993, 1377, obs. AUBERT (J.-L.) ; *adde* Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; *D.*, 1999, IR, 9 ; *CCC*, 1999, p. 14 et s., note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *Defr.*, 1999, art. 36953, p. 371, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 1999, p. 98 et s., obs. MESTRE (J.) et 646, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *JCP G*, 1999, I, 143, n° 6, obs. JAMIN (Ch.) et II, 10210, obs. PICOD (Y.) ; CA Nancy, 26 sept. 2007, J.-D. n° 2007-350306, *D.*, 2008, 1120, note BOUTONNET (M.), *JCP G*, 2008, II, 10091, note LAMOUREUX (M.), *RLDC*, 2008/5, n° 2969, note CACHARD (O.), *RTD Civ.*, 2008, 295, obs. FAGES (B.) ; *adde* BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de *« hardship »* imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, oct. 2013, p. 1431 et s.

³ V. CA Nancy, 26 sept. 2007, *arrêt préc.*

⁴ V. *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1196 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. » ; *adde* *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* : art. 1135-1 (les parties peuvent insérer dans les contrats à exécution successive ou échelonnée une clause leur imposant de renégocier les termes d'un contrat devenus déséquilibrés par l'effet d'un changement de circonstances), art. 1135-2 (à défaut d'une telle clause, la partie lésée par le déséquilibre survenu peut demander au juge une nouvelle négociation), art. 1135-3 (c'est seulement en cas d'échec de ces négociations que chaque partie peut résilier le contrat) ; *Projet de l'Académie des sciences morales et politiques*, art. 92 : « les parties doivent renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles par suite d'un changement imprévisible de circonstances et qu'elle n'a pas accepté d'en assumer le risque lors de la conclusion du contrat » (Nous soulignons). La disposition précise qu'« en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Le devoir de renégocier les termes d'un contrat devenu particulièrement déséquilibré par l'effet d'un changement des circonstances s'avère ainsi être l'étape première et indispensable avant l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances par le juge. Si le législateur venait à décider de réformer pour de bon le droit des contrats, il semble alors très probable qu'il consacre un tel devoir à la charge des parties. Ces propositions sont d'ailleurs semblables dans leur contenu, à ce que prévoient les textes internationaux.

139. Un devoir reconnu en droit international des contrats. M. AYNÈS a pu observer que « *le devoir de renégocier les contrats à long terme, lorsque leur exécution bute sur une difficulté, apparaît aujourd'hui comme l'un des principes de la lex mercatoria* »¹. En effet, des sentences arbitrales ont reconnu, sur le fondement de ce principe du droit du commerce international, un véritable devoir de renégocier à la charge des parties². De plus, certains textes de droit international comportent des dispositions relatives à la renégociation dans l'hypothèse de la survenance imprévue de circonstances modifiant l'équilibre initial du contrat³. Les *Principes UNIDROIT* font ainsi du « *hardship* », l'exception à la règle selon laquelle « *les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse* »⁴. Ces principes précisent qu'« *il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué* »⁵. Une telle situation justifie, y compris en l'absence de clause expresse des parties, que celles-ci soient menées à renégocier le contrat. L'article 6.2.3 prévoit en effet qu'« *en cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée* »⁶. Une fois cette demande effectuée, la renégociation s'impose aux parties. En cas d'échec de ces négociations, le

¹ V. AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », *art. préc.*

² V. not. les sentences citées par AYNÈS (L.), in « Le devoir de renégocier », *art. préc.* : CCI, n° 2291/1975, *Clunet*, 1976, p. 989, obs. DERAIS (Y.); CCI, n° 6219/1990, *Clunet*, 1990, p. 1047, note DERAIS (Y.).

³ En revanche, la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* semble exclure la possibilité de réviser un contrat pour cause de survenance d'une circonstance imprévue, à l'occasion de son exécution (V. art. 79). Cependant, un arrêt de la Cour de cassation belge a récemment proposé une interprétation hardie de l'article 79, associé à l'article 7 de la *CVIM*, pour décider qu'« *En matière de contrats de vente internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations* ». La Cour ajoute que « *la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat* », V. Cass. belge, 19 juin 2009, *RDC*, 2009, p. 737, obs. SZYCHOWSKA (K.); *DA QR* 2010/94, obs. PHILIPPE (D.) ; FAUVARQUE-COSSON (B.), « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la *CVIM* par la Cour de cassation belge », *RDC*, 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1405.

⁴ V. Les *Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 2004, art. 6.2.1.

⁵ V. *Ibid.*, art. 6.2.2.

⁶ V. *Ibid.*, art. 6.2.3. 1).

tribunal peut être saisi¹. Ce dernier pourra alors, soit mettre fin au contrat, soit l'adapter lui-même, en vue d'en permettre la poursuite². Des règles très similaires sont posées dans les *Principes du droit européen du contrat*³.

Il apparaît à la lecture de ces différents textes que la renégociation préalable des parties peut aboutir, en droit européen et international, à la révision du contrat par le juge. Là réside la différence avec la solution actuelle donnée par la jurisprudence française, puisque pour l'heure, la renégociation du contrat en droit interne « *demeure encore l'ultime recours pour la victime d'un déséquilibre contractuel excessif, produit d'un changement de circonstances* »⁴. Il n'en reste pas moins que le devoir de renégocier est consacré par la jurisprudence française. « *En attendant – ou pas – une recodification du droit des obligations, l'obligation de renégocier présente cet avantage d'être conforme au principe de l'intangibilité sans pour autant exclure l'évolution du contrat* »⁵. Il suffirait, finalement, à la jurisprudence française, afin d'assurer l'adaptation du contrat à l'évolution des circonstances, tout en protégeant la sécurité juridique nécessaire aux parties, de conforter le fondement et le contenu de ce devoir.

140. Le fondement du devoir de renégocier. Il a très justement été remarqué que « *les moyens juridiques susceptibles de fonder une révision du contrat ne font pas défaut* »⁶. D'ailleurs, la Cour de cassation a su trouver des fondements au devoir de renégocier, qu'elle a pu imposer aux parties en vue de permettre l'adaptation du contrat.

La chambre commerciale s'est par exemple fondée sur l'article 1134, al. 3 du Code civil⁷, mettant alors en évidence le lien existant entre le devoir de renégocier et l'exigence de bonne foi pesant sur les parties à l'occasion de l'exécution du contrat⁸. Ce lien est relatif à

¹ V. *Ibid.*, art. 6.2.3. 3).

² V. *Ibid.*, art. 6.2.3. 4) : « *Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations* ».

³ V. *Principes du droit européen du contrat*, art. 7:101 Changement de circonstances. Cet article est d'ailleurs encore plus clair que les *Principes UNIDROIT* quant à l'existence d'un devoir de renégocier. Il dispose en effet que « *Si le contrat devient profondément déséquilibré, au cours de son exécution, à la suite d'un changement de circonstances raisonnablement imprévisible, les parties doivent le renégocier afin de le réviser ou de le résilier* » (nous soulignons). Et ajoute que « *Si, en dépit de la bonne foi des contractants, les négociations n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ceux-ci peuvent le résilier d'un commun accord ; à défaut, le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir* ».

⁴ V. MAZEAUD (D.), « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *art. préc.*

⁵ V. HOUTCIEFF (D.), « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *RLDC*, 2004, 6, n° 222, note sous Cass. civ. I, 16 mars 2004, *préc.*

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 470.

⁷ V. Cass. com., 3 nov. 1992, *préc.*

⁸ Pour la mise en évidence d'un tel lien en doctrine, V. not. TRIGEAUD (J.-M.), « Justice et fidélité dans les contrats », *APD*, vol. 28, 1983, S., p. 207 et s. ; *adde* FONTAINE (M.), « Portée et limites du principe de la convention-loi », *art. préc.*, spéc. p. 195 ; VAN OMMESLAGUE (P.), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *Ét. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 881 et s., n° 8 et s.

l'aspect comportemental de l'exigence de renégociation imposée à chaque partie au contrat¹. Seulement, le devoir de renégocier est un devoir plus actif et plus exigeant que le devoir de bonne foi². Un lien peut davantage être fait entre le devoir de renégocier et le devoir d'entraide, de coopération³. Et, à l'image de ce qui a été dit concernant le devoir de coopération⁴, l'article 1135 du Code civil s'avère plus adapté que l'article 1134, al. 3 pour fonder le devoir de renégocier le contrat. C'est ainsi à juste titre qu'une cour d'appel s'est précisément fondée sur cet article, pour exiger un tel devoir⁵. En effet, il a été vu que cet article permet au juge, notamment pour des raisons d'équité, de compléter le contrat de « suites », que sa « nature » impose⁶. Or, le devoir de renégocier est un comportement ajouté au contrat par le juge. Il est tout aussi lié à la « quantité à exécuter »⁷, qu'à la « qualité de l'exécution »⁸. Pour imposer l'observation d'un comportement aux parties, le juge doit nécessairement se fonder sur une disposition qui lui permet de compléter le contenu du contrat. Ainsi, et contrairement à ce qu'avance M. JACQUES⁹, comportement et contenu du contrat ne sont pas antinomiques. Bien au contraire, si l'objet de l'article 1135 est bien « l'enrichissement du contenu d'un accord de volontés en considération de son type ou de sa finalité »¹⁰, cela ne s'oppose pas à ce que cet enrichissement passe par la découverte de devoirs à la charge des parties. Et ces devoirs influent nécessairement sur le comportement des contractants lors de l'exécution du contrat. Le contenu du contrat ne se réduisant pas aux obligations qu'il fait naître, ses effets, tant prévus par les parties qu'ajoutés par le juge, peuvent très bien être de nature comportementale.

S'il est vrai que l'article 1135 du Code civil ne permet pas de fonder la révision pour imprévision, en ce qu'il ne donne pas au juge la possibilité de modifier les termes du contrat, il lui permet en revanche de le compléter et de jouer sur l'adaptabilité du contrat, sans remettre en cause son intangibilité, au moyen d'un devoir d'en renégocier les termes devenus déséquilibrés¹¹. Le devoir de renégocier peut alors être imposé aux parties en tant que suite comportementale du contrat qui les lie.

La nature de ce contrat, justifiant de le compléter d'une telle suite, reste cependant à déterminer. Il semble qu'un tel devoir puisse être associé aux contrats-coopération ou plus justement aux contrats s'inscrivant dans la durée, ce qui est le cas, la plupart du temps, des

¹ Cela justifie le recours au vocable de devoir, par préférence à celui d'obligation. La notion de devoir permet précisément de traduire la nature purement comportementale de la contrainte imposée par les juges aux contractants .V. *supra*, n° 48 et s.

² V. *supra*, n° 120.

³ V. not. PICOD (Y.), « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *art. préc.*, spéc. p. 68 et s.

⁴ V. *supra*, n° 134 et s.

⁵ V. CA Nancy, 26 sept. 2007, *préc.*

⁶ V. *supra*, n° 128.

⁷ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse *préc.*, n° 165.

⁸ V. *Ibid.*

⁹ V. *Ibid.*

¹⁰ V. *Ibid.*

¹¹ V. *Ibid.*, spéc. n° 169 et s.

contrats-coopération¹. Les liens qui existent entre les contractants justifient alors que s'imposent à eux un devoir de renégocier les termes d'un contrat devenu déséquilibré par l'effet de circonstances imprévues. L'effet du temps implique souvent un resserrement des liens entre les contractants, une relation d'habitude et de confiance. C'est donc plus exactement la durée qui va justifier l'existence d'un devoir de renégocier². Ce dernier devrait pouvoir être imposé aux parties par le juge, dans tout contrat successif, que la durée d'exécution du contrat soit déterminée ou indéterminée. Les parties à ce type de contrat sont alors, en vertu de l'article 1135 du Code civil, assujetties au respect du devoir d'en renégocier les termes en cas de changement de circonstances engendrant un déséquilibre de l'échange.

141. Le contenu du devoir de renégocier. Il est souvent souligné en doctrine que le devoir de renégocier implique en réalité un double comportement³. En effet, tout d'abord, il contraint chaque partie à entrer effectivement en discussion, c'est-à-dire à entreprendre la négociation (il s'agirait d'une « *obligation de résultat* »⁴). Ensuite, il met à leur charge une exigence de sérieux dans la conduite de ces négociations. C'est dire que les négociations doivent se dérouler de bonne foi (ce serait une « *obligation de moyens* »⁵). Il est vrai qu'il ne servirait à rien d'imposer aux parties d'amorcer la renégociation du contrat pour les autoriser à faire des propositions absurdes ou dérisoires afin de se libérer de cette contrainte. Le devoir de renégocier n'est ainsi observé que si chaque contractant a une véritable « *volonté d'aboutir* »⁶. Cette observation fait apparaître que la renégociation est une manifestation spécifique de la bonne foi du contractant dans les contrats de longue durée, bien que l'exigence de bonne foi s'y manifeste concomitamment sous sa forme fondamentale et générale comme l'interdiction de porter tort au cocontractant.

Si les discussions sont concluantes, les modifications convenues sont alors apportées au contrat, qui peut ainsi perdurer selon les nouvelles conditions.

À défaut d'accord, et si le juge est saisi par la partie lésée à la négociation, il lui appartient de constater, d'une part, s'il y a eu, ou non, discussion effective entre les parties, et le cas échéant, de juger, d'autre part, si cette discussion était utile et visait à assurer effectivement la sauvegarde de la relation contractuelle dans des conditions acceptables pour chacune d'elles. Dans la négative, le juge pourrait alors sanctionner le contractant fautif en

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 441 ; adde Cass. com., 3 nov. 1992, *préc.* ; 24 nov. 1998, *préc.*

² V. art. 1135-1 du Projet Catala : cet article encourage expressément les parties « *dans les contrats à exécution successive ou échelonnée* » à « *s'engager à négocier une modification de leur convention* ».

³ V. not. CÉDRAS (J.), « L'obligation de négocier », *RTD Com.*, 1985, p. 265 et s., spéc. p. 284 ; adde TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 474 ; THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse *préc.*, n° 801 et s.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 474.

mettant à sa charge une obligation d'indemnisation¹, voire prononcer la résiliation du contrat s'il s'avérait que son utilité dussent être irrémédiablement entravée². Il pourrait encore être envisagé de permettre au juge de forcer les parties à la renégociation sous astreinte afin qu'elles parviennent à un nouvel accord³. En tout état de cause, à défaut d'admission de la révision pour imprévision en droit français, le juge ne saurait modifier lui-même les termes du contrat.

142. Les causes diverses de la spécificité du devoir. Certains devoirs sont dits spéciaux en ce qu'ils s'inscrivent dans certains types de contrats particuliers et ne s'imposent donc pas à tout contractant, quelle que soit la situation contractuelle concernée. D'autres devoirs peuvent être qualifiés de spéciaux, non en ce qu'ils s'inscrivent spécifiquement dans le cadre de certains contrats, mais en ce qu'ils sont dus par des contractants ayant une qualité singulière. Il s'agit des devoirs spéciaux imposés au contractant en raison de sa qualité de professionnel⁴.

3. Les devoirs contractuels spéciaux liés à la qualité de professionnel

143. Les différentes sources des devoirs professionnels. L'ordre juridique général fait peser sur le professionnel, en ce qu'il est celui qui dispose du « *savoir* » ou du « *savoir-faire* » – mais aussi en raison du fait qu'il est spécialement assuré pour sa responsabilité professionnelle – des exigences comportementales particulièrement lourdes. Le professionnel doit observer certains devoirs spécifiques, en raison de son intégration à un certain corps de profession.

Ces devoirs proviennent de différentes sources.

Tout d'abord, beaucoup de professions connaissent un ensemble de devoirs qui s'imposent à leurs membres. Ces prescriptions comportementales que le professionnel doit adopter dans l'exercice de sa profession relèvent de la déontologie professionnelle⁵. Des

¹ V. *infra*, n° 370 et s.

² V. *infra*, n° 576 et s.

³ V. *infra*, n° 361.

⁴ V. not. LE TOURNEAU (Ph.), « Les obligations professionnelles », in *Mél. L. Boyer*, 1996, PU sc. Soc. Toulouse, p. 365 et s.

⁵ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Déontologie : « (Terme créé par BENTHAM : Deontology or the science of morality, 1834, posthume) : Théorie des devoirs. Ce mot ne s'applique pas à la science du devoir en général, au sens kantien : il porte au contraire avec lui l'idée d'une étude empirique de différents devoirs, relative à telle ou telle situation sociale. Il est particulièrement employé en français dans l'expression Déontologie médicale (théorie des devoirs professionnels du médecin). » ; adde GUTMANN (D.), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *APD*, t. 44, 2000, p. 115 et s.

codes de déontologie¹ existent, par exemple, pour les médecins², les avocats³, les experts comptables⁴, les commissaires aux comptes⁵, les conseillers en gestion de patrimoine⁶, etc. Ces codes posent des normes de comportement que le professionnel doit adopter dans le cadre de l'exercice de sa profession, tant à l'égard des autres membres, qu'à l'égard des clients⁷. Le manquement à ces devoirs professionnels peut entraîner des sanctions disciplinaires prononcées par l'autorité de la profession⁸.

Ensuite, le législateur fait occasionnellement référence à des comportements que le professionnel doit adopter en fonction des « *usages de la profession* »⁹. En outre, il est parfois recouru à un standard général, similaire à celui de l'« *homme raisonnable* » – ancien « *bon père de famille* »¹⁰ – mais propre au professionnel. Il s'agit du devoir de se comporter en « *bon professionnel* »¹¹.

Enfin, depuis plusieurs dizaines d'années, la jurisprudence met régulièrement à la charge des professionnels vis-à-vis de leurs clients, un devoir de conseil¹². Il a pu être justement remarqué que « *les auteurs associent souvent [...] le terme d'obligation avec celui d'information ou de renseignement, réservant le terme de devoir à l'expression « devoir de conseil »* »¹³. Sur ce point de vocabulaire, la jurisprudence s'avère particulièrement fluctuante et peu précise, puisqu'elle évoque parfois ces expressions comme synonymes¹⁴. Si certains arrêts évoquent bel et bien un « *devoir de conseil* »¹⁵, d'autres imposent une « *obligation de*

¹ La formulation est variable : V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 505 : « *Dans l'ordre international, comme dans l'ordre interne, cette formulation des comportements souhaitables s'opère alors sous forme de codes de conduite, ou de bon comportement, de codes d'usages, de devoirs professionnels, de pratiques loyales, d'éthique ou de déontologie ; la terminologie est diverse.* ».

² V. D. n° 95-1000, 6 sept. 1995 portant code de déontologie médicale ; D. n° 2012-694, 7 mai 2012, portant modification du code de déontologie médicale.

³ V. D. n° 2005-790, 12 juill. 2005, art. 6, relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

⁴ V. D. n° 2007-1387, 27 sept. 2007, portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable.

⁵ V. D. n° 2005-1412, 16 nov. 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes ; D. n° 2010-131, 10 févr. 2010 modifiant le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes.

⁶ V. PELLISSIER-TANON (A.), « La déontologie du conseil en gestion de patrimoine : bilan et prospective », *GP*, 22 avr. 2000, n° 113, p. 4.

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 505.

⁸ V. Cass. civ. I, 5 nov. 1991, n° 89-15179, *RTD Civ.*, 91, 2, avr.-juin 1992, p. 383 : « *les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires* ».

⁹ V. not. dans le cadre du contrat d'édition : art. L. 132-12 CPI : « *L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession.* ».

¹⁰ V. L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 26.

¹¹ V. not. art. L. 134-4 C. com. : « *L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel* ».

¹² V. not. LE TOURNEAU (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.*, 1987, chron., p. 101 et s. ; *adde* « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, ch., p. 21 et s.

¹³ V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 4.

¹⁴ V. not. Cass. civ. III, 13 juin 1973, n° 71-11675 : cet arrêt dit que « *l'entrepreneur [est] tenu d'un devoir de conseil dans sa spécialité* », ainsi il « *avait manqué à ses obligations en omettant d'informer* » ; *adde* Cass. com., 12 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 352, *RTD Civ.*, 1993, 116, obs. MESTRE (J.).

¹⁵ V. Cass. civ. III, 13 juin 1973, *préc.* ; Cass. civ. I, 7 juin 1995, *préc.* ; Cass. civ. III, 22 juill. 1998, *préc.*

conseil » au professionnel¹. Néanmoins, la plupart du temps l'information est qualifiée d'« obligation », tandis que le conseil est qualifié de « devoir », et l'information est alors distinguée du conseil quant à sa portée². Or, cette différence de portée implique précisément que le devoir de conseil soit différencié de l'obligation d'information³. Une telle distinction est tout à fait majeure.

En effet, d'une part, le devoir de conseil est une exigence comportementale traduisant une nécessaire collaboration du professionnel avec son partenaire. Il s'agit d'une contrainte plus lourde qu'un simple échange d'informations⁴. Le devoir de conseil implique une attention constante, une coopération continue du professionnel. Il s'inscrit dans la durée de la relation qui le lie au client. En revanche, l'information est un service rendu en un temps déterminé, pour satisfaire un besoin précis du partenaire. Elle n'est alors pas l'expression d'une coopération, mais d'un échange monnayé⁵.

D'autre part, l'information n'est pas forcément due par un professionnel, mais par toute personne qui dispose d'un élément dont la connaissance s'avère déterminante pour le cocontractant, qui peut lui-même être un professionnel⁶. En revanche, le devoir de conseil ne peut être exigé que du « sachant », c'est-à-dire celui qui a « *des connaissances plus étendues* »⁷, à savoir précisément le professionnel. Le devoir de conseil est ainsi une notion qui renvoie nécessairement à la qualité du contractant⁸. Il est spécialement attendu du professionnel à l'égard du profane, et même, de plus en plus, vis-à-vis du contractant « non averti ». Cette qualification traduit l'adoption d'une conception large de la qualité de bénéficiaire du devoir de conseil par la jurisprudence. Ces bénéficiaires peuvent être eux-mêmes des professionnels⁹.

¹ V. Cass. civ. III, 12 oct. 1978, n° 77-11740 ; Cass. civ. I, 20 juin 1979, Bull. civ. n° 190 ; Cass. com., 21 nov. 1989, Bull. civ. n° 295 ; Cass. civ. I, 5 déc. 1995, Bull. civ. n° 453 ; Cass. civ. III, 2 oct. 2002, Bull. civ. n° 196.

² V. not. Cass. civ. I, 18 mai 1989, *RCA*, 1989, n° 267 ; CA Rouen, 18 mai 1973, *D.*, 1973, 752 ; *RTD Civ.*, 1974, 164, obs. CORNU (G.).

³ En ce sens, V. not. LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, D. action, 10^e éd., 2014, n° 3350, p. 1108 ; *adde* PETIT (B.) et ROUXEL (S.), « Contrats et obligations, Obligation d'information », *Jcl. civ.*, Art. 1136 à 1145, fasc. 50, LexisNexis, juin 2015, n° 53 et s.

⁴ V. not. GRYNBAUM (L.), *Droit civil, Les obligations*, Hachette, 2005, n° 75 : « *Le devoir de conseil (...) représente le degré le plus élevé de l'obligation d'information* » ; *adde* LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3367, p. 1114 : il s'agit d'« *une charge plus lourde que la simple obligation de renseignements* ».

⁵ V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 6.

⁶ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 776 : « *le principe est qu'un contractant, même non professionnel doit informer son cocontractant, même lorsqu'il est un professionnel, dès lors que sa compétence ne lui permet pas de connaître la chose vendue* ». Ainsi, par exemple, l'emprunteur doit informer le prêteur sur ses ressources. Or, l'emprunteur peut avoir la qualité de client consommateur, il n'en est pas moins tenu à une obligation d'information vis-à-vis du cocontractant (V. art. L. 311-9 et -10 C. conso.).

⁷ V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 478.

⁸ V. PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, 2^e année, Les obligations*, *op. cit.*, n° 343.

⁹ V. not. Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; 20 oct. 2009, *préc.* ; 12 janv. 2010, n° 08-20898 ; 26 janv. 2010, n° 08-70423 ; 11 mai 2010, n° 09-13080 ; 22 juin 2010, n° 09-12602.

144. Le fondement du devoir de conseil du professionnel contractant. Le devoir de conseil, ajouté aux contrats liant un professionnel et son client par la jurisprudence, a pu faire l'objet d'interrogations quant à son fondement.

S'il semble s'inscrire dans le cadre particulier du contrat, en tant qu'effet de sa conclusion – justifiant que les juges se fondent sur les articles 1135 et 1147 pour en sanctionner le manquement¹ – le renforcement progressif de cette exigence à l'égard de certains professionnels a entraîné un détachement de ce devoir du contrat. En effet, par exemple, la jurisprudence s'appuie désormais sur les articles 1382 et 1383 du Code civil pour sanctionner le notaire² en cas de manquement à son devoir de conseil, y compris à l'occasion de l'exécution du contrat le liant à son client³. Il semble alors que ce soit davantage le statut d'officier public, plutôt que la qualité de contractant professionnel, qui fonde le devoir de conseil du notaire⁴.

Or, si un recours aux règles de la responsabilité délictuelle se justifie en l'absence de lien contractuel, il n'empêche que la relation du professionnel et de son client implique l'existence d'un contrat. Dans ce dernier cas, le devoir de conseil intègre la relation interindividuelle spécifique qui lie le professionnel à son client, et doit permettre la bonne fin du contrat, c'est-à-dire en assurer l'utilité pour le cocontractant. Il répond à un « *souhait d'équilibre contractuel* »⁵. Son observation a alors une « *incidence sur l'exécution du contrat* »⁶. En effet, l'assujettissement contractuel que subissent les parties explique que ces dernières soient soumises aux contraintes objectives qui s'ajoutent à leurs prévisions subjectives. En ce qu'elles intègrent le cadre spécifique du contrat, ces contraintes objectives tendent spécialement à assurer sa bonne poursuite. Elles passent par le filtre du contrat. Cela justifie que le devoir puisse être qualifié de contractuel, et que son manquement entraîne l'application de remèdes propres au contrat⁷. Et inversement, le fait qu'il existe une relation contractuelle entre le professionnel et le bénéficiaire du conseil entraîne certaines conséquences sur ce devoir de conseil. En effet, l'existence d'un contrat peut impliquer certaines limites au devoir de conseil. Le contrat tendant « *à atteindre la finalité définie par les parties* », le notaire ne peut, par exemple, se voir reprocher de ne pas avoir conseillé son client sur « *la possibilité de*

¹ V. not. à la charge du vendeur professionnel : Cass. civ. I, 3 juill. 1985, Bull. civ., I, n° 211, *JCP G*, 1986, IV, 320 : « vu l'article 1135 [...] il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner ».

² C'est d'ailleurs à la charge du notaire que le devoir de conseil a été imposé pour la première fois par la jurisprudence, V. Cass. civ., 2 avr. 1872, *DP*, 1872, I, 363.

³ V. par ex. Cass. civ. I, 13 déc. 2012, n° 11-19098.

⁴ V. BERNARD De SAINT AFFRIQUE (J.), « Du devoir de conseil », *art. préc.*

⁵ V. MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, n° 17, 26 avr. 2000, I, 222. V. *supra*, n° 90.

⁶ V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 282 et s.

⁷ V. *infra*, n° 339 et s.

réaliser un projet de construction qui n'était pas mentionné dans l'acte et dont le notaire n'avait pas connaissance »¹.

Le devoir de conseil imposé au professionnel dans le cadre d'un rapport contractuel doit trouver son fondement dans une norme permettant de compléter le contrat d'une telle « suite ». L'article 1135 du Code civil s'avère ainsi être le fondement approprié du devoir de conseil contractuel².

Il est vrai qu'il se peut que le manquement au devoir de conseil par le professionnel, à l'occasion de l'exécution d'un contrat, cause un préjudice tant au cocontractant, qu'à un tiers à l'acte juridique³. En effet, à l'image du devoir de sécurité⁴, il s'agit d'un devoir qui trouve des applications en dehors du contrat. Seulement, lorsqu'il s'inscrit dans le contrat, l'interaction du subjectivisme et de l'objectivisme au fondement de la force obligatoire de l'acte, implique que les parties puissent l'aménager, l'étendre ou le réduire⁵, en fonction de l'objectif poursuivi, et sous le contrôle du juge. D'ailleurs, « la qualité du client influe sur l'intensité du devoir de conseil »⁶. Le devoir de conseil s'inscrit, en matière contractuelle, dans une véritable relation de coopération, le client devant, en fonction de ses compétences, mettre en mesure le professionnel de correctement le conseiller. Ainsi, par exemple, l'acheteur qui n'indique pas l'usage auquel il destine la chose ne peut pas se prévaloir du manquement du vendeur à son devoir de conseil⁷. La différence des rapports existant entre le professionnel et son client d'une part, et le professionnel et un tiers éventuellement victime d'un défaut de conseil d'autre part, justifie une distinction quant aux effets du manquement à ce devoir⁸.

Un même problème de fondement a pu être soulevé à l'égard du devoir de secret ou de réserve imposé à certains professionnels.

145. Le fondement du devoir de secret du professionnel contractant. Le devoir de conseil du professionnel est souvent confronté à son devoir concomitant de réserve, de secret, de discrétion. Ce devoir propre à certaines relations contractuelles, principalement dans le domaine des affaires, vient en effet limiter le devoir de conseil s'imposant au

¹ V. Cass. civ. III, 13 juill. 1994, n° 92-14298 ; Cass. civ. I, 16 janv. 1996, n° 93-19610 ; Cass. civ. III, 17 janv. 1996, n° 93-15538 ; *adde* BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », in *Ét. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139 et s.

² V. not. Cass. civ. I, 2 juill. 2014, n° 13-10076, *JCP E*, n° 4, 22 janv. 2015, n° 1037, p. 36 et s., note VANULS (C.).

³ V. not. Cass. civ. I, 6 oct. 2011, n° 10-19190 et 10-30797.

⁴ V. *supra*, n° 125 et s.

⁵ Si le professionnel ne doit pas pouvoir s'exonérer de sa responsabilité en cas de manquement au devoir de conseil, il doit pouvoir, en revanche, limiter l'étendue de ce devoir : V. Cass. civ. I, 10 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 318, D., 97, som. 173, obs DELEBECQUE (Ph.). V. *infra*, n° 401 et s.

⁶ V. LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 5457, p. 1540 (c'est l'auteur qui souligne). V. not. Cass. com. 14 mars 2000, *JCP E*, 2000, p. 1430, note TALLON (D.).

⁷ V. not. Cass. com., 6 janv. 1982, Bull. civ. IV, n° 7 ; *adde* MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *art. préc.*

⁸ V. *infra*, n° 379.

professionnel¹. Il a pu être relevé que son fondement fait l'objet de discussions². Selon M. PICOD, « *l'obligation de réserve du banquier* » serait « *une manifestation de son devoir de loyauté qui l'oblige à ne pas s'ingérer dans les affaires de son client et à observer à son égard une certaine neutralité* »³. Or, si ce devoir est une manifestation spéciale du devoir de coopération, il ne peut s'intégrer que dans le cadre de relations contractuelles spécifiques, que ce soit en fonction de la nature du contrat, ou de la qualité du contractant qui y est tenu. Il semble en l'occurrence, que ce devoir soit lié à certaines relations d'affaires impliquant un professionnel, ayant accès à des informations confidentielles⁴. Il s'agit, par exemple, d'un devoir s'imposant au banquier vis-à-vis de son client. Ici encore, l'article 1135 du Code civil explique qu'une telle contrainte puisse s'imposer aux contractants.

146. Devoirs et incombances, contraintes découlant de l'assujettissement au contrat. À l'exception du devoir de bonne foi qui est consubstantiel à l'exécution de tout contrat, et qui trouve son fondement dans l'article 1134, al. 3 du Code civil, l'ensemble des devoirs ajoutés au contrat par le juge doivent trouver leur fondement dans l'article 1135, qui permet que le contenu du contrat soit complété des « *suites* » que sa « *nature* » impose. Ces dispositions montrent que le contrat, en tant que norme juridique, intègre des exigences objectives, qui en dépassent parfois le cadre. Mais au-delà, les parties conservent leur pouvoir créateur et peuvent ajouter expressément des devoirs à leur charge. Aussi la force obligatoire du contrat trouve-t-elle son fondement dans une interaction constante du subjectivisme et de l'objectivisme⁵. En ce qu'elles sont assujetties au respect de la norme contractuelle, les parties sont tenues d'observer l'ensemble des contraintes qui en découlent, qu'elles soient de source légale, jurisprudentielle, ou volontaire. Elles sont ainsi tenues d'observer divers devoirs contractuels. Mais également, l'assujettissement des parties au contrat implique parfois qu'elles doivent observer des comportements spécifiques en vue d'obtenir un avantage attendu du contrat. Il s'agit précisément des incombances contractuelles.

¹ Il s'agit d'une hypothèse de conflit de devoirs (sur la question des conflits de devoirs, V. *infra*, n° 189), que la jurisprudence résout le plus souvent en fonction des circonstances propres à l'affaire. V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 186.

² V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc., p. 133.

³ V. *Ibid.*, p. 135.

⁴ V. OPPETIT (B.), « Éthique et vie des affaires », in *Mél. Colomer*, 1993, p. 319 et s.

⁵ V. not. DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, thèse préc., p. 160 : « *Entre le psychologisme individuel [...] et l'objectivisme social [...], il faut trouver une liaison, montrer que chacun met en évidence une facette seulement de la réalité* » ; adde RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961, p. 11 ; HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, 1971, spéc. n° 7 ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 93 et s. ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 1122 ; REVET (T.), « Objectivation ou subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 83 et s.

§2- Les incombances nées de l'assujettissement contractuel

147. Un fondement discuté. L'incombance n'ayant pas, pour l'heure, fait l'objet d'une reconnaissance unanime en droit français, la question de son fondement n'a pas retenu l'attention de beaucoup d'auteurs. De plus, parmi les juristes français s'étant interrogés sur cette notion, peu de propositions ont été faites quant à l'explication de son fondement.

Toutefois, MME BOUCARD a avancé que si « *l'incombance permet d'affiner l'analyse des effets du contrat* »¹, elle ne peut cependant se rattacher à aucune des normes distinguées par M. ANCEL, à savoir « *l'obligationnel* » et « *l'obligatoire* »². L'auteur convient ainsi que l'incombance est un effet du contrat, mais considère qu'elle ne peut correspondre, ni à son effet obligationnel – puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation – ni à son effet obligatoire – puisqu'elle se distingue de la force obligatoire du contrat. Il s'agirait ainsi d'une troisième catégorie d'effet du contrat, distincte des précédentes³. Selon l'auteur, « *l'incombance ne se ramène pas plus à l'impératif de respect du contrat qu'à l'obligation de l'exécuter. En effet si le créancier ne peut méconnaître sa force obligatoire, par ex. le terme fixé pour l'exécution (...), il peut parfaitement ne pas se conformer à ses incombances (...), par ex. la mise en demeure du débiteur. Ces deux normes de comportement sont différentes et l'incombance reste extérieure à l'engagement tel que le définit P. ANCEL* »⁴.

Bien que séduisante *a priori*, cette proposition se heurte à certaines limites. En premier lieu, il semble que MME BOUCARD considère la force obligatoire comme un effet du contrat. Or, il ne paraît pas que ce soit la vue qu'en retienne M. ANCEL. En effet, selon lui, le concept de force obligatoire « *« coiffe » en quelque sorte tous les effets du contrat* »⁵. En second lieu, il paraît difficile de rattacher les incombances aux effets du contrat, tout en les distinguant de la force obligatoire. En tant qu'effet du contrat, l'incombance fait partie du contenu de l'acte, elle est inhérente à l'engagement du contractant. Or, cet engagement a force obligatoire.

L'auteur reconnaît toutefois que cette conception dépend de l'analyse retenue de la notion d'engagement. Or, il semble justement que MME BOUCARD en retienne un sens plus restrictif que celui défendu par M. ANCEL, puisque ce dernier a pu très clairement rattacher les incombances à la force obligatoire du contrat.

148. L'incombance, un effet du contrat ayant force obligatoire. M. ANCEL a remarqué que parmi les effets du contrat que « *coiffe* » la force obligatoire, en existent

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.* : « *il convient de transformer ce diptyque en triptyque, en ajoutant l'incombance à ces engagements* ».

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 15.

certain, souvent qualifiés à tort d'obligations, dont la particularité implique qu'ils soient mis en évidence à l'aide d'un concept autonome¹. La découverte de ces contraintes étant d'ailleurs, selon l'auteur, facilitée par la distinction opérée entre force obligatoire et contenu obligationnel. En effet, reconnaître que le contrat ne donne pas uniquement naissance à des obligations, mais également à des contraintes comportementales qui ne sauraient y être assimilées sous peine d'en déformer le sens, permet précisément de mettre au jour ces exigences spécifiques que sont les incombances².

En tant qu'exigence comportementale s'imposant au contractant à l'occasion de l'exécution du contrat, l'incombance est une conséquence juridique attachée à la conclusion de l'acte dans lequel elle s'insère. Elle en est toutefois un effet particulier, car l'observation de l'incombance permet à celui sur qui elle pèse de bénéficier d'un avantage attendu du contrat, c'est-à-dire de tirer profit des bénéfices offerts par le contrat. Dans ce cas, la force obligatoire signifie que si le contractant veut bénéficier de la prérogative attachée au contrat, il doit observer le comportement posé en condition préalable à la jouissance du droit.

Ainsi, peu importe sa source, l'incombance intègre la norme contractuelle à partir du moment où elle est attendue du contractant à l'occasion de l'exécution du contrat. L'assujettissement des parties lié à la force obligatoire de la norme permet de fonder cette contrainte de comportement spécifique, posée en condition de l'exigibilité d'un avantage attendu du contrat³. Les incombances sont « *parmi tous les comportements que son assujettissement impose au débiteur* »⁴, et leur non-respect « *caractérise une atteinte à la force obligatoire du contrat et à la foi contractuelle* »⁵.

149. La diversité des sources des incombances contractuelles. Les incombances existent en nombre en droit français, souvent à l'état d'innommées. Tout comme les devoirs contractuels, les incombances contractuelles peuvent avoir différentes sources. Elles n'en restent pas moins contractuelles en ce qu'elles pèsent sur le contractant en raison de la conclusion du contrat qui leur donne effet. Lorsqu'elles sont de source objective, les incombances peuvent intégrer divers types de contrats, cela, tout d'abord en raison de l'existence de dispositions spéciales à chaque contrat, ce qui a trait au droit des contrats spéciaux (A). Mais ce n'est pas toujours la conclusion d'un certain type de contrat qui justifiera que l'une des parties se trouve assujettie au respect d'une incombance. En effet, il sera vu qu'une incombance peut être plus spécialement liée, en vertu de la loi, à la stipulation

¹ V. *Ibid*, spéc. n° 16.

² V. *Ibid*.

³ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 29 et s. ; *adde* « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *art. préc.*, n° 37 : « la portée de l'effet obligatoire du contrat est (...) large, car il s'applique à tous les éléments composant la situation contractuelle ».

⁴ V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 16.

⁵ V. *Ibid*.

d'une condition mixte, ce qui a trait au droit commun des contrats (B). Par ailleurs, si la particularité de la sanction de l'incombance exclut la possibilité que cette dernière puisse être d'origine prétorienne¹, elle peut toutefois être expressément ajoutée au contrat par les parties (C).

A- Les incombances résultant de dispositions spécifiques à certains contrats

150. La diversité des sources objectives. Parmi les incombances issues du droit objectif, certaines trouvent leur source dans une norme internationale, et plus spécialement dans la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* de 1980 (CVIM)². Elles s'imposent ainsi très précisément dans le cadre du contrat de vente international (1). Mais la plupart ont leur origine en droit interne, et sont de source légale (2).

1. Les incombances issues de la CVIM

151. L'importance de la CVIM comme source d'incombances. Il existe en matière de ventes internationales de marchandises un corps de règles substantielles propres à la vente internationale, d'origine internationale et intégré au droit français depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de Vienne*. Ce corps de règles ne vise que les ventes internationales de marchandises au sens de la convention. Pour les autres, ce sont les règles internes qui s'appliquent. La *Convention de Vienne* est le fruit d'un compromis entre des traditions juridiques différentes. La tradition juridique française a été prise en considération mais la CVIM traduit également des influences importantes des droits anglo-saxon et allemand. L'inspiration de ce dernier explique d'ailleurs la place que trouvent les incombances dans le texte, ce qui a permis de les révéler aux yeux de quelques juristes français³. En effet, cette

¹ En ce sens V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 497. Sur le principe de légalité de la déchéance, en tant que peine privée V. *infra*, n° 438.

² V. *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises* du 11 avr. 1980, Décr. n° 87-1034 du 22 déc. 1987, JO 27 déc. 1987, p. 15241.

³ V. not. AUDIT (B.), *La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980)*, LGDJ, 1990, n° 85 ; HESBERT (J.), « Conformité de la vente dans les règles unifiées internationales et conformité des documents dans les règles et usances relatives aux crédits documentaires », *LPA*, 1^{er} févr. 2002, n° 24, p. 4 et s. ; HEUZÉ (V.), *La vente internationale de marchandises : droit uniforme, Traité des contrats* (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 308 et s. ; KAHN (P.), *La vente commerciale internationale*, préf. B. Goldman, S., 1961 ; « La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC*, 1981, p. 951 et s. ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 322 et s. et 409 et s. ; NEUMAYER (K.H.) et MING (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Cédidac, Lausanne, F. Dessemontet, 1994 ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RDAI*, 1988, p. 27 et s., n° 23 ; PLANTARD (J.-P.), « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 », *JDI*, 1988, n° 2, p. 311 et s.

convention comprend plusieurs articles qui imposent des incombances aux parties au contrat de vente international. Parmi eux, certains rappellent des règles équivalentes en droit interne (a), tandis que d'autres sont exclusivement consacrés par la *CVIM* (b).

a. Les incombances de la *CVIM* avec équivalents en droit interne

152. L'incombance de l'article 38-1) de la *CVIM* et ses équivalents en droit interne. En vertu de l'article 38-1) il incombe à l'acheteur d'examiner la marchandise, le plus rapidement possible afin de dénoncer le défaut apparent de la chose faisant l'objet de la vente, sous peine de quoi la livraison est réputée agréée. Cet article trouve son pendant en droit interne à l'article 1642 du Code civil qui dispose que « *Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* ». Et il apparaît de manière implicite dans l'article 1648 relatif à la dénonciation des vices cachés. De plus, une disposition similaire réside en l'article 1638 du Code civil, relatif à la dénonciation des servitudes apparentes¹.

Tout comme la *CVIM*², et les dispositions comparables que connaissent des systèmes juridiques voisins³, le droit interne ne prévoit aucun délai précis pour effectuer cet examen⁴. Quoi qu'il en soit, en vertu de ces textes, l'acheteur doit dénoncer diligemment les vices apparents qu'il observe lors de l'examen de la chose. Plusieurs auteurs ont pu, à juste titre, considérer que ces textes font peser une incombance sur l'acheteur⁵. En effet, la dénonciation

¹ V. art. 1638 C. civ. : « *Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité.* » ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 344.

² La *CVIM* évoque le respect d'un « *délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances* » ; adde Trib. sup. du canton de Lucerne (*Obergericht des Kantons Luzern*), 8 janv. 1997 : Un délai de dix jours après la livraison apparaît approprié pour l'examen requis par l'art. 38 *CVIM*, eu égard à la grande quantité de marchandises, à leur emballage dans des cartons et à la nature durable des biens concernés.

³ Le § 377 I HGB exige qu'il l'effectue « *sans retard (unverzöglich)* », et l'art. 201 I CO, « *aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires* ».

⁴ V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 42 ; adde AUDIT (B.), *La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980), thèse préc.*, n° 105.

⁵ En droit français, V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, spéc. n° 492 et s. ; en droit international, V. not. *Ibid.*, n° 151 et s. ; adde BIANCA (C.M.) et BONELL (M.J.), (eds.) *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* Giuffrè, Milan, 1987 ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.*, n° 23 ; en droit allemand, V. not. STAUDER (B.), « Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets corporels en droit allemand de la vente », in *Les ventes internationales de marchandises. Problèmes juridiques d'actualité*, Colloque Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Faculté d'Aix en Provence, 7-8 mars 1980, *Economica*, 1981, p. 123 et s. ; WITZ (Cl.), *Droit privé allemand* 1. *op. cit.*, n° 579 ; en droit suisse : STAUDER (B. et H.), « Conformité et garantie en droit suisse de la vente », in *Les ventes internationales de marchandises. Problèmes juridiques d'actualité*, *op. cit.*, p. 161 et s.

diligente des défauts de la chose par l'acheteur conditionne son droit de se prévaloir d'un refus d'agréer la chose objet de la vente.

153. L'incombance de l'article 39-1) de la CVIM et ses équivalents en droit interne. L'article 39-1) impose à l'acheteur de dénoncer la survenance d'un vice caché dans un délai raisonnable, s'il veut pouvoir se prévaloir du défaut de conformité¹. Cette règle trouve son équivalent en droit français à l'article 1648 du Code civil. En vertu de cette disposition, et depuis l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, l'acheteur dispose d'un délai de deux ans à compter de la découverte du vice pour en déclarer la survenance. L'ordonnance a remplacé le « *bref délai* » antérieurement indiqué – à l'image de ce que prévoit la CVIM – par un délai de deux ans². En vertu de ces textes, la dénonciation diligente du défaut par l'acheteur conditionne la recevabilité de sa demande en garantie des vices cachés. Ainsi, plusieurs auteurs ont très justement pu considérer que ces textes font également peser une incombance sur l'acheteur³.

La loi française n'indique pas précisément la sanction encourue. En revanche la *Convention de Vienne* précise bien qu'il s'agit d'une déchéance : l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il n'agit pas dans un délai raisonnable. Il perd la possibilité de se prévaloir d'un élément de fait en sa faveur. Cela a pu être confirmé en jurisprudence⁴. À travers cet exemple, un lien a ainsi été fait entre le prononcé d'une déchéance et le manquement à une incombance⁵.

Par ailleurs, une règle similaire à celle des articles 39-1) CVIM et 1648 du Code civil est posée à l'article 1622 du Code civil. En effet, cet article dispose que « *L'action en*

¹ V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 151 et s. ; adde BIANCA (C.M.) et BONELL (M.J.), (eds.) *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention Giuffrè, op. cit.* ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *op. cit.*, n° 23 ; KAHN (P.), « La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.* ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, thèse préc.*, n° 322 et s. et 409 et s.

² Sur l'évolution historique du bref délai, V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 110 et s.

³ En droit français, V. not. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, spéc. n° 492 et s. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 922 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats, thèse préc.*, n° 67 ; en droit international, V. not. BIANCA (C.M.) et BONELL (M.J.), (eds.) *Commentary on the International Sales Law, op. cit.* ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 151 et s. ; KAHN (P.), « La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.* ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, thèse préc.*, n° 322 et s. et 409 et s. ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.*, n° 23.

⁴ V. not. CA Riom, ch. com., 29 mars 2006, *Estival c/ SRL Gruppo 80 Kriziapoi*, J.-D. n° 2006-304787 ; Cass. civ. I, 8 avr. 2009, n° 08-10678.

⁵ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 150 et s.

supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance ». En vertu de cette règle l'acheteur dispose d'une action en dénonciation du déficit de contenance – il peut demander la réduction du prix ou la résiliation du contrat – et le vendeur d'une action en dénonciation de l'excès de contenance – il peut demander un supplément de prix à l'acheteur – s'ils dénoncent le défaut de conformité de la contenance dans l'année suivant la conclusion du contrat¹. Il a été justement remarqué que « *l'article 1622 déchoit de la garantie l'acheteur négligent qui omet de vérifier rapidement la contenance indiquée, ou qui, ayant découvert le déficit, tarde à s'en prévaloir. Qui ne voit l'analogie avec l'article 1648 ?* »². En l'occurrence, le comportement à adopter est – à l'image de ce que prévoit l'article 1648 du Code civil en matière de garantie contre les vices cachés – une dénonciation diligente d'un défaut de contenance – déficit ou excès. L'acheteur comme le vendeur ne sont pas obligés de procéder à cette dénonciation, seulement, s'ils n'y procèdent pas, ils perdent le droit de s'en prévaloir ultérieurement.

À côté de ces règles qui connaissent un texte équivalent en droit interne, d'autres articles de la *CVIM* contiennent une incombance à la charge d'une partie au contrat de vente qui sont spécifiques aux règles du contrat de vente international car il n'y a pas de règle similaire dans les codes français.

b. Les incombances de la *CVIM* sans équivalent en droit interne

154. L'incombance de l'article 43-1) de la *CVIM*. L'article 43-1) prévoit que « *L'acheteur perd le droit de se prévaloir des dispositions des articles 41 et 42 s'il ne dénonce pas au vendeur le droit ou la prétention du tiers, en précisant la nature de ce droit ou de cette prétention, dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu connaissance ou aurait dû en avoir connaissance* ». En vertu de cette règle, la dénonciation diligente de la prétention ou du droit du tiers au vendeur conditionne le droit à la garantie d'éviction pour l'acheteur³. Il a pu être mis en avant que cette règle de droit international est semblable à celle de l'article 39-1)⁴. Cependant, à la différence de l'article 39-1) – ainsi que de l'article 38-1) – l'article 43-1) ne trouve aucune disposition similaire en droit interne.

En effet, l'article 1640 du Code civil dispose que « *la garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont*

¹ V. *Ibid.*, n° 380.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*, n° 346 et s. et n° 492 et s. ; *adde* KAHN (P.), « La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.* ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *art. préc.*

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 346.

l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande ». Cet article ne prévoit pas de déchéance du droit à la garantie d'éviction pour l'acheteur qui ne dénonce pas au vendeur la prétention du tiers en temps utile. Il prévoit seulement que le vendeur doit rapporter la preuve de l'existence de moyens permettant de faire échec à la demande de l'acheteur en garantie d'éviction, et donc de l'absence de manquement à son obligation de garantir l'éviction d'un tiers. Le mécanisme correspondrait davantage à une incombance assortie d'une déchéance s'il n'était pas fait référence à la pertinence de la preuve apportée par le vendeur, car c'est alors cet élément qui justifie que la garantie pour cause d'éviction cesse, et non la négligence de l'acheteur¹.

D'autres incombances prévues par la *CVIM* ne trouvent pas d'équivalent dans les textes de droit interne. Il en va ainsi de celles qui accompagnent la mise en œuvre d'une sanction.

155. L'incombance de l'article 49 de la *CVIM*. En vertu de l'article 49-1) de la *CVIM*, la résolution du contrat fait partie des moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur, et plus précisément, si l'inexécution de l'une de ses obligations constitue une contravention essentielle au contrat ou si, en cas de défaut de livraison, le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai imparti. Or, en sa deuxième partie, le texte précise que l'acheteur qui, en cas de livraison tardive ou de toute autre contravention du vendeur, ne déclare pas le contrat résolu dans un délai raisonnable à partir du moment où il a su que la livraison avait été effectuée, ou qu'il a eu ou aurait dû avoir connaissance de la contravention, ou après l'expiration du délai supplémentaire imparti, ou enfin après que l'acheteur a déclaré qu'il n'accepterait pas l'exécution, est déchu du droit d'opposer la résolution du contrat au vendeur. La règle posée par l'article 49-2) rappelle étroitement celle de l'article 39-2) en ce qu'elle met à la charge de l'acheteur une diligence comme condition de l'exercice d'un droit dont il bénéficie de par le contrat. Ici, il s'agit d'encadrer l'exercice du droit de rompre le contrat de vente par l'acheteur. Ce dernier doit, s'il désire mettre fin à la relation contractuelle, et si les conditions de manquement du vendeur sont avérées, respecter un délai raisonnable pour déclarer la résolution au vendeur sous peine de perdre purement et simplement le droit de mettre en œuvre ce remède à l'inexécution.

¹ V. *Ibid* ; adde n° 349 : « Le mécanisme ressemble à l'agrégation libératoire, dans la mesure où la « négligence prolongée » ou le manque de persévérance de l'acheteur le privent de la garantie du vendeur. Des auteurs et décisions y voient d'ailleurs une « déchéance », sanctionnant le non-respect d'une incombance (en Suisse) ou une faute (en France). Mais là s'arrête la ressemblance. [...] l'article 1640 du Code civil ne procède pas d'une renonciation ou d'une déchéance de l'acheteur de se prévaloir de l'inexécution, mais au contraire de la preuve que le vendeur a exécuté son obligation de transférer la propriété parfaite du bien. Il n'en serait autrement que si l'on abandonnait la référence à la pertinence des moyens de défense, ce qui du reste avait été suggéré au cours des travaux préparatoires. ».

Une telle règle ne trouve pas d'équivalent en droit interne. Aucun texte ne prévoit expressément une procédure à respecter pour le contractant désireux de résoudre le contrat. Cela peut notamment s'expliquer en raison du fait que le principe est celui de la résolution judiciaire en droit français, tandis que la résolution unilatérale est exceptionnelle et doit être justifiée par des circonstances précises, telles qu'un manquement d'une particulière gravité¹.

Pourtant, un important contentieux s'est formé autour de la rupture brutale des relations contractuelles en droit français, que la jurisprudence a cherché à encadrer – à défaut de pouvoir se fonder sur un texte similaire à celui de l'article 49-2) – sur la base du devoir de bonne foi, en recourant plus précisément à la notion d'abus de droit². Aussi, l'instauration d'une incombance similaire en droit français favoriserait la sécurité juridique en permettant un encadrement préventif de la mise en œuvre de la sanction, et s'avèrerait ainsi préférable à un recours tardif au concept général d'abus de droit³.

Une même observation peut être faite concernant la mise en œuvre de toute sanction de l'inexécution lorsque celle-ci se trouve liée à un fait du créancier. En effet, si le droit français ne connaît pas l'institution de la *mora creditoris*, celle-ci est connue de plusieurs systèmes juridiques voisins et se trouve consacrée par la *CVIM*.

156. La *mora creditoris* ou l'incombance prévue à l'article 80 de la *CVIM*.
L'article 80 de la *CVIM* énonce qu' « une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part »⁴. Cette règle consacre l'institution de la *mora creditoris* connue des législations allemande, suisse et néerlandaise, et qui désigne « la situation dans laquelle se trouve le créancier lorsqu'il a, par son fait, empêché le débiteur d'exécuter son obligation »⁵. Le créancier qui refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte, ou qui n'accomplit pas les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le

¹ V. *infra*, n° 610 et s.

² V. not. Cass. civ. I, 7 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 520, p. 393, *préc.* : « le droit de résiliation est susceptible d'abus engageant la responsabilité de son auteur ». Pour qu'il y ait abus dans la rupture du contrat, il faut que la dissolution puisse « être imputée à la faute » de l'un des contractants : Cass. civ. I, 9 juin 1993, Bull. Joly, 1993, p. 921, note LE CANNU (P.). L'abus du droit de résilier unilatéralement le contrat est sanctionné sur le fondement de l'art. 1134, al. 3 C. civ. : Cass. civ. I, 5 févr. 1985, Bull. civ., I, n° 54, p. 52, *RTD Civ.*, 1986, 105, obs. MESTRE (J.) ; Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 286, p. 193 ; 31 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 194, p. 155, *JCP G*, 1994, I, 3803, n° 1, obs. VIRASSAMY (G.) ; *Defr.* 1994, art. 35891, p. 1126, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *RTD Civ.*, 1995, 108, obs. MESTRE (J.) ; CA Dijon, ch. soc., 20 déc. 1994, J.-D. n° 052976 et n° 048163 ; CA Nancy, 4 oct. 1995, J.-D. n° 049795 ; Cass. civ. I, 11 juin 1996, *Defr.* 1996, art. 36381, p. 1007, obs. MAZEAUD (D.) ; *RCA*, 1996, comm. n° 300 ; *CCC*, 1996, comm. 164, obs. LEVENEUR (L.).

³ V. *infra*, n° 297 et s.

⁴ Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international connaissent un texte assez proche : V. art. 7.1.2 (fait du créancier) : « Une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque ».

⁵ V. ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », *RTD Civ.*, 1998, p. 607 et s.

débiteur ne peut exécuter son obligation est alors privé du droit de reprocher son inexécution au débiteur qui reste tenu à l'exécution de la prestation due¹.

Le Code civil français ne connaît pas cette règle, mais il consacre aux articles 1257 et suivants la procédure des offres réelles suivies de consignation, qui permet de libérer le débiteur lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement. Cette procédure est souvent critiquée pour sa lourdeur et son coût². Par ailleurs, le défaut de reconnaissance de la *mora creditoris* en droit français conduit la jurisprudence désireuse de sanctionner le créancier ayant empêché l'exécution de l'obligation dont il se plaint, à l'introduire indirectement en se fondant sur l'exigence générale et peu sûre de bonne foi³.

Regrettant le recours à la notion de faute auquel ce fondement conduit, notamment en ce qu'il ne traduit pas la réalité du comportement du créancier qui n'a aucune « obligation » d'accepter la prestation fournie par le débiteur, un auteur a alors plaidé pour la consécration claire de la *mora creditoris* en droit français⁴. Or, cette proposition revient à reconnaître que se trouve à la charge du créancier une véritable incombance de ne pas empêcher l'exécution de l'obligation du débiteur sous peine de perdre le droit d'en demander la sanction.

Une telle solution doit être approuvée pour trois raisons. Tout d'abord, en se substituant à la règle actuelle, elle permettrait un gain de temps et d'argent pour le justiciable. De plus, elle s'avèrerait particulièrement favorable à la sécurité juridique, car le créancier serait alors averti *ab initio* par le législateur de ce qu'il risquerait s'il venait à adopter un tel comportement⁵. Enfin, l'incombance donnerait un fondement plus solide à la jurisprudence qui, faute de mieux, recourt au devoir général de bonne foi pour refuser au créancier le droit d'invoquer une sanction en raison de son fait non fautif ayant empêché l'exécution⁶. Intégrée au droit interne, cette incombance ne serait pas spécifique au contrat de vente, mais pourrait être plus largement rattachée au régime général des obligations, comme condition de la mise en œuvre de la sanction de l'inexécution.

Au-delà de ces différentes incombances consacrées en droit international de la vente, il est possible d'en relever des manifestations en droit interne, qui s'imposent aux contractants dans divers types de contrats, et qui existent, pour l'heure, à l'état d'innommées.

¹ V. En droit allemand : PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, op. cit., p. 155 ; en droit suisse : ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, op. cit., n° 191, p. 145.

² V. not. réf. citées par ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », art. préc. : DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5, Paris, 1877, n° 64, p. 52 ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, S., 2^e éd., 1933, n° 866, p. 466 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, par A. Colin et H. Capitant, t. 2, Paris, D., 10^e éd., 1953, n° 499, p. 361 ; DAVID (F.), « De la mise en demeure », *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 99 et s.

³ V. ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », art. préc.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ Sur la démonstration de l'avantage technique de l'incombance par rapport au devoir de bonne foi, V. *infra*, n° 310 et s.

⁶ Sur l'absence de caractère fautif du manquement à l'incombance, V. *infra*, n° 239 ; sur la possibilité d'une sanction de cette exigence sur le fondement de l'illégitimité de l'intérêt à agir du créancier, à défaut de déchéance expressément prévue par le législateur, V. *infra*, n° 544 et s.

2. Les incombances de droit interne issues d'une source légale

157. Incombances et contrat d'assurance. Une incombance peut s'intégrer tant dans un contrat commutatif, que dans un contrat aléatoire. D'ailleurs, elle s'avère particulièrement utile dans le cadre d'un contrat aléatoire, car l'incombance est en lien avec l'existence d'un aléa¹. Ce n'est donc pas étonnant que les incombances trouvent leur terre d'élection dans le contrat d'assurance, qui est l'exemple type du contrat aléatoire.

Tout d'abord, en vertu de l'article L. 113-2-4° du Code des assurances, il incombe à l'assuré de déclarer la survenance du sinistre donnant droit à indemnisation, dans les cinq jours ouvrés – *minimum* – à compter de la connaissance de l'événement, sous peine de perdre sa garantie. Il doit déclarer tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Pour savoir quel événement est susceptible de déclencher la garantie, il faut se reporter au contrat d'assurance, aux conditions générales et particulières adjointes². Le sinistre est constitué lorsque l'assuré a connaissance de l'événement et des conséquences éventuellement dommageables qui sont susceptibles d'engager la garantie de l'assureur³. L'assuré adresse sa déclaration à l'assureur, à son représentant tel l'agent général ou le courtier d'assurance⁴. Il n'y a pas de prestation de la part de l'assuré en faveur de l'assureur. Mais ce comportement est tout de même contraignant pour l'assuré, car il est un préalable nécessaire à la revendication de son droit à la garantie auprès de l'assureur. Une fois la déclaration faite, la garantie pourra jouer. Si la déclaration n'est pas remise à un mandataire de l'assureur, l'assuré risque la déchéance, sauf à lui d'invoquer la théorie du mandat apparent⁵.

Ensuite, l'assureur – qui est à la fois créancier des primes et débiteur de la garantie d'assurance – dispose en vertu de la loi, et en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, d'une faculté de résilier le contrat d'assurance ou de proposer une augmentation de la prime. Cette faculté représente un avantage pour l'assureur qui peut, soit se débarrasser d'un contrat qui n'est plus avantageux, soit exiger de son cocontractant que la relation contractuelle se poursuive à des conditions plus onéreuses pour ce dernier. Or, l'alinéa 3 de l'article L. 113-4 du Code des assurances prévoit que l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé, il a manifesté son consentement au maintien du contrat, que ce soit de manière explicite ou implicite. Cela implique qu'il existe une contrainte

¹ V. *infra*, n° 216 et s.

² Une erreur dans le numéro du contrat d'assurance couvrant le risque ne saurait faire encourir la déchéance à l'assuré, V. Cass. civ. II, 20 déc. 2007, n° 07-10060 : « *la mention erronée sur une déclaration de sinistre d'un contrat ne couvrant pas ce risque, ne saurait suffire à soustraire l'assureur à son obligation à garantie au titre d'un autre contrat régulièrement souscrit par le même assuré* ».

³ V. Cass. civ. 20 juill. 1942, Bull. civ., n° 195. Sur la notion de négligence, V. *infra*, n° 232.

⁴ V. Cass. civ. I, 23 juin 1993, n° 90-22011.

⁵ V. Cass. civ. I, 28 juin 1983, n° 82-11289. Sur les limites à l'application de la déchéance, V. *infra*, n° 451 et s.

pesant sur l'assureur qui est informé de l'aggravation des risques, de faire parvenir sa décision de dénoncer le contrat ou de le modifier, s'il entend se prévaloir de cette faculté par la suite. Il s'agit ici de déduire du comportement de l'assureur sa volonté de maintenir la garantie et de renoncer à se prévaloir de l'aggravation pour exercer son option. La volonté est alors présumée, et s'avère en réalité fictive, car elle est déduite du comportement de l'assureur sans être directement exprimée. Mais plutôt qu'une renonciation tacite ou présumée de l'assureur, il faudrait plutôt voir en cette règle la sanction d'un manque de diligence de sa part en ce qu'il ne se prévaut pas à temps de l'aggravation des risques. Si le texte dit expressément qu' « *il ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques* », c'est bien que le législateur prévoit une peine, à savoir, la perte du droit de dénoncer ou de modifier le contrat pour l'assureur. Le terme de déchéance n'est pas expressément visé mais on peut analyser cette fiction de volonté comme la sanction de la non observation d'une exigence de diligence, et donc d'une déchéance¹. Cet article pose ainsi une incombance de dénonciation du contrat d'assurance à la charge de l'assureur lorsque celui-ci est informé de l'aggravation du risque.

Il en va de même, enfin, de la règle posée à l'article L. 112-2, al. 5 du Code des assurances qui dispose qu' « *est considérée comme acceptée la proposition faite, par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue* ». Cet article met une exigence de diligence à la charge de l'assureur qui doit exprimer son refus dans les dix jours suivant la prise de connaissance de la proposition faite par l'assuré. L'article dispose clairement que si l'assureur ne refuse pas dans le délai imparti, il est présumé avoir accepté. Ainsi, sa réaction dans le délai exigé est une condition de son droit de refuser la modification demandée. Ici, le silence de l'assureur « vaut acceptation ». Il s'agit donc d'une présomption d'acceptation, et là encore, d'une fiction de volonté. Mais le plus souvent, en réalité, l'assureur n'aura pas renoncé à son droit de refuser la proposition, il n'aura tout simplement pas réagi à temps. Cette règle sanctionne, comme la précédente, la négligence de l'assureur qui n'a pas exprimé son refus dans un délai de dix jours à compter de la réception de la demande. L'assureur qui ne peut plus refuser la proposition a perdu son droit de choisir : il ne peut qu' « accepter » la proposition. Il s'agit d'une déchéance du droit de refuser la modification demandée par l'assuré, sanctionnant la négligence de l'assureur, et plus précisément, le manquement à son incombance.

158. Incombances et contrat de bail. Le contrat à exécution successive est un terrain propice aux incombances, puisque des relations inscrites dans la durée impliquent davantage de coopération entre les parties, et donc davantage de contraintes comportementales à leur charge. Tel est le cas, notamment, du contrat de bail. En effet,

¹ V. *infra*, n° 254 et s.

diverses incombances s'imposent aux parties à un contrat de bail, qu'il soit civil, ou commercial.

En premier lieu, il est possible de trouver des incombances à la charge des parties dans le cadre d'un contrat de bail civil.

Par exemple, l'article 11 de la Loi du 6 juillet 1989 prévoit que le bailleur a la faculté de réduire la durée minimale du contrat de bail à un an lorsqu'un événement – prévu dans le bail et justifiant qu'il ait à reprendre le local – survient avant l'expiration du contrat. Cette faculté implique que par la volonté du bailleur, le locataire peut se retrouver déchu de son droit d'occupation plus tôt que prévu par l'effet de la cessation anticipée du bail¹. Il s'agit donc d'une prérogative importante accordée au bailleur ayant une répercussion directe sur le mode de vie du locataire. Ainsi, cette faculté doit être encadrée. Cet encadrement est précisément opéré par une incombance à la charge du bailleur. En effet lorsque l'évènement en question survient, le bailleur doit en confirmer la réalisation au locataire au moins deux mois avant l'expiration du contrat. Il s'agit d'une exigence de diligence qui pèse sur le bailleur, celui-ci doit avertir à temps le locataire de la survenance de l'évènement justifiant la réduction du délai du bail. Cette contrainte est encadrée par un délai butoir, l'information devant être transmise au moins deux mois avant la fin du bail, ce qui est une sorte de préavis. Le délai court du moment de la prise de connaissance de l'évènement par le bailleur jusqu'à la date précédant de deux mois l'expiration du contrat. Ce délai est donc variable en fonction du moment de la réalisation de l'évènement. À défaut de confirmation dans le délai légal, le bail est réputé être conclu pour trois ans. Ainsi, le bailleur ne peut plus se prévaloir de son droit de réduire la durée du bail.

Également, l'article 15 de cette même loi dispose que le locataire qui veut préempter doit exprimer son choix dans les deux premiers mois du délai de préavis – qui est de six mois². C'est une exigence de diligence, et spécialement une incombance, qui pèse sur le bénéficiaire du droit de priorité. Le choix n'est offert au bénéficiaire du droit de priorité que sur un temps déterminé. S'il ne l'exerce pas au cours de cette période légale, il ne pourra plus l'exercer par la suite. À l'échéance, il perd le droit de priorité. Ainsi, le locataire ne pourra plus bénéficier de l'avantage qui lui était offert. Il est de son intérêt de réagir à temps, s'il entend se prévaloir de son avantage légal. Sa diligence conditionne donc l'exercice de son droit de priorité.

En second lieu, des incombances s'imposent aussi spécifiquement à la charge des parties à un bail commercial.

¹ Cette déchéance n'est pas une sanction, mais un simple effet de la cessation du bail.

² Sur le droit de préemption de la commune, V. art. L. 214-1 C. urb. Une règle similaire est également posée aux art. L. 145-17 et -19 C. com. En effet, le locataire à un bail commercial, qui veut bénéficier du droit de priorité de location dans un immeuble reconstruit par le propriétaire, doit l'en aviser dans les trois mois suivant son départ des lieux, lui transmettre l'adresse de son nouveau domicile et l'avertir de tout nouveau changement de domicile.

Par exemple, selon l'article L. 145-47 du Code de commerce, le locataire dispose d'un droit de déspecialisation des locaux loués. Mais le bailleur bénéficie, en parallèle, du droit de contester une telle demande. Il doit alors le faire savoir au locataire dans un délai de deux mois à compter de la prise de connaissance de la volonté du locataire de déspecialiser le bail. Il faut un acte non équivoque de sa part¹, et son opposition empêche l'extension projetée jusqu'à la décision rendue par le tribunal de grande instance qui sera saisi par la partie la plus diligente pour se prononcer sur cette demande². A défaut, le bailleur encourt la déchéance, qui est absolue³.

Pareillement, en vertu de l'article L. 145-10 du même Code, le bailleur dispose de trois mois à compter de la signification du désir de renouveler le bail par le locataire, pour lui opposer son refus. L'expression du refus est ainsi encadrée dans un court délai. Il appartient au bailleur qui ne désire pas renouveler le bail de faire preuve de diligence dans la signification de ce refus. La signification du refus dans les délais conditionne le droit pour le bailleur de se prévaloir de ce refus par la suite. La réaction diligente du bailleur est dans son propre intérêt puisqu'elle est un préalable nécessaire à l'exercice d'un droit non négligeable pour lui, à savoir le droit de mettre fin à la relation contractuelle. Il s'agit d'une incombance à sa charge. Là aussi le législateur assimile le comportement du contractant à l'expression d'une volonté car le bailleur qui garde le silence « *est réputé avoir accepté* » le renouvellement. Derrière une telle fiction d'acceptation, s'érige en vérité une déchéance du droit de refuser le renouvellement du bail pour le bailleur, en raison du manquement à son incombance⁴. En cas de négligence, celui-ci ne pourra plus se prévaloir de son droit de refuser le renouvellement, et sera ainsi soumis aux conséquences de la continuation du contrat de bail.

159. Incombances et contrat de cautionnement. L'incombance n'est pas une contrainte propre aux contrats synallagmatiques car elle peut très bien peser sur un créancier à un contrat unilatéral. Elle est d'ailleurs, dans ce cadre précis, une manifestation éclatante du jeu de la force obligatoire du contrat en dehors de tout contenu obligationnel, puisqu'elle s'impose au créancier qui n'a aucune obligation à exécuter⁵. Aussi l'incombance peut-elle être à la charge du créancier qui bénéficie d'un engagement de caution.

L'incombance ne remet pas en cause le caractère unilatéral du cautionnement puisque seule la caution assume une obligation envers le créancier. Ce dernier, s'il n'est pas tenu à

¹ V. Cass. civ. III, 31 mai 1976, n° 75-10509 ; 16 oct. 1990, n° 89-16185 ; CA Riom, 11 janv. 2006, J.-D. n° 295338 ; CA Grenoble, ch. com. 13 févr. 2008, J.-D. n° 366563.

² V. Cass. civ. III, 6 mars 1973, n° 72-10454 ; 23 avr. 1974, n° 73-11437.

³ V. Cass. civ. III, 1^{er} mars 1995, n° 93-16062. Il est interdit à la juridiction ultérieurement saisie de remettre en cause une déspecialisation définitivement acquise par l'effet de la déchéance : V. Cass. civ. III, 11 févr. 1971, n° 69-12590 ; 1^{er} févr. 1978, n° 76-12490.

⁴ V. *infra*, n° 255 et s.

⁵ V. AYNÈS (L.), « Le droit des sûretés en 2002 », *Dr. et patr.* 2003, n° 113, p. 69 et s., spéc. p. 70 ; *adde* SÉJEAN M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 271 et s.

l'exécution d'obligations, est en revanche assujetti à la force obligatoire du contrat, ce qui justifie qu'il soit contraint d'observer des incombances¹.

Ainsi, notamment, dans le contrat de cautionnement, le créancier est tenu, en vertu de l'article 2314 du Code civil, de veiller à la gestion de ses droits préférentiels s'il entend pouvoir exercer son recours contre la caution à hauteur de ces droits².

La doctrine s'est longtemps interrogée sur le fondement de cette disposition³. Il est vrai qu'il s'agit d'une « *institution très particulière* »⁴, dont il a pu être considéré qu'elle n'entre pas « *dans le moule d'institutions éprouvées* »⁵. Le créancier peut disposer de ses droits comme il le désire, il en est libre⁶. La caution n'est « *pas à même de contrôler l'étendue du risque ou d'éviter la perte des droits préférentiels* »⁷. Cependant, s'il entend bénéficier de son recours contre la caution dans l'intégralité de ce qu'elle lui doit, il importe au créancier de veiller à conserver ses avantages et sûretés, car à défaut la caution sera déchargée à hauteur des droits qu'il aura négligés. Ainsi, « *la liberté d'agir du créancier apparaît [...] la source même de sa contrainte à l'égard de la caution* »⁸.

¹ V. TERCIER (P.), *La partie spéciale du Code des obligations*, op. cit., n° 3649 et 3825 ; adde LICARI (F.-X.), « Charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information qui incombe à l'établissement de crédit », obs. sous Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-13629, *JCP G*, 2002, II, 10043 ; « Les principales sûretés personnelles du droit allemand », in *Lamy Droit des sûretés*, Fasc. 520, sept. 2008, n° 520-7, d) ; CHÉNÉDÉ (F.), *Les commutation en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, thèse préc., spéc. n° 202, n. 2, p. 187 ; ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 7^e éd., 2014, n° 61.

² Une même règle existe en droit allemand du cautionnement : V. § 776 BGB (V. LICARI (F.-X.), *Lamy Droit des sûretés*, fasc. 520-41, sept. 2008.). Par ailleurs, une disposition analogue se trouve en droit des assurances français : V. art. L. 121-12, al. 2 C. assur. : « *L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur.* ».

³ V. not. SIMLER (P.), « La renonciation par la caution au bénéfice de l'art. 2037 [aujourd'hui article 2314], C. civ. », *JCP G*, 1975, I, 2711, n° 9 : « *Il existe à peu près autant d'explications théoriques de la règle de l'article 2314 que d'auteurs s'étant penchés sur la question* ». Pour un exposé des différentes théories proposées, V. not. SIMLER (Ph.), « Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité », *Jcl. civ.*, Art. 2288 à 2320, Fasc. 70, LexisNexis, juin 2015, n° 5 et s. ; adde AYNÈS (L.) et CROCC (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, n° 281 ; BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 2010, n° 1119 et s. ; CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007, n° 303 (les auteurs font état de cinq fondements généraux différents : volontariste, rétributif, moraliste, économique et réaliste).

⁴ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, op. cit., n° 301.

⁵ V. SIMLER (Ph.), « Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité », art. préc., n° 5 ; Des dispositions analogues existent dans beaucoup d'autres systèmes juridiques, tant de tradition romaniste que de *common law* (V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, op. cit., n° 301, n. 237, 238 et 239 ; BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *RTD Civ.*, 1974, p. 309 et s., spéc. p. 338 et s., n° 71 et s.).

⁶ C'est en cela que l'on peut évoquer, avec Dimitri HOUTCIEFF l'existence d'un droit potestatif entre les mains du créancier (V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », art. préc.).

⁷ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, op. cit., n° 303 : cela serait lié, selon les auteurs au caractère accessoire, et donc éloigné de la situation de la caution ; adde CORDELIÉ (E.), « A propos de l'article 2037 du Code civil, Observations sur le droit préférentiel », *RTD Com.*, 2004, p. 667 et s. : « *la caution n'a aucune prise sur le destin de ces droits* ».

⁸ V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », art. préc., n° 31.

Il a pu être proposé de fonder cette règle sur la bonne foi¹. Pourtant, il ne s'agit pas à proprement parler d'un devoir imposé au créancier, car celui-ci « *peut se conduire comme bon lui semble et être aussi « injuste » qu'il le veut avec les protections du remboursement de la caution ; il n'a pas d'obligation contractuelle de bien se conduire. Mais lorsqu'il demandera à sa caution de le payer et que celle-ci lui fera reproche d'avoir été égoïste, le juriste sera amené à régler le conflit en faveur de la caution et à priver le créancier de la possibilité de faire supporter à la caution ses négligences* »². Puisque « *le fait du créancier n'est pas « fautif » en lui-même* »³, la gestion des droits préférentiels ne peut être un devoir, mais plus exactement une incombance⁴. En effet, contrairement au devoir ou à l'obligation, le comportement en question n'est pas dû de manière catégorique, mais uniquement si le créancier entend se prévaloir d'un droit dont l'exercice légitime dépend de ce comportement⁵.

Ainsi, cette exigence ne remet pas en cause le caractère unilatéral du cautionnement⁶. Cet exemple est particulièrement évocateur de l'assujettissement que subit le créancier, y compris dans le cadre d'un contrat unilatéral⁷. L'assujettissement au contrat de cautionnement implique que le créancier est soumis au respect de cette incombance sous peine de sanction, alors même qu'il n'a aucune obligation à exécuter.

D'autres incombances pèsent sur le créancier bénéficiaire d'un cautionnement, selon certaines circonstances et traduisent son assujettissement. Il en va ainsi des incombances d'information annuelle, et conjoncturelle de la caution⁸.

Concernant l'information annuelle, le législateur impose cette incombance par l'intermédiaire de trois textes distincts, qui n'ont pas exactement les mêmes conditions d'application. L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier impose cette contrainte aux

¹ V. not. *Ibid* ; adde BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 1135 et s. ; BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, S., 4^e éd., 2014, n° 628 ; BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », art. préc.

² V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, op. cit., n° 303 ; adde JUREDIEU (F.), « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », art. préc., n° 35.

³ V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », art. préc., n° 30 ; adde BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 1151 et s.

⁴ Sur cette distinction, V. *infra*, n° 235 et s. ; adde BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 1155 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 289 et s. ; MAZEAUD (D.), « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Mél. O. Payet*, D., 2011, p. 439 et s., n° 10.

⁵ V. *infra*, n° 235 et s.

⁶ En ce sens, V. SIMLER (Ph.), et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis D., 6^e éd., 2012, n° 260.

⁷ V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », art. préc., n° 27 : « *sur un plan théorique, l'article 2037 [aujourd'hui 2314] relève davantage de la « force obligatoire » du cautionnement que de son « contenu obligationnel* » » ; et n° 40 : « *l'unilatéralité du contrat n'exclut pas la collaboration des parties, elle la leur impose* » ; adde SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 289 et s.

⁸ V. PARDOEL (C.-D.), « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 13 et s.

établissements de crédit accordant un « concours financier » à une entreprise au bénéfice de toute caution garantissant ce concours ; l'article 2293 du Code civil met plus largement cette information à la charge de tout créancier, mais spécialement au bénéfice d'une caution personne physique, dans le cadre d'un cautionnement indéfini ; quant à l'article L. 341-6 du Code de la consommation, il concerne spécialement le créancier professionnel bénéficiant de l'engagement d'une caution personne physique, garantissant toute dette du débiteur principal¹. Des auteurs ont alors pu, sur ce point, critiquer « *une mosaïque bigarrée qui présente d'importants chevauchements* »². Néanmoins, dans tous les cas, le législateur impose au créancier d'informer la caution sur l'évolution du montant de la créance garantie ainsi que de ses accessoires, au moins annuellement. La jurisprudence a pu rappeler régulièrement le contenu de l'information à fournir³. Il s'agit d'un comportement positif, actif, exigé du créancier, et ponctuel, en ce que l'information doit être donnée au moins une fois par an – le plus souvent l'information est adressée par courrier à la caution. Il a pu être jugé qu'une mise en demeure ne saurait valoir information de la caution au titre de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier⁴, et la remise de la notice n'est suffisante qu'autant que celle-ci est claire, compréhensible et complète⁵. L'information doit être donnée jusqu'à l'extinction de la dette principale⁶. Elle est personnellement en faveur de la caution⁷, ainsi que de ses cofidélisateurs⁸, et peu importe que la caution soit le dirigeant de l'entreprise cautionnée qui connaît exactement la situation⁹.

Ces exigences d'information sont souvent rattachées à l'exigence de bonne foi par les juges du fond, mais la Cour de cassation rappelle qu'il s'agit d'exigences spécifiques qui ne sauraient être sanctionnées sur le terrain de l'article 1134, al. 3, du Code civil¹⁰.

¹ Sur la bonne foi en droit de la consommation, V. PICOD (Y.), « Bonne foi et droit de la consommation », in *Mél. D. Tricot*, D., 2011, p. 121 et s.

² V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, op. cit., n° 316 ; adde CROCQ (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mél. M. Cabrillac*, p. 349 et s., spéc. n° 21 et s. ; PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Ét. Ph. Simler*, D., L.-N., 2007, p. 395 et s.

³ V. not. Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19872 : « *les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise sont tenus de rappeler à la caution, si l'engagement de celle-ci est à durée indéterminée, la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* » ; adde Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15183 : Ils sont tenus de lui « *faire connaître chaque année [...] le montant et le terme des principal, intérêts, frais et accessoires, garantis par elle* » ; adde Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-14741 ; 10 janv. 2012, n° 10-25586 ; 8 janv. 2008, n° 05-13735.

⁴ V. Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-17776.

⁵ V. Cass. civ. II, 3 juin 2004, *Dr. et patr.*, nov. 2004, n° 131.

⁶ V. Cass. com., 25 mai 1993, *préc.* ; 9 déc. 1997, n° 94-21392 ; Cass. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12863, *Bull. mixte*, n° 9, p. 29 ; Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-16881.

⁷ V. Cass. com., 17 mai 1994, n° 92-13103 ; 9 déc. 1997, *préc.* (« *ces dispositions sont applicables aux héritiers de la caution* ») ; 25 mai 1993, *préc.* : Ce devoir doit être respecté « *même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée en connaissant exactement la situation* ».

⁸ V. Cass. com., 17 mai 1994, *préc.*

⁹ V. Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15128.

¹⁰ Pour la cassation d'un arrêt d'une cour d'appel se fondant sur les art. 1147 et 1134 C. civ. pour sanctionner le créancier, V. Cass. civ. I, 10 déc. 2002, n° 00-18726.

L'information donnée à la caution par le créancier dans ces hypothèses conditionne son droit d'obtenir le paiement de ces accessoires à la créance en cas de recours¹. Pour que la caution ait à payer, il faut que celle-ci soit correctement informée de la situation du débiteur. Ainsi, des auteurs ont pu avancer, à juste titre, l'idée qu'il s'agit ici d'une incombance à la charge du créancier².

Cette incombance est sanctionnée, en cas de manquement, par une déchéance. Mais l'objet de cette déchéance semble varier. L'article 2293 du Code civil prévoit la « *déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* », malheureusement le législateur n'a pas prévu de limite dans le temps à cette déchéance³. L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier évoque la « *déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* »⁴. Enfin, l'article L. 341-6 du Code de la consommation dispose qu'à défaut d'information, « *la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* ». Dans tous les cas cette déchéance est forfaitaire, c'est-à-dire que son domaine est strictement défini à l'avance et ne tient pas compte du préjudice subi par la caution, qui peut très bien d'ailleurs n'en avoir subi aucun⁵.

Concernant l'information conjoncturelle, là encore, le législateur impose cette incombance par l'intermédiaire de trois textes distincts, qui n'ont pas exactement les mêmes conditions d'application. L'article L. 313-9 du Code de la consommation met cette information à la charge spécialement des établissements de crédit, au bénéfice de la caution personne physique, dans le cadre d'un cautionnement garantissant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier. L'article 47 II de la loi de 1994 impose quant à lui cette exigence d'information au créancier professionnel, à l'égard de la caution personne physique garantissant toute dette professionnelle. Plus largement, enfin, l'article L. 341-1 du Code de la consommation impose cette même exigence au créancier professionnel à l'égard de la caution personne physique garantissant tout type de dette⁶.

¹ V. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*

² V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.* ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, n° 165 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats, thèse préc.*, n° 67.

³ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés, op. cit.*, n° 321, p. 202 ; les auteurs avancent qu'« *en dépit du silence du législateur, il faut admettre que les accessoires ne sont plus perdus à partir de la date à laquelle l'information est enfin donnée ; cette solution est dictée avec la plus grande force par la logique de la sanction* ».

⁴ Pour une application, V. not. Cass. com., 20 oct. 1992, *préc.* ; Cette sanction « *s'applique même lorsque [les intérêts] ont été inscrits en compte courant* » (Cass. com., 25 mai 1993, *préc.*). Elle ne s'applique qu'aux intérêts contractuels et non légaux, V. Cass. civ. I, 9 déc. 1997, *Banque et droit*, mai-juin 1995, n° 41.

⁵ V. PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *art. préc.*

⁶ Pour un tableau récapitulatif de ces textes, V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés, op. cit.*, n° 317, p. 199.

Là aussi, il s'agit d'un comportement positif, actif, exigé du créancier, et ponctuel, en ce que l'information doit être donnée à l'occasion de la défaillance du débiteur. L'information donnée à la caution conditionne le droit pour le créancier d'obtenir le paiement des accessoires de la créance en cas de recours¹. Les trois textes évoquent le fait qu'à défaut d'obtenir cette information, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée. Ils sont sur ce point, parfaitement identiques. La déchéance n'est pas expressément citée par le législateur, mais le fait que la caution « ne soit plus tenue » au paiement des accessoires de la dette revient à infliger la perte d'un droit au créancier. Celui-ci perd le droit de poursuivre la caution en paiement de ces éléments de la dette. D'ailleurs, la jurisprudence a pu clairement prononcer une déchéance du droit aux intérêts échus contre le créancier².

160. Incombances et contrat d'entreprise. Certains contrats d'entreprise, comme le contrat de prestation de services bancaires, donnent également lieu à l'application d'incombances légales, à la charge des contractants.

Tout d'abord, diverses incombances peuvent être à la charge du banquier porteur d'une lettre de change. Par exemple, il lui incombe de présenter la lettre de change au paiement ou de dresser protêt faute d'acceptation ou de paiement du tiré sous peine d'être déchu de tous ses recours cambiaux³. Cette déchéance est automatique et doit jouer même si le non-respect de ces exigences comportementales n'a pas causé de préjudice aux autres signataires de la traite ou à celui qui s'en prévaut. Elle n'est cependant pas d'ordre public⁴.

Ensuite, des incombances peuvent être à la charge de l'utilisateur de l'instrument de paiement délivré par le banquier. Par exemple, l'utilisateur d'une carte de crédit a l'incombance de faire opposition à son utilisation en cas de perte, de vol, de détournement, ou de toute utilisation non autorisée de cet instrument, afin que son prestataire de service bancaire en paralyse le fonctionnement⁵. Dès que ce dernier a été informé, le bénéficiaire de l'instrument de paiement ne supporte plus aucune conséquence financière de son utilisation frauduleuse. À défaut, il conserve la charge totale des pertes résultant de sa négligence.

Par ailleurs, il a été avancé en doctrine que le maître de l'ouvrage serait tenu d'une incombance de faciliter la tâche de l'entrepreneur afin que celui-ci puisse répondre aussi

¹ V. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*

² V. CA Orléans, 12 mars 1996, J.-D. n° 1996-041588 ; CA Reims, 27 févr. 1997, J.-D. n° 1997-041793.

³ V. art. L. 511-49 C. com.

⁴ V. *infra*, n° 259 et s.

⁵ V. art. L. 133-17, al. 1, C. mon. et fin. : « *Lorsqu'il a connaissance de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, l'utilisateur de services de paiement en informe sans tarder, aux fins de blocage de l'instrument, son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci.* ».

exactement que possible à ses attentes¹. Ce comportement est dans l'intérêt direct du maître de l'ouvrage, en ce qu'il lui permet de se prévaloir ultérieurement des carences de l'entrepreneur. À défaut de l'aider, il se verra déchu « *des droits qu'il aurait pu faire valoir s'il s'était comporté avec empressement* »². Cette règle semble être une manifestation spéciale de l'institution de la *mora creditoris* : le maître de l'ouvrage qui, par son fait, cause la carence de l'entrepreneur, ne saurait se prévaloir de l'inexécution pour en exiger la sanction. Or, il a été vu que le droit français interne ne reconnaît pas, pour l'heure, l'existence d'une telle incombance à la charge du créancier³. Pour pallier ce manque, une disposition spéciale du législateur serait salutaire afin de clarifier le comportement attendu du maître de l'ouvrage sous peine de déchéance, et de préciser l'objet exact de la perte encourue du fait de sa négligence.

161. Incombances et contrat de société. Les incombances ne sont pas propres aux contrats-échange, et il est possible d'en relever certaines spécialement mises à la charge des associés engagés par un contrat de société.

Par exemple, en vertu de l'article L. 228-24, al. 1 du Code de commerce⁴, l'agrément d'un nouvel associé qui résulte de la cession d'actions par un associé sortant, est soumis à une procédure rigoureuse⁵. Les associés disposent d'un délai de trois mois pour faire part de leur décision. À défaut la société est réputée avoir accepté l'agrément, c'est à dire que l'émission du refus dans le délai imparti conditionne la possibilité de se prévaloir d'un tel refus. Là encore, la fiction de volonté posée par le législateur peut être plus objectivement analysée comme étant la perte d'un droit sanctionnant la négligence des associés⁶.

De plus, selon l'article L. 228-24, al. 2 et 3 du Code de commerce, dans le cas d'un refus de la part de la société, celle-ci « *est tenue soit de faire racheter les actions par un tiers ou un autre actionnaire, soit de les racheter elle-même en vue d'une réduction correspondante du capital* », et « *si le rachat au prix fixé par l'expert n'est pas opéré dans les trois mois du refus (délai prorogeable sur décision judiciaire), le cédant reprend sa liberté et peut réaliser la cession initialement projetée...à moins que le cessionnaire ne se soit découragé entre-temps* »⁷. Le délai peut toutefois être prorogé sur décision judiciaire. Cela permet à la société de prendre davantage de temps pour organiser le rachat. Elle peut étudier

¹ V. MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, Paris II, 2009, n° 776 et s. ; adde SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ?*, thèse préc., n° 271 et s. ; LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse préc., n° 439.

² V. MOREIL (S.), *Les obligations nées du contrat d'entreprise*, thèse préc., n° 776.

³ V. *supra*, n° 156.

⁴ V. art. L. 228-4, al. 1 C. com. : « *L'agrément résulte, soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande* ».

⁵ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28^e éd., 2015, n° 799 et s.

⁶ V. *infra*, n° 254 et s.

⁷ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 801.

la situation et prendre la meilleure décision. L'existence d'une telle possibilité accentue alors l'impression d'une véritable carence de la part de la société qui ne procède pas au rachat ou n'aide pas à sa conclusion dans le délai légal. Il sera possible, au surplus, de lui opposer qu'elle pouvait demander une prorogation du terme si la situation était compliquée. Si le délai est prorogé, il est alors à la fois légal et judiciaire. Mais la loi ne précise pas dans quelles limites le délai *minimum* de trois mois peut être prolongé par décision de justice. Elle ne dit pas si ce délai doit rester court ou non. Il n'en reste pas moins que le rachat des actions dans les délais conditionne l'efficacité du refus de la cession des actions au cessionnaire choisi par le cédant, car à défaut de rachat par la société ou d'aide au rachat par un tiers, le cédant est libéré et peut donc effectuer la cession initialement désirée. Ici, clairement, c'est pour éviter qu'une situation incertaine – dont les conséquences peuvent s'avérer préjudiciables pour le cédant et le potentiel cessionnaire – ne perdure trop, que le législateur intervient pour sanctionner l'inaction de la société par la perte du droit d'opposer au cédant le refus de la cession demandée. La société a tardé à réagir pour opérer le rachat lui convenant le mieux, elle est alors soumise au rachat originellement désiré par l'associé cédant. Il s'agit d'une déchéance venant sanctionner le manquement à une incombance.

162. Incombances et contrat de travail. Le contrat de travail implique également des incombances, tant à la charge de l'employeur que du salarié.

Concernant les incombances à la charge de l'employeur, deux exemples peuvent être donnés.

Tout d'abord, en vertu de l'article R. 6322-3 du Code du travail, le salarié a le droit de demander à son employeur un congé individuel de formation. Et l'employeur a un délai de trente jours suivant la réception de la demande de congé individuel de formation qui lui est adressée par le salarié pour y répondre, favorablement ou non, selon les termes de l'article R. 6322-5 du même Code. La jurisprudence est venue préciser qu'en l'absence de réponse de l'employeur dans le délai légal, l'autorisation de prendre un congé de formation est acquise de plein droit¹. L'employeur doit faire part de sa décision au cours de ce délai. A défaut il est réputé avoir accepté la demande. C'est dire que l'émission de son refus dans le délai imparti conditionne la possibilité qu'il a de se prévaloir d'un tel refus. S'il ne donne pas de réponse dans les délais, sa faculté de refuser le congé est perdue. En l'occurrence, le silence de l'employeur vaut acceptation de sa part à la demande de congé de formation. À défaut de réponse dans les délais, l'autorisation de l'employeur est acquise. Il est fait « comme si » l'employeur avait accepté la demande du salarié. Mais ici encore, il s'agit d'une conception subjective de la situation, fondée sur la pseudo-volonté de l'employeur. En réalité, ce dernier ne s'est pas manifesté, il n'a émis aucune volonté. L'interprétation que fait la jurisprudence de son silence concourt à une fiction de volonté de l'employeur. De manière plus objective, il

¹ V. Cass. soc., 22 janv. 1992, *D. soc.*, 92, 266, *RJS*, 1992, 198, n° 327.

faut plutôt voir en cette règle une sanction du comportement de l'employeur qui s'est montré négligent. L'employeur n'ayant pas répondu dans le délai imparti est négligent et se trouve alors déchu de son droit de refuser le congé-formation.

Ensuite, selon l'article L. 1222-6, al. 1 du même code, l'employeur qui envisage de modifier un élément essentiel du contrat de travail pour des motifs économiques doit en faire la proposition au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. Le respect du délai de réflexion et plus largement de la procédure encadrant la proposition de modification du contrat de travail, conditionne le droit de l'employeur de se prévaloir de l'acceptation ou du refus du salarié. L'employeur qui n'a pas respecté les formalités prescrites ne peut se prévaloir ni d'un refus, ni d'une acceptation de la modification du contrat de travail par le salarié¹.

Par ailleurs, de nombreuses dispositions du Code du travail recèlent des incombances à la charge du salarié.

Par exemple, l'article L. 1222-6, al. 2 prévoit que le salarié, qui a la faculté de refuser ou d'accepter la proposition de modification du contrat de travail faite par son employeur, doit répondre diligemment à ce dernier, et lui faire connaître sa décision. Son silence au-delà du délai d'un mois vaut acceptation de la modification proposée. S'il désire refuser la proposition, il doit se prononcer dans le délai d'un mois suivant sa réception, à défaut de quoi il perd le droit de la refuser. Sa réponse diligente conditionne ainsi la possibilité pour le salarié de se prévaloir d'un refus².

Également, l'article L. 1226-1 du Code du travail impose au salarié de se soumettre à la contre-visite médicale ordonnée par l'employeur, s'il veut pouvoir bénéficier de l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière de la sécurité sociale, versée par son employeur en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou de l'accident³. En outre, l'accord collectif peut expressément prévoir qu'une contre-visite médicale conditionne le versement des prestations complémentaires de maladie. Se soumettre à la contre-visite exigée par l'employeur est alors une condition du bénéfice de l'allocation⁴. Le salarié n'aura droit à cette indemnité que si le médecin contrôleur conclut effectivement à une incapacité de travail, car à défaut, il devra reprendre le travail et les indemnités seront interrompues. Le fait de ne pas reprendre le travail malgré les conclusions du médecin contrôleur n'a pas un caractère fautif et ne peut justifier un blâme, mais seulement la perte du droit aux indemnités complémentaires de maladie à partir du moment où le salarié dispose

¹ V. Cass. soc. 25 janv. 2005, Bull. civ. V, n°18 ; D., 2005, IR, 458 ; RJS, 2005, 255, n° 344 ; 27 mai 2009, D. 2009, AJ, 1615 ; RJS, 2009, 624, n° 689 ; JCP S, 2009, 1338 ; JCP E, 2009, 1830.

² Il s'agit d'une règle similaire à celle qui a été vue en droit des assurances, V. art. L. 112-2, al. C. assur., V. *supra*, n° 157.

³ V. AUZÉRO (G.), et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, D., 29^e éd., 2015, n° 329 : « *Bien que l'employeur ne bénéficie pas de la prestation de travail du salarié, il devra verser au salarié une partie de la rémunération que celui-ci aurait acquise s'il avait travaillé normalement* ».

⁴ V. Cass. soc., 21 févr. 1978, D., 1978, IR, 387 ; 10 oct. 1979, D., 1980, IR, 110.

d'un avis défavorable à la reprise du travail par son propre médecin¹. Cette solution est alors logique car « à défaut pour le législateur d'avoir établi une hiérarchie entre les conclusions du médecin traitant et celle du médecin contrôleur, dont on ne voit pas d'ailleurs sur quoi elle pourrait reposer, ou d'avoir organisé un mécanisme propre à régler la contradiction, on ne voit pas quel grief pourrait être fait au salarié de s'en tenir aux prescriptions d'un certificat médical régulier »². Si l'employé ne se soumet pas à la contre visite, celui-ci ne peut prétendre à l'avantage institué par l'accord³. Il perd le droit à l'allocation complémentaire – alors même qu'il aurait pu être jugé inapte au travail par le médecin contrôleur.

Il est encore possible de donner l'exemple de l'article L. 1234-20 du Code du travail qui pose une règle assez proche de la dénonciation des vices cachés en matière de vente⁴. En effet, le législateur impose au salarié de dénoncer le reçu pour solde de tout compte dans les six mois suivant sa signature s'il veut pouvoir poursuivre en justice l'employeur pour obtenir paiement d'une somme qui n'était pas dans le reçu, et dont il savait qu'elle lui était due⁵.

L'incombance s'avère ainsi être un effet potentiel de la conclusion de la plupart des contrats. D'ailleurs, cela est appuyé par le fait qu'une incombance peut résulter de la stipulation d'une condition mixte, ce qui est une technique appartenant au régime général des obligations, et a ainsi vocation à s'intégrer dans tout type de contrat. En effet, une incombance résulte de la stipulation d'une condition mixte en vertu de la règle posée à l'article 1178 du Code civil.

B- L'incombance issue de la stipulation d'une condition mixte

163. Exposé de la règle de l'article 1178 du Code civil. L'article 1178 du Code civil dispose que « *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* »⁶. Cette règle concerne la situation où un débiteur est engagé sous une condition suspensive. L'exécution de l'obligation est subordonnée à la réalisation d'un événement, qui ne doit alors pas dépendre de la seule volonté du débiteur – à défaut de quoi la condition serait potestative et encourrait la nullité en

¹ V. Cass. soc., 10 oct. 1995, *RJS*, nov. 1995, n° 1111, chron. SAVATIER (R.), p. 770.

² V. SAVATIER (R.), obs. sous Cass. soc., 10 oct. 1995, *préc.*

³ V. Cass. soc., 25 janv. 1978, *D.*, 1978, 259 ; 21 févr. 1978, *préc.* ; 10 oct. 1979, *préc.* ; 3 avr. 1981, Bull. civ. V. 250 ; 15 févr. 1995, *RJS*, mars 1995, n° 204.

⁴ V. FORIERS (P.-A.), « Décharge-réception-quittance », *art. préc.*, spéc. n° 46 et s. : l'auteur compare la quittance pour solde de tout compte à l'agrégation dans la vente et à la décharge en matière de mandat.

⁵ Sur la démonstration du fait que ce texte sanctionne le manquement à une incombance par une déchéance, V. *infra*, n° 474.

⁶ Le projet de réforme du droit des contrats reprend cette règle et ajoute une disposition similaire pour la condition résolutoire : V. art. 1304-3 : « *La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.*

La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. ». V. LATINA (M.), « Le nouveau régime des obligations conditionnelles », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, op. cit., p. 181 et s.

vertu de l'article 1174 du Code civil. L'article 1178 ne concerne donc pas l'hypothèse de la stipulation d'une condition potestative, qui est une question réglée par l'article 1174, relative à la formation du contrat, et dont le manquement est sanctionné par la nullité de la condition. Elle concerne plus exactement la situation où un débiteur est engagé sous une condition valable, souvent de nature mixte, et dont la survenance peut être déjouée par le fait de ce débiteur. En effet, lorsqu'il est engagé sous condition suspensive, le débiteur bénéficie d'une situation qui lui est profitable car si l'évènement érigé en condition ne survient pas, il sera libéré de son engagement, et ne devra donc pas exécuter son obligation. Cependant, la plupart du temps, le débiteur a tout de même une influence sur la survenance de l'évènement¹. De par son fait, il risque de perturber « *le cours normal des choses* »². Il a « *un pouvoir de fait sur l'évènement érigé en condition* »³.

164. Le comportement attendu du contractant bénéficiant d'un engagement conditionné. Parfois les parties prévoient elles-mêmes, expressément dans le contrat, un comportement que le bénéficiaire de la condition doit adopter s'il ne veut pas en perdre l'avantage⁴. Par exemple, il est possible pour les parties de stipuler une clause de déchéance pour défaut de justification de la demande de prêt⁵. Les parties peuvent stipuler un délai au cours duquel la diligence devra être observée⁶. Parfois, la condition est liée à une clause pénale, ainsi, si le contractant bénéficiant de la condition en provoque la défaillance, il s'expose à une peine contractuellement prévue par les parties⁷. En tout état de cause, « *il est loisible aux parties de fixer elles-mêmes le degré de diligences qu'elles escomptent. L'appréciation jurisprudentielle du comportement du bénéficiaire de la condition est donc menée au premier chef au regard du contrat lui-même* »⁸.

Mais en l'absence de toute stipulation expresse, les parties sont tenues au *minimum* prévu par le législateur à l'article 1178, qui prévoit que le débiteur engagé sous condition suspensive en perdra le bénéfice, s'il s'avère qu'il est à l'origine de l'empêchement de la réalisation de l'évènement érigé en condition. Ainsi, en vertu de cet article, « *toute obligation*

¹ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *Jcl. civ.*, Art. 1175 à 1180, fasc. 44 à 46, LexisNexis, 24 janv. 2011, spéc. n° 55.

² V. *Ibid.*, n° 54.

³ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 1105.

⁴ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 56 : « *Conscientes du danger, les parties prévoient souvent dans leur accord l'obligation expresse à la charge du bénéficiaire de la condition de faire toutes les diligences en son pouvoir, nécessaires pour que courent réellement les chances de réalisation de la condition.* ».

⁵ V. not. Cass. civ. I, 4 juin 1996, Bull. I, n° 239.

⁶ V. not. CA Paris, 2^e ch. B, 6 févr. 1985, J.-D. n° 1985-021097 ; *adde* MAZEAUD (D.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *JCP N*, n° 37, 17 sept. 1993, 101070, spéc. n° 20.

⁷ V. not. Cass. civ. III, 20 nov. 2013, n° 12-29021, *LPA*, 21 janv. 2014 n° 15, p. 10, note HISQUIN (J.-M.). V. *infra*, n° 498.

⁸ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 69 ; *adde* Cass. civ. I, 16 juill. 1992, n° 90-20.332, J.-D. n° 1992-002705, *CCC*, déc. 1992, p. 7.

conditionnelle implique *une obligation de ne pas lui faire obstacle* »¹, ou plus exactement, une « incombance » de ne pas lui faire obstacle. Le débiteur ne doit pas empêcher l'accomplissement de la condition. Cette règle est alors clairement relative à la phase d'exécution du contrat. Phase au cours de laquelle le comportement du débiteur sera apprécié². Le lien entre la règle de l'article 1178 et l'appréciation du comportement du contractant apparaît clairement. Néanmoins, le fondement de cette règle a pu soulever des interrogations en doctrine³.

165. Le fondement de la règle issue de l'article 1178 du Code civil. Plusieurs propositions ont pu être avancées pour justifier techniquement le mécanisme de l'article 1178 du Code civil.

Tout d'abord, il est généralement mis en avant que cette règle impose un devoir de loyauté à la partie qui bénéficie de la condition⁴. En effet, par cette disposition « *la loi moralise la situation* »⁵. Il s'agit de « *contrôler le comportement du débiteur dans la mise en œuvre de cette condition* »⁶.

Des auteurs ont pu également y voir la manifestation d'un devoir de cohérence avec le contrat⁷, d'un devoir du débiteur de ne pas se contredire⁸. Cependant, ce terme manque de précision et peut en réalité cacher tant des devoirs – tel que le devoir de bonne foi – que des incombances⁹.

Précisément, l'article 1178 du Code civil est une application du principe de cohérence dont l'explication peut être précisée par le recours à la notion d'incombance. En effet, cette notion permet d'identifier la contrainte qui pèse sur le bénéficiaire de la condition, en amont

¹ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 300 ; *adde* Cass. civ. III, 6 mai 2010, n° 09-14690, J.-D. n° 2010-005824.

² V. GJIDARA (S.), « le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil, première partie », *LPA*, 21 juin 2000, n° 123, p. 4 et s., spéc. n° 15 et s.

³ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1111 : « *Force est de constater que la doctrine n'est pas plus diserte qu'elle n'est unie quant aux fondements de l'article 1178 du Code civil.* ».

⁴ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1227 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 56 ; GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Defr.*, 1979, art. 31987, spéc. n° 6 ; MOYSE (J.-M.) et NAVARRO (J.), « La jurisprudence et les conditions suspensives d'obtention des prêts », *JCP E*, I, doct. 1984, p. 66 et s. ; BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.* ; TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Lille, 1977, n° 189 ; obs. MESTRE (J.), *RTD Civ.*, 1984, 714 et s. ; CHÉNEDÉ (F.), « Charles Demolombe, la condition potestative, 2^e partie », *RDC*, 1^{er} juill. 2013 n° 3, p. 1131 et s., spéc. n° 29 ; LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009, n° 338, p. 245 ; GJIDARA (S.), « le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil, première partie », *art. préc.*, n° 6 et s.

⁵ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1323.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 598 et s.

⁸ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 306 et s. et 1095 et s.

⁹ V. *supra*, n° 121.

du moment où il cherchera à s'en prévaloir. Il y a un comportement qui est exigé du débiteur – ou du créancier, puisque la règle a été étendue par la jurisprudence pour sanctionner le débiteur sous condition résolutoire qui en provoque la réalisation¹ ainsi que le créancier qui provoque l'évènement érigé en condition suspensive, ou empêche l'évènement posé en condition résolutoire² – qu'il s'agisse d'une abstention, ou d'une diligence spéciale³.

Par ailleurs, le devoir de bonne foi pourrait éventuellement suffire à fonder l'exigence de ne rien faire qui empêche la survenance de l'évènement conditionnel, mais il ne s'avère pas adapté pour transcrire les exigences positives de diligence, que la jurisprudence impose de plus en plus sur la base de cette règle, au-delà de la seule abstention prévue par le législateur⁴.

C'est ainsi à juste titre que M. WICKER considère que cet article implique l'existence d'une incombance à la charge du contractant bénéficiant d'une condition en sa faveur⁵. En effet, il s'agit d'une exigence comportementale pesant sur le contractant en présence d'une condition suspensive ou résolutoire, comme élément préalable à la possibilité, pour le bénéficiaire de la condition, de se prévaloir de sa défaillance – ou de sa réalisation, selon les cas.

166. Une manifestation spécifique de la force obligatoire du contrat en dehors de son effet obligationnel. Dans l'hypothèse où est stipulée une condition suspensive, l'application de cette règle traduit clairement l'effet de la force obligatoire du contrat au-delà de son contenu obligationnel, puisqu'elle implique une exigence comportementale, alors même que la condition à laquelle est soumise l'obligation est encore pendante, et que donc le débiteur ne peut être contraint à l'exécution de l'obligation⁶. Elle manifeste le fait qu'un engagement est d'ores et déjà pris.

D'ailleurs, si un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation a pu décider que l'article 1178 du Code civil n'est pas applicable entre les acquéreurs d'un bien

¹ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 67 ; *adde* CA Paris, 21 juill. 1982, *D.*, 1982, IR, p. 430 ; CA Poitiers, 1^{er} févr. 1881, *S.*, 1881, 2, p. 27. Le § 162 BGB prévoit ces deux hypothèses de perturbation du cours normal des choses en matière d'obligation conditionnelle.

² V. not. Cass. civ. III, 23 juin 2004, *Bull. civ. III*, n° 132 ; *adde* TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 67 : « *Au premier cas, l'évènement est tenu pour non-venu (...) au second cas, l'évènement est tenu pour accompli* » ; *adde* V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1324.

³ V. CA Montpellier, 1^{re} ch., 14 mars 1991, *J.-D.* n° 1991-034526 : l'empêchement imputable au débiteur « *peut résulter d'un acte positif, il peut tout aussi bien résulter d'une abstention ou d'un défaut de diligence* ».

⁴ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 68 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1106 et s.

⁵ V. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 31 ; *adde* MAZEAUD (D.), « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », *art. préc.*, n° 10.

⁶ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1099 : « *En interdisant au débiteur de se soustraire à son propre engagement, cette interdiction de se contredire est nécessaire à la sauvegarde même du contrat. Le détournement de la force obligatoire de la convention est des plus retors et ne peut être identifié, à proprement parler, avec une inexécution contractuelle.* ».

avec clause d'accroissement, dite de « tontine », faute d'un rapport de débiteur à créancier, dans le cas où l'un d'eux met fin aux jours de l'autre¹, il a, cependant, pu être relevé, à juste titre, qu'« *il est clairement établi aujourd'hui que les conventions n'ont pas pour effet unique la création d'obligations, et rien n'interdit d'appliquer le mécanisme de la condition à un objet autre qu'une obligation* »². Accepter cela conduit à reconnaître que l'article 1178 du Code civil doit être applicable lorsque l'une des parties compromet la réalisation de l'évènement érigé en condition de la naissance du droit de son partenaire, malgré le fait que celui-ci ne soit titulaire d'aucune créance à son égard³. Finalement, la règle de l'article 1178 a un domaine d'application large, en ce qu'elle « *n'est pas subordonnée à la qualité de créancier ou de débiteur, mais uniquement à celle de contractant* »⁴. Il est amené à jouer dans tout type de convention assorti d'une condition dont la réalisation dépend, pour une part, du comportement de l'une des parties.

167. Incombances et volonté. Il vient d'être vu, à travers l'exemple spécifique de l'article 1178 du Code civil, que les parties peuvent préciser les diligences qui s'imposent à l'une d'elles en raison de la stipulation d'une condition mixte à son profit. Plus largement, il peut être avancé que les parties ont tout à fait la possibilité de prévoir des incombances spécifiques dans leur contrat. Le législateur n'a pas le monopole de la création d'incombances. Celles-ci peuvent être d'origine volontaire.

C- Les incombances de source volontaire

168. Une liberté contrôlée des parties dans la stipulation d'incombances. À l'image de ce qui a été dit concernant les devoirs⁵, les parties sont libres d'insérer une ou plusieurs incombances dans leur contrat⁶. Ces contraintes peuvent ainsi être de source volontaire (1). Mais la possibilité de stipuler des incombances est, tout comme ce qui a été vu concernant les devoirs, limitée par les exigences nées de l'ordre public (2).

¹ V. Cass. civ. III, 5 déc. 2012, n° 11-24448, *RDC*, 1^{er} juill. 2013, n° 3, p. 945, note LATINA (M.), p. 1021, note GOLDIE-GÉNICON (C.).

² V. GOLDIE-GÉNICON (C.), *RDC*, 1^{er} juill. 2013 n° 3, p. 1021, note sous Cass. civ. III, 5 déc. 2012, *préc.* ; *adde* LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats, thèse préc.*, n° 81 et s., spéc. n° 83.

³ V. GOLDIE-GÉNICON (C.), *note préc.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *supra*, n° 131 et s.

⁶ En ce sens, V. not. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 19 et s.

1. Exemples d'incombances de source volontaire

169. L'incombance assortissant une clause de garantie de passif ou de créance.

Une clause de garantie de passif est parfois ajoutée à un contrat de cession de titres sociaux. La clause de garantie de passif permet au cessionnaire de demander au cédant qu'il lui paye une certaine somme en raison de la survenance d'une dette liée à l'activité de la société antérieure à la cession, et non connue lors de l'échange des consentements. Par cette garantie issue de la pratique et fréquente en matière fiscale, « *le cédant garantit l'exactitude du bilan à partir duquel le prix a été déterminé ; il prend en conséquence l'engagement d'assumer les dettes ne figurant pas dans ce bilan, mais dont l'origine est antérieure à la cession* »¹. En cas de survenance d'un passif lié à l'activité de la société antérieure à la cession, le cessionnaire peut actionner le cédant en garantie de ce passif. Or, il est généralement exigé un comportement de la part du bénéficiaire de cette clause, s'il désire pouvoir s'en prévaloir². En effet, la clause impose le plus souvent au cessionnaire d'informer le cédant, dans un certain délai, de la survenance de tout événement de nature à influencer sur la mise en œuvre de la garantie de passif, à compter de la survenance de cet événement³. Une « *même logique* »⁴ préside à l'insertion d'une clause de garantie de créance⁵.

Il a pu être remarqué que « *l'insertion d'une telle clause est d'autant plus nécessaire que l'obligation d'information ne s'impose pas de plein droit* »⁶. En effet, aucune disposition légale ne contient une telle exigence. Ainsi, une cour d'appel qui avait privé le cessionnaire de son droit à la garantie de passif sur le fondement général de la bonne foi, en l'absence de déchéance expressément prévue par les parties⁷, s'est fait clairement censurer par la Cour de cassation à l'occasion du célèbre arrêt *Les Maréchaux* de 2007⁸.

La question de la qualification juridique de cette contrainte insérée au contrat par les parties s'est donc posée. Or, il est clairement dit par la jurisprudence qu'il ne s'agit pas d'une obligation⁹. Cependant, l'inobservation de cette exigence de comportement est tout de même

¹ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., n° 817.

² V. not. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », art. préc.

³ V. not. Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13299.

⁴ V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), note sous CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *JCP E*, 2007, 1049, n° 4, J.-D. n° 2006-308310.

⁵ V. not. CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *D. soc.* 2006, n° 125, *JCP E*, 2007, 1049, n° 4 : Le bénéficiaire d'une clause de garantie de créances ne peut s'en prévaloir qu'à la condition de prouver avoir accompli les diligences minimales qui lui incombent.

⁶ V. not. Cass. com., 23 nov. 1993, *Bull. Joly*, 1994, 168, note COURET (A.) ; *Dr. sociétés* mars 1994, comm. 56, obs. Le NABASQUE (H.) ; *adde* note *JCP E*, 2003, 1203, n° 3, sous CA Paris, 25^e ch. A, 6 déc. 2002.

⁷ V. CA Paris, 14 mars 2006, *RJDA*, oct. 2006, n° 1038.

⁸ V. Cass. com., 10 juill. 2007, *préc.* Pour une analyse de cette décision, V. *infra*, n° 300 et s.

⁹ V. CA Paris, 17 mai 2002, *JCP E*, 2003, 1510 ; 2004, 29, 1, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.).

anormale¹ et engendre, de ce fait, une sanction. La jurisprudence prononce tantôt une fin de non-recevoir de la demande en garantie², tantôt une déchéance du droit à la garantie³, le plus souvent en raison de la stipulation expresse de cette sanction par les parties au contrat⁴. L'information exigée du bénéficiaire de la garantie, comme préalable à l'exercice de son droit, et dont le manquement est alors sanctionné par la perte de son droit à garantie, répond parfaitement à la définition de l'incombance⁵. Ainsi prévue à l'acte par les parties, l'incombance en intègre les effets et s'impose alors au cessionnaire, assujéti à la cession.

D'ailleurs, un arrêt de la chambre commerciale du 15 mars 2011⁶ sanctionne un arrêt d'appel au double visa des alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil pour avoir refusé de donner effet à la déchéance conventionnelle prévue dans une garantie de passif pour manquement à l'exigence d'information concernant une procédure de vérification fiscale. Par cet arrêt, la Cour donne effet à la déchéance du droit à la garantie de passif conventionnellement prévue en raison du manquement du cessionnaire à son incombance d'information.

Ainsi, il a pu être dit à propos de cette incombance volontaire, qu'« *il n'y a là qu'une saine conception de la force obligatoire des contrats : chaque fois qu'est conféré un pouvoir sur le sort du contrat à l'une des parties s'impose à celle-ci une obligation comportementale visant à ce qu'elle n'use pas de son pouvoir au détriment de son cocontractant* »⁷.

170. L'incombance résultant de la stipulation d'une clause d'essai⁸. Les parties à un contrat de vente peuvent stipuler une clause d'essai ou de dégustation de la chose à vendre⁹. Une telle clause met au bénéfice de l'acheteur « *une faculté d'expérimentation de la chose à vendre* »¹⁰. C'est-à-dire que « *l'acheteur est autorisé à utiliser le bien dont il envisage*

¹ Des auteurs ont pu avancer qu'il s'agit d'un comportement illicite, d'une faute : V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), *JCP E*, 2004, 29.1, note sous CA Paris, 3^e ch. B, 17 mai 2002.

² V. CA Paris, 17 mai 2002, *préc.*

³ V. CA Paris, 25^e ch. A, 6 déc. 2002, *préc.*

⁴ V. not. Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17843, *Rev. soc.*, 2010, p. 87 et s., note DOM (J.-Ph.) ; *D.* 2010, p. 287 et s., obs. LAMAZEROLLES (E.) ; *RTD Civ.*, 2009, p. 741 et s., obs. GAUTHIER (P.-Y.) ; *JCP E*, 2009, n° 1767, obs. DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.) ; *Dr. soc.* 2009, comm. 175, note COQUELET (M.-L.) ; *Dr. soc.* 2009, comm. 180, note MORTIER (R.) ; 15 mars 2011, *préc.*

⁵ V. *infra*, n° 213 et s., 297 et s., et 414 et s. En ce sens, V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), note sous CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *préc.* : selon ces auteurs ce comportement est : « *ce à quoi correspond la notion d'incombance* » ; « *il lui [cessionnaire], incombe (...) d'agir afin d'obtenir le paiement des créances à recouvrer, cela à peine de perdre le droit de se prévaloir de cette garantie, autrement dit d'en subir la déchéance* ».

⁶ V. Cass. com. 15 mars 2011, *préc.*

⁷ V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), note sous CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *art. préc.*

⁸ V. art. 1588 C. civ. : « *La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* ».

⁹ La faculté d'essai résulte aussi parfois des usages, V. not. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 87 ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 105.

¹⁰ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 9.

*l'acquisition, pendant un certain temps, afin d'en éprouver les qualités »*¹. Il pourra, à la suite de l'essai, émettre ou non son agrément à la vente, c'est-à-dire son consentement à conclure le contrat de vente.

L'ambiguïté de la vente au goûter ou à l'essai est souvent mise en avant. En effet, un débat existe quant à la détermination du caractère subjectif ou objectif de l'agrément : l'acheteur procède-t-il à l'essai afin de déterminer si la chose lui convient, ou pour vérifier si elle est dépourvue de défauts ? En l'absence de précision légale, il semble que cela relève de l'intention des parties². Mais MME BOUCARD a pu mettre en avant le fait que lorsque l'agrément a un caractère objectif, il tend en tout et pour tout à se confondre avec l'agrération, qui est liée à l'exécution. En effet, selon l'auteur, *« le refus deviendrait « lié » au constat d'une défectuosité de la chose. En ce sens, la condition suspensive mentionnée par l'article 1588 ne peut résider dans le consentement d'une partie, mais uniquement dans l'essai conduisant à l'état satisfaisant de la chose. Cela signifie que la vente est déjà formée. Dès lors, l'agrément intéresse son exécution et la distinction avec l'agrération s'obscurcit. Du reste, la jurisprudence confond quelquefois les refus d'agrément et d'agrération »*³. Ainsi l'auteur défend le caractère subjectif de l'agrément, et montre que si les parties décident de lui donner un caractère objectif, cela transforme l'agrément en agrération.

A la différence de l'agrération, qui est liée à l'exécution, l'agrément est libre puisqu'il est lié au consentement de l'acheteur⁴. Son but *« est de renseigner l'acheteur sur l'objet qu'il se propose d'acquérir »*⁵. Ainsi, *« l'essai demande généralement du temps »*⁶. Mais cela pose le problème de laisser le vendeur dans l'expectative. Sa situation d'attente justifie qu'une exigence de diligence pèse sur l'acheteur lors de l'expérimentation. En effet, *« l'acceptation définitive de l'acheteur sera donnée dans le délai convenu ou, à défaut, dans un délai raisonnable »*⁷. La clause d'essai assortie d'un délai subordonne le droit de refuser l'agrément à l'expérimentation diligente de la chose objet de la vente⁸. L'acheteur doit procéder à l'essai, préalablement à l'exercice du droit d'option. Il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'une exigence purement comportementale⁹, et plus précisément d'une incombance : *« la réponse de l'acheteur doit intervenir dans le délai fixé pour l'essai. S'il s'avise de conserver l'objet à l'issue de ce délai, cela vaut agrément et rend le contrat définitif »*¹⁰. Or, plutôt qu'une

¹ V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 87.

² V. BOUCARD (H.), *L'agrération de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 11.

³ V. *Ibid.*, n° 13.

⁴ V. *Ibid.*, n° 12.

⁵ V. *Ibid.*, n° 16.

⁶ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 105.

⁷ V. LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2007, n° 139.

⁸ V. Cass. com., 22 mai 1991, n° 89-13817.

⁹ V. BOUCARD (H.), *L'agrération de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 16, n. 52 : *« l'expérimentation apparaîtra comme un devoir plutôt qu'une obligation, stricto sensu, de l'acheteur »*.

¹⁰ V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 87. Cass. civ., 10 janv. 1928, DP, 1929, 1, 126 : *« ses constatations, suivant lesquelles l'acheteur a conservé le cheval sans observations à l'expiration du délai d'essai, a continué à l'utiliser et ne l'a renvoyé au vendeur que »*.

pseudo-volonté de donner l'agrément, il semble qu'il s'agit ici de sanctionner la négligence de l'acheteur, qui ne s'est pas manifesté à temps. L'expression du refus d'agrément dans le délai octroyé pour procéder à l'essai conditionne le droit pour le potentiel acheteur de refuser d'acquérir la chose. L'acheteur qui n'exprime pas son refus d'agrément dans le délai imparti perd le droit de l'opposer par la suite. Cela correspond plus exactement à une incombance sanctionnée par une déchéance¹.

171. La possible « superposition » des incombances. Il se peut, dans la pratique, que les parties conviennent du nécessaire respect d'une incombance pour faire courir le délai encadrant l'accomplissement d'une autre incombance. Ces contraintes peuvent ainsi se « superposer », s'additionner. En fournit la preuve une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 23 juin 2010².

En effet, en l'espèce, un contrat de vente prévoyait que ce serait à compter de l'envoi d'une lettre recommandée par le vendeur à l'acheteur, que courrait le délai pour que ce dernier accomplisse les diligences nécessaires auprès du banquier afin d'obtenir un prêt. Ces diligences sont précisément des incombances mises expressément à la charge de l'acheteur par les parties au contrat, et à défaut de l'observation desquelles la règle de l'article 1178 du Code civil aurait vocation à s'appliquer³.

Mais par ailleurs, et selon l'accord des parties, l'envoi de la lettre par le vendeur était un élément préalable à la revendication par celui-ci du manquement de l'acheteur à ses incombances, puisqu'il faisait débiter le délai qui lui était imparti pour accomplir ses diligences. Ainsi, la troisième chambre civile a pu considérer que cette stipulation impliquait que le vendeur ne pouvait plus se prévaloir de la défaillance de l'acheteur, pour n'avoir pas procédé à l'envoi préalable de la lettre recommandée. La lettre participait d'une procédure⁴ de constatation de la défaillance du débiteur et était, en l'espèce, une véritable incombance de source volontaire à la charge du vendeur, ayant la particularité de faire courir le délai d'une autre incombance, cette fois-ci à la charge de l'acheteur. En définitive, le manquement à cette incombance d'envoi d'une lettre a entraîné, pour le vendeur, la perte du droit de se prévaloir du manquement de l'acheteur à sa propre incombance.

Mais la stipulation d'incombances n'est pas dénuée de limites.

plusieurs jours après, impliquent nécessairement qu'il y a eu de sa part un agrément qui rendait le contrat définitif»; Cass. civ. I, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 304, CCC, 1998, n° 161, note LEVENEUR (L.) ; RTD Civ., 1999, 376, obs. MESTRE (J.) ; Defr., 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) : « la vente conclue sous la condition suspensive d'un essai satisfaisant devient parfaite si, à l'expiration du délai d'essai, l'acheteur n'a pas manifesté sa volonté de ne pas conserver le bien ».

¹ Sur la question des incombances dissimulées derrière des fictions de volonté, V. *infra*, n° 254 et s.

² V. Cass. civ. III, 23 juin 2010, n° 09-15939, J.-D. n° 2010-010092.

³ V. *supra*, n° 163 et s.

⁴ Sur le lien entre l'incombance et la « procéduralisation » de l'exercice d'un droit, V. *infra*, n° 299 et s.

2. Les limites à la stipulation des incombances

172. Des stipulations d'incombances pouvant constituer des clauses abusives.

Tout comme pour les devoirs contractuels, « *la seule limite à la liberté contractuelle est le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs imposé par l'article 6 du Code civil* »¹.

Or, dans diverses hypothèses, la stipulation d'une incombance par les parties au contrat peut s'avérer abusive et risque ainsi d'être sanctionnée par le réputé non-écrit. C'est alors l'expression de la limite jouée par l'ordre public.

Il en va ainsi, tout d'abord, du cas où la sanction assortissant cette contrainte, à savoir la déchéance, fait l'objet de prohibitions spéciales. Par exemple, certaines clauses de déchéance sont prohibées en droit des assurances².

Ensuite, le fait de mettre une incombance à la charge du cocontractant peut parfois être constitutif d'une clause abusive. Par exemple, le vendeur n'a pas le droit de contrôler la livraison pour le compte de l'acheteur, ce serait une clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation³.

Enfin, des exigences comportementales ne peuvent être ajoutées conventionnellement à la charge de l'acheteur consommateur, du fait du caractère d'ordre public de l'article L. 312-16 du Code de la consommation. Par exemple, est contraire aux dispositions de ce texte la clause qui prévoit qu'à défaut de réponse de l'organisme prêteur dans un certain délai, l'indemnité d'immobilisation serait acquise au promettant⁴. Pareillement, ne peut être imposée à l'acheteur consommateur l'incombance de déposer un dossier de crédit dans un certain délai⁵.

173. Des effets du contrat traduisant l'assujettissement des parties à l'acte. Des incombances de source internationale, légale ou volontaire, sont parfois à la charge des contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Ces contraintes s'intègrent ainsi aux effets du contrat et s'imposent dès lors aux parties qui l'ont conclu. La notion d'assujettissement s'avère encore ici d'un intérêt certain pour expliquer le fondement de ces contraintes comportementales. En tant qu'elles sont soumises au respect de la relation contractuelle, c'est-à-dire à tous les effets qui découlent de la conclusion du contrat, les parties sont tenues d'observer les incombances qui en résultent éventuellement.

174. Conclusion de la section. L'intérêt de l'assujettissement est de fonder juridiquement l'existence de devoirs et d'incombances à la charge des contractants. Ces

¹ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

² V. *Ibid.*

³ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 34.

⁴ V. Cass. civ. I, 7 juill. 1993, n° 91-20395, Bull. civ. I, n° 252.

⁵ V. Cass. civ. III, 6 juill. 2005, n° 04-13381, Bull. civ. III, n° 154.

exigences peuvent être tant de source objective que subjective. Il n'en reste pas moins que dans ces différents cas, elles sont des effets de la conclusion du contrat qui a force obligatoire. Ces exigences traduisent de manière spécifique la dimension comportementale du contrat, au-delà de son contenu obligationnel.

175. Conclusion du chapitre. Si l'observation du droit positif montre que des devoirs et des incombances s'imposent aux parties contractantes, la théorie générale du contrat doit être à même d'expliquer ces phénomènes. Précisément, l'analyse normativiste permet de justifier le fait que la norme créée donne lieu à un ensemble de règles prévues par les parties ou le législateur, qui vont s'imposer aux contractants en raison de leur soumission volontaire à cette nouvelle situation juridique. Les parties ayant conclu le contrat se trouvent soumises à sa force obligatoire. Cette soumission des contractants en raison de la conclusion du contrat peut être traduite par la notion d'assujettissement. En effet, cette dernière rend compte de la dimension comportementale du contrat à l'égard des parties, c'est-à-dire de son emprise sur la personne des contractants. Leur engagement entraîne une restriction de leur autonomie juridique. Il implique qu'elles devront adopter certains comportements venant limiter d'autant leur liberté. Les parties doivent observer l'ensemble des contraintes qui découlent nécessairement de la conclusion du contrat, tant issues de leur volonté, qu'imposées par le droit objectif. Aussi les devoirs et les incombances contractuels permettent-ils de rendre compte de l'assujettissement que subissent les parties en raison de la conclusion du contrat. Ces exigences peuvent être inhérentes à tout contrat, ou spécifiques à certains types de relations contractuelles. En tout état de cause, elles en intègrent les effets, dont la force obligatoire en garantit le respect. Les devoirs et les incombances contractuels, en tant qu'expressions de l'assujettissement des parties, traduisent ainsi la dimension obligatoire du contrat au-delà de son contenu obligationnel.

176. Conclusion du titre. La notion d'obligation, au cœur de l'étude du contrat, fait parfois l'objet d'un emploi abusif qui tend à en déformer le sens. Originellement comprise comme étant un lien de droit en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur l'exécution d'une prestation en sa faveur, l'obligation civile a une acception stricte et ne peut servir à décrire toute contrainte juridiquement sanctionnée. L'obligation a une nature économique car elle a pour objet le transfert d'une valeur patrimoniale. Or, des contraintes purement comportementales sont par ailleurs exigées des contractants à l'occasion de l'exécution du contrat et doivent, en raison de leur nature, être clairement distinguées des obligations civiles. En effet, l'observation du droit positif mène au constat que le contrat entraîne d'autres effets, tant à l'égard des parties, qu'à l'égard de la chose en faisant l'objet. Précisément, les parties vont avoir, du fait de la conclusion du contrat, un certain comportement à adopter. Elles peuvent avoir à observer des devoirs et des incombances contractuels. Ces contraintes

s'imposent aux contractants à l'occasion, et en raison de la conclusion du contrat, au-delà des stipulations expresses des parties. Le régime propre à l'obligation civile et lié à sa dimension économique, ne peut s'appliquer à ces contraintes.

Cette observation menée, il peut alors être proposé de voir en l'analyse normativiste du contrat le fondement de la reconnaissance de l'existence de devoirs et d'incombances contractuels. En effet, cette théorie permet d'expliquer que la norme nouvellement créée donne lieu à un ensemble de règles prévues par les parties ou le législateur, qui vont s'imposer aux contractants en raison de leur soumission volontaire à cette situation juridique. Les parties ayant conclu le contrat se trouvent soumises à sa force obligatoire. Cette soumission implique qu'elles devront adopter certains comportements venant limiter d'autant leur liberté. Elles sont assujetties au contrat. L'assujettissement des parties à l'acte implique qu'elles doivent observer l'ensemble des contraintes qui en découlent nécessairement, tant issues de leur volonté, qu'imposées par le droit objectif. Bien loin de s'opposer à la reconnaissance de la dimension morale des devoirs et des incombances imposés aux parties, l'analyse normativiste s'accorde avec la considération selon laquelle l'ordre juridique général poursuit certaines finalités, et n'est donc pas dépourvu de repères axiologiques. Précisément, les devoirs et les incombances sont la traduction de la dimension comportementale du contrat. Ces contraintes révèlent la restriction de l'autonomie des parties liée à la conclusion du contrat.

Mais, si ces notions partagent une même nature, à savoir une nature purement comportementale, et impliquent une certaine attitude à la charge du contractant à l'occasion de l'exécution du contrat, elles ne décrivent pourtant pas le même type de contrainte. C'est en cela qu'il est possible d'avancer qu'il s'agit d'espèces distinctes appartenant à un genre commun.

TITRE II

DES CONTRAINTES

COMPORTEMENTALES DISTINCTES

177. Une distinction en question. Une fois ces contraintes non-obligationnelles identifiées, il peut être tentant de les assimiler purement et simplement¹. D'ailleurs, l'incombance est parfois qualifiée de devoir². Néanmoins, sa spécificité est dans le même temps soulignée³. Elle semblerait alors caractériser un devoir particulier, une sous-catégorie de devoir. La question qui se pose à l'occasion de l'analyse de ces notions, est donc celle de savoir si elles décrivent un même phénomène, assorti de variantes, ou bien si elles revêtent des réalités distinctes. Afin de le déterminer, il faut analyser les éléments qui les caractérisent et voir s'ils sont communs aux devoirs et aux incombances.

178. L'autonomie conceptuelle du devoir et de l'incombance. Le devoir et l'incombance ont en commun le fait d'être des exigences comportementales, pouvant s'imposer aux contractants, qui se distinguent des obligations qu'ils doivent par ailleurs exécuter. Mais au-delà de cette commune distinction de l'obligation civile, chacune de ces contraintes présente des particularités qui empêchent de les assimiler complètement. Et précisément, l'étude approfondie des devoirs et des incombances contractuels aboutit au constat de leur dissemblance, de leur autonomie conceptuelle⁴. Ces phénomènes trouvent des éléments caractéristiques distincts qui impliquent des définitions distinctes⁵. Il s'agit donc de sous-catégories singulières au sein de la catégorie plus générale des contraintes purement comportementales, qui les regroupe⁶. Le recours au terme incombance est ainsi heureux

¹ V. LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 323 : L'auteur classe, par exemple, les devoirs généraux qui s'imposent entre professionnels dans la catégorie des incombances.

² V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

³ V. *Ibid.*

⁴ Sur la technique du concept en matière juridique, V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, n° 50.

⁵ Sur la notion de « définition », V. VOLANSKY (A.), *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Paris, LAM, 1929, n° 38 ; *adde* HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 17 : cette œuvre de définition et de classification « fait partie du travail du juriste préoccupé du fondement de sa discipline et de ses rapports avec la philosophie générale ».

⁶ V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, n° 52 : « la définition juridique sera d'autant plus parfaite, qu'elle analysera plus complètement la compréhension de l'idée à fixer, en la rattachant à un

puisque'il « *permet de distinguer ce mécanisme non seulement de la notion d'obligation, mais également de celle de devoir* »¹. Ces contraintes distinguées l'une de l'autre, il est alors possible d'opérer une typologie des devoirs d'une part, et des incombances d'autre part. Des sous-catégories propres à chacune de ces espèces d'exigences comportementales peuvent, en effet, être proposées.

179. Éléments permettant la distinction du devoir et de l'incombance contractuels. La définition du devoir et de l'incombance contractuels passe par la compréhension de leurs spécificités. Elle implique la recherche de la réalité que revêtent ces contraintes juridiques. Or, les termes distincts de devoir et d'incombance correspondent précisément à la description de données autonomes. L'autonomie du devoir vis-à-vis de l'incombance, et *vice versa*, se traduit à la fois par le fait que ces contraintes ont un contenu distinct, mais également en ce qu'elles ne poursuivent pas la même finalité. En effet, c'est tant par leur objet (Chapitre I), que par leur finalité (Chapitre II), que ces deux types de contraintes se distinguent.

Chapitre I : Un objet distinct

Chapitre II : Une finalité distincte

genre prochain (supposé préalablement connu), pour l'en séparer par la différence spécifique, qui marque l'individualité propre de l'objet à définir ».

¹ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

Chapitre I

Un objet distinct

180. L'objet ou la « consistance » du devoir et de l'incombance. La notion d'objet connaît une multitude de sens¹. Il a pu être justement remarqué qu'« *il est extrêmement difficile de donner abstraitement un sens au terme « objet »* »². En effet, ce mot, issu du terme latin « *objectum* » signifiant « ce qui est placé devant », lui-même dérivé du verbe « *obicere* » désignant l'action de « jeter devant »³, exprime, dans un sens philosophique, ce qui occupe l'esprit, ce qui est analysé⁴. Mais en matière juridique⁵, cette notion ne revêt pas toujours le même sens. Il a pu être remarqué que l'objet est tantôt compris comme désignant « ce sur quoi porte » une chose⁶, tantôt comme « ce vers quoi elle tend »⁷, et enfin souvent comme « ce en quoi elle consiste »⁸. Concernant spécifiquement l'étude des devoirs et des incombances, il a été vu que ces contraintes portent sur la personne des contractants. Ainsi, le premier sens possible de la notion d'objet n'apporte pas de précision à l'analyse exposée. Quant au deuxième sens évoqué, il renvoie à la question de la finalité de ces phénomènes. Si celle-ci doit être abordée⁹, il ne semble pas adéquat de l'envisager avant même d'avoir compris « ce en quoi consistent » les devoirs et incombances. Or, c'est précisément dans ce dernier sens qu'est ici employée la notion d'objet. En effet, l'étude de l'objet du devoir (Section I), ainsi que de l'objet de l'incombance (Section II) permettra de mettre en lumière la différence de contenu de ces contraintes non obligationnelles.

¹ V. Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Objet.

² V. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat, thèse préc.*, n° 49.

³ V. Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, *op. cit.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. not. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat, thèse préc.*

⁶ V. *Ibid.*, n° 50. L'objet se distingue alors du contenu de la chose. Par exemple, les droits subjectifs ont pour contenu une prérogative ou un ensemble de prérogatives, mais ils ont pour objet une personne ou une chose : V. DABIN (J.), *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 164 et s.

⁷ V. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat, thèse préc.*, n° 52. La notion se rapproche alors et se confond parfois avec celle de cause (finale).

⁸ V. *Ibid.*, n° 51. C'est dans ce sens que les auteurs entendent l'objet du contrat ou de l'obligation : il s'agit d'étudier leur contenu. V. CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 54.

⁹ V. *infra*, n° 269 et s.

Section I

Objet du devoir contractuel

181. Objet du devoir contractuel et type de contrainte. L'étude de l'objet du devoir contractuel consiste à comprendre ce que revêt précisément la contrainte qu'il implique à l'égard du contractant. Il s'agit d'appréhender les spécificités de cette exigence comportementale, qui en font une contrainte autonome et distincte de l'incombance. C'est-à-dire qu'il s'agit de déterminer quelles sont les caractéristiques propres au devoir qui permettent de l'identifier et de réunir ses différentes manifestations en une catégorie spécifique. Et précisément, l'étude des devoirs contractuels aboutit au constat que le devoir se distingue d'autres types de contraintes par différents éléments caractéristiques (§1). Une fois ces éléments de définition du devoir abordés, et donc cette catégorie de contrainte précisément identifiée, il sera alors tenté d'établir une typologie des devoirs contractuels, sur la base de caractéristiques qui ne leur sont pas communes (§2).

§1- Les éléments caractéristiques du devoir contractuel

182. Éléments de définition relevés. Il est possible de relever trois éléments de définition du devoir. En effet, d'une part, le devoir se distingue d'autres types de contraintes par son caractère permanent (A). D'autre part, il se différencie spécifiquement de l'incombance par sa portée catégorique (B). De troisième part, il a pour caractéristique d'être une contrainte essentielle, fondamentale, dans le contrat (C).

A- Une contrainte permanente

183. Devoir et durée. ROUBIER a pu démontrer que tout devoir juridique est lié à une situation juridique¹. En vertu de la situation dans laquelle il se place, le sujet de droit a des devoirs qui s'imposent à lui tant que dure cette situation. Or, c'est précisément le devoir juridique qui permet de rendre compte de l'inscription de la situation juridique dans la durée.

En ce qui concerne la matière contractuelle, les contractants entrent volontairement dans la situation juridique constituée, et se trouvent de ce fait soumis à certaines exigences. Parmi celles-ci, les devoirs sont les contraintes permettant de rendre compte de la rigueur

¹ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op cit., p. 49 et s. V. supra, n° 83 et s.

continue du contrat sur la personne des contractants. Les devoirs contractuels durent tant qu'existe la relation contractuelle. En effet, M. FAGES a justement souligné que « *les obligations de bon comportement pèsent sur les parties tout au long du contrat, c'est-à-dire à tout instant et dans la durée* »¹. C'est précisément ce caractère qui différencie les devoirs contractuels des obligations *stricto sensu*. La particularité du devoir est qu'il s'inscrit dans la durée, il se prolonge dans le temps et ne se réduit donc pas à une observation instantanée. La contrainte perdure, y compris dans le cadre contractuel. Dès lors qu'elle s'impose, cette exigence pèse de manière permanente sur les épaules du contractant. Il s'agit d'une véritable singularité de cette contrainte que constitue le devoir contractuel, c'est un caractère qui lui est propre.

Par exemple, le devoir de bonne foi doit être observé à chaque instant du rapport contractuel. Aucun contractant ne saurait être libéré de son devoir de bonne foi sous prétexte qu'il l'aurait correctement observé dans les premiers temps de la relation.

Il en va de même pour les devoirs contractuels spéciaux. En effet, lorsque la relation contractuelle le justifie, un devoir de coopération va peser de manière continue sur les parties². Même si cette coopération implique parfois l'exécution d'obligations contractuelles³, ou l'accomplissement de divers actes ponctuels⁴, la contrainte générale de coopération de laquelle ils procèdent est quant à elle permanente et l'attention des contractants doit être de tous les instants.

Le caractère permanent du devoir est ainsi une particularité majeure de cette norme comportementale, qui permet là encore de la distinguer de l'obligation civile, mais également de l'incombance, et qui contribue ainsi à en démontrer l'autonomie conceptuelle.

184. Caractère distinguant le devoir de l'incombance et de l'obligation. Au-delà de leur différence de nature⁵, devoir et obligation se distinguent encore conceptuellement en ce que le premier a un caractère permanent, tandis que la seconde comprend une exécution nécessairement définie dans le temps. Cet élément de distinction a pu être soulevé en doctrine. M. STOFFEL-MUNCK a en effet mis en avant qu'« *alors que le devoir pèse en permanence sur l'individu, l'obligation naît et meurt puis une nouvelle obligation naîtra à l'occasion d'un nouvel engagement qui nous rendra débiteur*. Contrairement au devoir, l'obligation est du domaine de l'instant, et si l'interdiction des engagements perpétuels se comprend bien, l'idée

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 530.

² V. *supra*, n° 134 et s.

³ V. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse préc., n° 443 : l'auteur montre que le devoir d'assistance, expression particulière du devoir de collaboration, « *trouve son prolongement naturel dans une obligation d'information* », ou « *emporte également logiquement, [...] une obligation de non-concurrence*. » (c'est l'auteur qui souligne).

⁴ Par ex. la mise en demeure, V. *infra*, n° 251.

⁵ V. *supra*, n° 48 et s.

de devoir perpétuel ne choque personne, et apparaîtrait au contraire comme naturelle »¹. Justement, plutôt que le caractère général de la source, ou l'absence de destinataire déterminé, qui ont pu être proposés comme éléments de distinction du devoir vis-à-vis de l'obligation², et dont la pertinence a été relativisée³, c'est sa poursuite dans le temps, son inscription dans la durée, qui peut être retenue comme élément caractéristique du devoir.

Y compris dans le cadre contractuel, le devoir se distingue ainsi de l'obligation. Celle-ci ayant pour objet une prestation, son observation réside dans l'exécution de cette prestation, c'est-à-dire en une action déterminée, qu'elle soit ou non amenée à être répétée. En revanche, le devoir est une directive permanente que le contractant doit observer et respecter à tout moment au cours de la relation contractuelle.

Ce caractère permet également – et c'est ce qui importe davantage dans l'optique de démontrer l'autonomie conceptuelle de ces deux contraintes – de différencier le devoir de l'incombance. En effet, il sera vu que cette dernière se rapproche davantage de l'obligation que du devoir sur le plan de la temporalité en ce qu'elle revêt un caractère ponctuel⁴. Il ne faut donc pas confondre contrainte comportementale et directive permanente. Parmi les contraintes de nature purement comportementale, certaines s'inscrivent nécessairement dans la durée – il s'agit des devoirs – tandis que d'autres relèvent d'une observation plus instantanée – il s'agit des incombances. Le critère temporel n'est donc pas une caractéristique de nature à différencier les contraintes non-obligationnelles des obligations, mais permet plutôt de distinguer ces contraintes entre elles.

Le caractère permanent du devoir apparaît clairement lorsque le contractant, toujours soumis à l'engagement, n'a pas ou plus à exécuter d'obligations. Cette contrainte s'impose au-delà de la seule exécution des obligations.

185. Manifestations de la permanence de la contrainte. En matière contractuelle, le caractère permanent du devoir implique que cette contrainte s'impose au contractant au-delà des obligations qui découlent de l'accord, à partir du moment où le contrat, situation juridique en justifiant l'existence, est conclu. Ainsi, le devoir de bonne foi, le devoir de sécurité, ou encore le devoir de coopération, doivent être observés une fois l'accord formé et parfois avant même l'exécution des obligations contractées. Par exemple, le devoir de bonne foi s'impose aux parties à un contrat dont l'obligation principale fait l'objet d'une condition suspensive. Tant que la condition est pendante, le débiteur n'a pas à exécuter l'obligation. En revanche, l'accord étant d'ores et déjà formé, le débiteur comme le créancier sont tenus de se

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 149 (nous soulignons).

² V. not. CARBONNIER (J.), *Droit civil, les obligations, les biens, op. cit.*, n° 922 ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 148.

³ V. *supra*, n° 48 et s.

⁴ V. *infra*, n° 230 et s.

conformer à leur devoir de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils ne doivent rien faire qui vienne nuire à la bonne poursuite de l'accord¹. Cette contrainte comportementale s'impose dès l'accord formé et jusqu'à ce que les obligations qui en découlent soient correctement et intégralement exécutées.

Par ailleurs, ces exigences comportementales s'imposent toujours au contractant dans l'hypothèse d'une suspension de l'exécution du contrat. S'il n'a plus à exécuter les obligations nées de l'acte juridique, le contractant reste néanmoins soumis aux devoirs qui persistent tant que le contrat n'a pas pris fin. Par exemple, pendant un arrêt de travail, le salarié reste tenu de respecter son devoir de bonne foi envers son employeur².

Le caractère permanent du devoir implique que la contrainte qu'il renferme s'exerce sur le contractant de manière continue tout au long de l'existence du rapport contractuel. Mieux que les obligations, qui peuvent être conditionnées ou suspendues, ce sont les devoirs contractuels qui traduisent l'impact invariable de la conclusion du contrat sur la personne des contractants.

186. Autre critère distinctif du devoir. Le critère temporel ne suffit cependant pas pour cerner la spécificité du devoir, particulièrement vis-à-vis de l'incombance. Au caractère permanent du devoir s'en associe un autre, majeur, à savoir que le devoir est une contrainte qui s'impose de manière catégorique au sujet.

B- Une contrainte catégorique

187. Explications sur la notion de contrainte catégorique. Parmi les impératifs d'ordre moral, KANT, philosophe moraliste, a opéré une distinction entre les impératifs catégoriques et hypothétiques³. Selon l'auteur « *tous les impératifs commandent ou hypothétiquement ou catégoriquement. Les impératifs hypothétiques représentent la nécessité pratique d'une action possible, considérée comme moyen d'arriver à quelque autre chose que l'on veut (ou du moins qu'il est possible que l'on veuille). L'impératif catégorique serait celui*

¹ Certains auteurs voient ainsi en l'art. 1178 C. civ. une manifestation du devoir de bonne foi. Toutefois, pour une analyse de ce mécanisme spécifique comme impliquant une incombance à la charge du débiteur, V. *supra* n° 119 et s.

² V. Cass. soc., 27 nov. 1991, J.-D. n° 1991-003213, Bull. civ. 1991, V, n° 537 : le bénéficiaire d'un congé sabbatique – qui suspend l'exécution du contrat de travail – reste « *tenu de respecter les obligations de loyauté et de non-concurrence à l'égard de son employeur* » ; 21 juill. 1994, D., 1994, IR, p. 202 : le salarié qui travaille habituellement pendant un congé maladie pour son propre compte adopte un comportement déloyal rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constitue une faute grave. Dans le même sens : Cass. soc., 6 févr. 2001, *Société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria c/ Mme Francine Bardagi et al.*, Bull. civ. V, n° 43 ; 10 mai 2001, *Sté Métropolight c/ Harter*, Bull. civ. V, n° 159 ; 4 juin 2002, n° 00-40894 ; (solution reprise par : Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-16649) ; 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 211 ; 21 oct. 2003, Bull. civ. V, n° 258 ; 30 mars 2005, Bull. civ. V, n° 110.

³ V. KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit.

qui représenterait une action comme nécessaire pour elle-même, et sans rapport à un autre but, comme nécessaire objectivement »¹. Si cette distinction concerne originairement l'étude des devoirs moraux, elle s'avère cependant d'un intérêt certain quant à l'étude des différents types de contraintes juridiques². En effet, elle peut précisément servir à distinguer les exigences juridiques qui s'imposent au sujet en tant que nécessités objectives et inconditionnées, de celles qui s'imposent dans l'hypothèse où il voudrait obtenir tel avantage juridique. Précisément, dans le cadre contractuel, les devoirs s'imposent aux contractants de manière nécessaire, ils doivent être observés sans condition, à partir du moment où les parties ont accepté la relation contractuelle. Adapté à l'étude des règles juridiques, l'impératif catégorique apparaît tout à fait apte à décrire la portée normative des devoirs juridiques, et plus spécialement des devoirs contractuels (1). Cette caractéristique du devoir implique que son manquement est nécessairement fautif (2).

1. Le devoir contractuel comme contrainte catégorique

188. La dimension catégorique du devoir. En tant que contrainte juridique, le devoir contractuel est un commandement, il s'agit d'un impératif³. Ce dernier peut s'imposer par la force du droit objectif ou du fait de la volonté des parties⁴. Il n'en reste pas moins qu'une fois intégré au contrat, le devoir revêt une portée catégorique. En effet, son observation est une nécessité, à partir du moment où les parties se sont placées dans la situation juridique en justifiant l'existence. Elles sont *tenues de* respecter ces commandements qui font autorité. Par exemple, le contractant *doit* être de bonne foi à l'occasion de l'exécution du contrat. Il ne s'agit pas d'un choix, d'une option de comportement afin d'obtenir un avantage particulier, il s'agit d'une contrainte inconditionnée, d'un impératif pur. Le caractère catégorique du devoir, ajouté à son caractère permanent, n'est pas sans conséquences au regard de la portée même de cette contrainte.

¹ V. *Ibid*, spéc. p. 85 (c'est l'auteur qui souligne). Dans le cadre de sa philosophie morale, KANT soutient qu'il n'y a qu'un seul impératif catégorique « *et c'est celui-ci : Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle* » (V. *Ibid*, p. 94 et s. C'est l'auteur qui souligne) ; *adde* *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Impératif : « *Un impératif est hypothétique, si le commandement qu'il énonce est subordonné, comme moyen, à quelque fin que l'on veut atteindre, ou du moins que l'on pourrait vouloir atteindre : « Mange sobrement si tu veux conserver ta santé » ; - il est catégorique s'il ordonne sans condition : « Sois juste » » (c'est l'auteur qui souligne).*

² Il sera néanmoins vu plus loin que les devoirs servent le but spécifique d'assurer la bonne fin du contrat et ne sont donc pas des impératifs catégoriques au sens moral. V. *infra*, n° 271 et s. Mais toute norme juridique poursuivant un certain but (la justice, la sécurité, etc.), il doit être plus généralement avancé qu'aucune règle de droit ne peut répondre exactement à la définition de l'impératif catégorique proposée par KANT, un tel impératif ne pouvant exister que dans l'ordre de la morale ; *comp.* JESTAZ (Ph.), « Les frontières du droit et de la morale », *art. préc.*

³ V. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° Impératif : « *on peut considérer l'impératif comme une des espèces du genre normatif, qui comprendrait en outre l'apprécatif (« ceci vaut mieux que cela »), le parénétique [V° Parénétique : « qui concerne l'exhortation, qui constitue une exhortation »], etc. ».*

⁴ V. *supra*, n° 131 et s.

189. L'hypothèse des « conflits de devoirs ». Lorsque plusieurs devoirs s'imposent au contractant, ces contraintes se cumulent et doivent être observées toutes à la fois. Le contractant peut en effet avoir divers devoirs à honorer concomitamment en vertu de l'engagement pris. Par exemple, s'il doit respecter la foi contractuelle, il doit tout autant assurer la sécurité de son cocontractant au cours de l'exécution du contrat.

Cependant, ce cumul des devoirs peut engendrer des « conflits de devoirs »¹. En effet, un devoir peut, par son contenu, s'opposer frontalement à un autre, par ailleurs attendu du contractant. Par exemple, le devoir de conseil du notaire est confronté au nécessaire respect d'un devoir déontologique de neutralité, et de respect du secret professionnel². Il en va de même du banquier qui a un devoir de non-ingérence, de réserve, vis-à-vis des affaires de son client³. Puisque le conseil, tout comme la discrétion, est un devoir qui s'impose de manière catégorique et permanente au contractant professionnel, la question se pose de savoir lequel de ces devoirs privilégier. Ces exigences comportementales quelque peu contradictoires s'imposent, de la même façon, au contractant. En vertu du premier de ces devoirs, le professionnel doit apporter une aide à son client, il doit collaborer avec lui dans leur intérêt commun. Seulement, pour connaître les besoins de son client et le conseiller avec le plus d'efficacité possible, le contractant professionnel devra nécessairement accéder à certaines informations, ce qui risque de le conduire à manquer à son devoir de non-ingérence. Il apparaît, au vu de cet exemple, que l'observation de chacune de ces directives comportementales se heurte au respect de l'autre.

Mais, plutôt qu'un « conflit de devoirs », il faudrait voir en ces hypothèses, la manifestation de l'existence de limites à ces contraintes. Les exemples évoqués montrent que le devoir, bien qu'étant une exigence s'imposant de manière catégorique au contractant à l'occasion de la relation qui le lie à l'autre partie, n'est pas sans bornes. Un devoir peut précisément constituer la limite d'un autre devoir⁴. En cela, il ne peut être considéré comme étant une contrainte absolue. Une telle qualification a pu parfois être donnée au devoir de conseil du notaire, en ce qu'il s'impose au bénéfice de tout client, qu'il soit d'ores et déjà assisté d'un conseil ou non⁵. Mais si ce devoir pèse de manière nécessaire sur le professionnel

¹ Sur la question spécifique des conflits entre devoir juridique et devoir extra-juridique (moral, religieux, philosophique) : V. WILLMANN (Ch.), « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, n° 21, p. 900 ; « Violence, contrat et religion », *D.*, 2000, p. 76.

² V. BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », *art. préc.*

³ V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc., p. 132 et s.

⁴ Pour un autre ex., V. LAITHIER (Y.-M.), « Cession de droits sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant l'emporte sur son obligation de confidentialité », *RDC*, avr. 2013, p. 873 et s. : « *le secret des affaires, même s'il est renforcé par un engagement contractuel antérieur à la cession des actions par l'associé, cède devant l'impérieuse exigence de transparence imposée au dirigeant social. La solution est opportune : donner effet à la clause de confidentialité, c'était permettre au dirigeant de contourner son devoir de loyauté à bon compte* ».

⁵ V. not. Cass. civ. I, 10 juill. 1995, n° 93-13672 : « *le notaire était personnellement tenu d'éclairer Mme Y... sur les conséquences de ses engagements, bien qu'elle fût assistée d'un avocat* » ; Cass. civ. I, 12 déc. 1995, n° 93-18753 et 93-19460, Bull. civ. I, n° 459, p. 320 ; 3 avr. 2007, n° 06-12831, Bull. civ. I, n° 142 : « *le notaire,*

y compris lorsque le cocontractant est un client averti, il n'est pas pour autant sans limites, et ne peut être de ce fait qualifié d'absolu¹. Précisément, le devoir de conseil du notaire est limité par d'autres devoirs relevant de la déontologie professionnelle. Le professionnel doit conseiller son client, mais dans la limite du respect de son devoir de réserve et de discrétion relativement aux affaires d'autrui. Ainsi, lorsqu'il s'interroge sur l'observation de son devoir par le contractant professionnel, le juge doit s'assurer que le comportement adopté n'en heurte pas d'autres qui en constituent les bornes.

De plus, l'exécution d'une obligation peut également être une borne au devoir contractuel. Par exemple, le devoir de discrétion du créancier vis-à-vis du débiteur lié à son devoir de coopération – c'est-à-dire le devoir de ne pas faire preuve de curiosité exacerbée, et donc de ne pas espionner son cocontractant – trouve une limite dans l'hypothèse où le paiement de la créance serait compromis de manière évidente – on peut imaginer le cas de la fuite pure et simple du cocontractant, rendant nécessaires les recherches du créancier pour le retrouver².

Par ailleurs, l'inexécution d'une obligation ne saurait être justifiée par le fait que le contractant observe scrupuleusement ses devoirs contractuels. L'observation du devoir se cumule avec l'exécution des obligations, et ne saurait justifier ou contrebalancer l'inexécution de l'obligation. Notamment, la bonne foi du débiteur ne peut lui permettre d'échapper à son engagement et aux sanctions qu'implique l'inexécution des obligations. En matière contractuelle, l'observation du devoir par le contractant ne suffit pas pour échapper à la sanction du manquement contractuel³. Sa principale cause reste évidemment l'inexécution, ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle.

Néanmoins, ce qui traduit principalement le caractère catégorique du devoir c'est que son manquement est constitutif d'une faute. Et précisément, le devoir contractuel justifie que la faute contractuelle ne se résume pas à l'inexécution d'une obligation.

professionnellement tenu d'informer et d'éclairer les parties sur les incidences fiscales des actes qu'il établit, ne peut être déchargé de son devoir de conseil envers son client par les compétences personnelles de celui-ci » ; 13 déc. 2012, *préc.* Des solutions identiques ont pu être rendues à propos de l'avoué (V. not. Cass. civ. I, 24 juin 1997, n° 95-10629) et de l'avocat (V. not. Cass. civ. I, 7 juill. 1998, n° 96-14192 ; 27 nov. 2008, n° 07-18142) ; *adde* DESHAYES (O.), « Le notaire est-il délié de son devoir de conseil lorsque l'acheteur déclare faire son « affaire personnelle » d'un litige concernant le bien vendu ? », *RDC*, avr. 2013, p. 547 et s.

¹ V. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse *préc.*, p. 125 et s.

² V. Cass. civ. I, 19 mars 1991, Bull. civ. I, n° 96 ; *D.*, 1991, p. 568, note VELARDOCHIO (D.) ; *RTD Civ.*, 1992, p. 102, obs. MESTRE (J.) ; 30 juin 1992, *RTD Civ.*, 1993, p. 560, obs. HAUSER (J.) ; *adde* arrêt cités par FAGES (B.), *in* « Des comportements contractuels à éviter », *art. préc.*, spéc. p. 73. (mais s'il n'est pas démontré que les renseignements demandés sont nécessaires à la sauvegarde du droit du créancier, le débiteur est légitime à refuser de communiquer des informations relatives à l'intimité de sa vie privée ; la seule qualité de créancier ne justifie pas une intrusion dans la vie privée : V. Cass. civ. I, 19 déc. 1995, n° 93-18939, Bull. civ. I, n° 479).

³ V. not. Cass. civ. III, 24 sept. 2003, Bull. civ. III, n° 161, *CCC*, 2003, n° 174, note LEVENEUR (L.) ; *Dr. et patr.*, juill.-août 2004, p. 40, ét. AYNÈS (L.) ; *RTD Civ.*, 2003, 707, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), *RDC*, 2004, 644, obs. MAZEAUD (D.) : « en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire ».

2. Le manquement au devoir constitutif d'une faute

190. Le lien entre devoir et faute. Traditionnellement, la faute est considérée comme impliquant « l'existence d'un acte ou d'une omission à la fois « illicite » et « imputable » à son auteur »¹. L'élément d'« imputabilité » étant assez controversé², la doctrine s'accorde dans sa majorité pour reconnaître que c'est l'élément d'illicéité qui permet de définir proprement la faute civile. Or, l'illicite a été défini par PLANIOL comme résultant de « la violation d'une obligation préexistante »³. Bien que critiquée par certains, notamment en ce qu'elle « revient à répondre à la question par une question »⁴ – c'est-à-dire répondre à la question de savoir ce qu'est la faute, par celle de savoir quel est le devoir violé – cette définition est particulièrement intéressante au regard de l'étude ici entreprise. Elle a été adoptée par de nombreux auteurs, et notamment par ROUBIER qui a toutefois expressément proposé de remplacer le terme « obligation » par celui de « devoir », soulignant qu'il est plus exact de dire « qu'il y a évidemment dans toute faute, l'idée d'un manquement à un devoir. Pour qu'on puisse reprocher à quelqu'un une faute, il est nécessaire qu'il se soit conduit autrement qu'il l'aurait dû faire »⁵. Dans le même sens, SAVATIER a proposé de définir la faute comme « l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer »⁶. Apparaît ici clairement le lien existant entre le devoir et la faute. Précisément, le devoir sert à déterminer le comportement fautif de l'agent, et parallèlement, la faute sert à caractériser la portée du manquement au devoir. En effet, la normalité ou l'anormalité du comportement adopté par le sujet s'apprécie au regard d'une attitude référentielle, déterminée par l'existence de normes de comportement préexistantes, posées *ab initio* par l'ordre juridique. La faute est ainsi liée à l'existence d'un commandement préalable. Or, le devoir renferme exactement une telle contrainte. Il permet de déterminer l'illicite. Ainsi, la proposition de remplacer la notion d'« illicite » par celle d'« écart de conduite »⁷ ne convainc guère, car il est vrai que l'on voit mal « comment le droit peut incriminer et sanctionner une conduite si ce n'est par référence aux règles qu'il pose lui-même : l'écart de conduite, c'est donc nécessairement la conduite

¹ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 442.

² V. *Ibid*, n° 444 et s. ; adde JOURDAIN (P.), *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Paris II, 1982 ; « Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Imputabilité », *Jcl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 121-10, LexisNexis, 3 juin 2015.

³ V. PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 10^e éd., 1926, n° 863.

⁴ V. BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 289 ; adde MARTY (G.), « Illicéité et responsabilité », in *Et. L. Julliot de la Morandière*, D., 1964, p. 339 et s., spéc. p. 344.

⁵ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 97.

⁶ V. SAVATIER (R.), *Traité de la Responsabilité civile en droit français, tome I, Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 1951, n° 4.

⁷ En ce sens, V. MAZEAUD (H., L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, éd. Montchrestien, 6^e éd., par A. Tunc, 1965, n° 416 et s. ; MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2., op. cit., n° 453 ; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. 2, vol.1, *Les obligations*, op. cit., n° 457.

illicite »¹. Et plus les devoirs qui pèsent sur l'individu sont déterminés avec précision, plus il est aisé d'apprécier la rectitude du comportement du sujet de droit.

191. La faute comme atteinte à l'intérêt d'autrui. Plus la contrainte que représente le devoir est large, plus les hypothèses et les moyens de son manquement sont étendus. Cela est particulièrement visible en matière délictuelle. La *clausula generalis* de l'article 1382 du Code civil est d'ailleurs parfois critiquée pour sa trop grande souplesse². Il n'en reste pas moins que cette règle procède d'un commandement préalable posé par l'ordre juridique, selon lequel nul ne doit par son fait causer de préjudice à autrui. La portée générale de cette norme empêche d'en identifier un destinataire particulier, mais cela ne remet pas en cause le fait qu'elle vise la protection d'un intérêt extérieur à celui sur qui elle pèse. Le lien apparaît alors entre la sanction de la faute et la protection d'autrui. Ce lien est particulièrement évident dans certains systèmes étrangers qui retiennent une conception « relative » de la faute³. L'idée alors retenue est que « *le manquement à une règle de conduite ne serait « fautif » (et par conséquent générateur de responsabilité) qu'à l'égard des personnes que cette règle a pour objet de protéger et dans la mesure où elle engendre un dommage contre lequel elle a pour but de prémunir la victime* »⁴. Cette théorie implique de rechercher quels sont les intérêts protégés par la règle. Elle traduit donc clairement la finalité de la sanction de la faute, à savoir la répression d'un comportement nuisant à l'intérêt d'autrui. Or, cette finalité rejoint celle du devoir. En effet, le devoir, en tant que contrainte catégorique s'impose sans condition au sujet, précisément en ce qu'il n'est pas dans l'unique intérêt de celui sur qui il pèse. Le devoir doit être observé sans réserve car il ne tend pas seulement à la protection de la personne qui l'observe mais vise également la protection d'un intérêt extérieur à l'agent. Ainsi, son manquement entraîne la possibilité d'un préjudice pour autrui. Or, la possibilité d'un préjudice causé par le manquement au devoir traduit le caractère catégorique de la contrainte qu'il implique à l'égard du sujet. Ce dernier doit observer son devoir, afin d'éviter la survenance d'un préjudice pour autrui. Spécialement en matière contractuelle, la dimension catégorique du devoir transparaît dans sa finalité, qui est d'assurer directement la bonne fin du contrat⁵. Le manquement au devoir contractuel fait perdre de son

¹ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 443.

² Pour des critiques venant de l'étranger, V. SLIM (H.), « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extracontractuelle », in *La responsabilité pour faute, RCA*, 2003, chron. n° 18 ; en France, V. RÉMY (Ph.), « Critique du système français de la responsabilité civile », *Droit et culture*, 1996, p. 31 et s. ; « Pour ou contre une clause générale de responsabilité délictuelle », in *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays Bas et en France*, LGDJ, 2005, p. 59 et s.

³ V. not. LIMPENS (J.), « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé », in *Mél. R. Savatier*, D., 1965, p. 559 et s. ; MARTY (G.), « Illicéité et responsabilité », art. préc.

⁴ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 441.

⁵ V. *infra*, n° 271 et s.

intérêt au contrat pour le cocontractant, en cela il s'agit bien d'une faute qui doit être sanctionnée¹. Seulement tout manquement à un devoir juridique n'entraîne pas nécessairement la caractérisation d'une faute civile par le juge. En effet, la jurisprudence tend à considérer que certains devoirs, issus de normes privées ne servent que de repères au juge pour caractériser une faute civile.

192. Manquement au devoir et faute civile. Il a été vu que les devoirs – y compris les devoirs s'inscrivant dans le cadre contractuel – peuvent être de différentes sources². Or, cette multiplicité de sources possibles des devoirs juridiques est parfois de nature à poser des difficultés quant à la caractérisation de la faute civile par le juge. En particulier, tout manquement à un devoir issu de codes privés n'implique pas nécessairement pour le juge la constatation d'une faute civile. La théorie de la relativité aquilienne est ici mise en œuvre par les tribunaux français. Il en est notamment ainsi en cas de faute sportive³ ou professionnelle⁴. Et si la chambre commerciale de la Cour de cassation avait pu remettre en cause le principe d'autonomie entre faute civile et faute déontologique⁵ – adoptant alors une solution isolée par rapport à celle des chambres civiles⁶ – elle a récemment abandonné cette solution pour affirmer de nouveau que le manquement à un devoir déontologique, impliquant des sanctions disciplinaires internes à la profession, ne caractérisait pas forcément une faute civile⁷. Le juge reste donc libre quant à la constatation de celle-ci. Cela a pu être expliqué au regard de la portée peu contraignante de la règle issue d'une norme privée. En effet, il a été avancé que *« cette autonomie de la faute civile par rapport à la faute sportive ou disciplinaire tient [...] au fait que les règles transgressées n'ont pas de caractère obligatoire en ce qu'elles émanent de groupements privés, sportifs ou professionnels, et qu'elles ne représentent pour le juge que de simples éléments d'appréciation, celui-ci conservant son entière liberté pour qualifier la*

¹ V. *infra*, n° 339 et s.

² V. *supra*, n° 117 et s.

³ Sur la distinction entre la faute « de jeu », née d'une inobservation des règles du jeu, justifiée par l'acceptation des risques, et la faute lourde ou délibérée qui est une faute civile entraînant la responsabilité délictuelle du joueur, V. not. Cass. civ. II, 20 nov. 1968, Bull. civ. II, n° 277 ; 9 juill. 1986, *JCP G*, 1986, IV, p. 278 ; 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 296, n° 02-18649.

⁴ V. not. Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-15054 (impossibilité pour le client d'un établissement financier de se prévaloir du manquement à son devoir de vigilance issu d'une règle de discipline interne aux organismes financiers pour lui réclamer des dommages-intérêts) ; Cass. civ. I, 16 mai 2006, n° 03-16253, Bull. civ. I, n° 253 ; Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-30896 (une faute déontologique d'un avocat n'est pas nécessairement constitutive d'une mauvaise foi le privant de ses recours cambiaires).

⁵ V. not. Cass. com., 29 avr. 1997, Bull. civ. IV, n° 111, p. 98 ; *D.*, 1997, 459, note SERRA (Y.) ; *JCP G*, 1997, I, 4068, I, obs. VINEY (G.) ; *RTD Civ.*, 1998, p. 218, obs. LIBCHABER (R.) ; 18 avr. 2000, n° 97-17719 ; 22 mai 2001, n° 95-14909 ; 12 juill. 2011, n° 10-25386. Pour une analyse globale de la jurisprudence en la matière, V. MORET-BAILLY (J.), « Règles déontologiques et fautes civiles », *D.*, 2002, p. 2820.

⁶ En matière contractuelle, V. not. Cass. civ. I, 18 avr. 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 210 ; 28 juin 1989, n° 87-20211 ; 5 nov. 1991, *préc.* ; en matière délictuelle : V. not. Cass. civ. II, 23 oct. 1964, Bull. civ. 1964, II, n° 641 ; Cass. civ. I, 18 mars 1997, n° 95-12576 ; 23 mai 2000, n° 98-18513.

⁷ V. Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-19356, Bull. civ. IV, n° 128, *JCP G*, 2014, n° 4, 568, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) et BLOCH (C.) ; 24 juin 2014, n° 11-27450 et 13-26332 ; *adde* BRIGANT (J.-M.), « Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant ! », *JCP G*, n° 47, 18 nov. 2013, p. 2110.

faute civile »¹. Cependant, il a pu être très justement remarqué que ce principe doit rencontrer une exception lorsque les règles déontologiques, qui trouvent leur source dans un décret et qui sont donc contrôlées par l'État, ont un caractère impératif ou d'ordre public². Ceci observé, il n'en reste pas moins que, quelle que soit sa source, le devoir est une norme contraignante dans le périmètre dans lequel il s'impose, que ce soit uniquement dans une sphère privée, ou plus largement, dans la sphère publique. La source du devoir ne fait que délimiter le champ et le type de sanction prononçable et désigne l'autorité habilitée à la prononcer. Ainsi, lorsqu'un devoir déontologique s'impose tant dans la sphère privée que dans la sphère publique, outre les sanctions disciplinaires que le conseil de l'ordre de la profession peut éventuellement prononcer, le juge peut être amené à sanctionner l'agent sur le plan civil, voire spécialement dans le cadre contractuel, par des sanctions proprement contractuelles³.

193. Manquement au devoir et faute contractuelle. En ce qu'il n'est pas exact de réduire le contrat aux obligations qu'il fait naître, il n'est pas non plus correct de réduire ses sanctions aux hypothèses d'inexécution d'une obligation contractuelle. Il a été vu que l'obligation est l'un des effets possibles du contrat, et que cette norme implique, de par sa force obligatoire un assujettissement du contractant⁴. Cet engagement implique l'existence d'un devoir, qui est celui de ne pas en empêcher l'aboutissement. Or, cette contrainte permanente et catégorique, liée à l'engagement contractuel, doit trouver des sanctions en cas de manquement. La faute étant définie comme la violation d'un devoir préexistant, l'inobservation de ce devoir est précisément une faute, et plus exactement une faute contractuelle, puisque le comportement s'inscrit en défaut de l'engagement pris. Ainsi, dans tout manquement à une obligation contractuelle, il y a, plus largement, un manquement à l'engagement contractuel⁵.

Par ailleurs, la définition retenue de la faute, ainsi que la reconnaissance de l'insertion de devoirs dans le cadre contractuel, implique de considérer qu'une faute contractuelle peut résulter d'un comportement autre que le manquement à une obligation. La notion de faute contractuelle apparaît comme étant plus large que celle d'inexécution contractuelle, car elle intègre la possibilité d'un manquement aux devoirs contractuels. Il apparaît ici clairement que le devoir contractuel est au cœur de la question du champ d'application de l'ensemble des

¹ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 441.

² V. MORET-BAILLY (J.), « Règles déontologiques et fautes civiles », art. préc. ; VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 441 : « Concernant la faute disciplinaire, son autonomie est d'ailleurs devenue très incertaine, sans doute parce que les règles disciplinaires, lorsqu'elles sont formulées dans des codes de déontologie édictés par décrets et apparaissent comme impératives, revêtent un caractère obligatoire privant le juge de toute liberté d'appréciation. ».

³ V. par ex. Cass. civ. I, 28 juin 1989, préc. (sanction du manquement à des règles d'ordre public de la déontologie médicale par la résiliation du contrat aux torts du médecin fautif).

⁴ V. *supra*, n° 110 et s.

⁵ V. *Ibid.*

sanctions contractuelles. Et il sera précisément vu qu'en raison de leur caractère catégorique commun, les devoirs et les obligations contractuels peuvent partager plusieurs sanctions contractuelles¹.

194. Une dimension contraignante accrue du devoir par rapport à l'obligation.

Si le caractère catégorique du devoir implique que son manquement soit constitutif d'une faute, il revêt au surplus une dimension contraignante accrue par rapport aux autres exigences pouvant peser sur le contractant. En effet, aux caractères permanent et catégorique du devoir qui viennent d'être exposés, s'en ajoute un troisième, tout aussi important : le devoir est une contrainte fondamentale, essentielle.

C- Une contrainte essentielle

195. La licéité des clauses de non-obligation. Les clauses allégeant ou écartant des obligations sont assez courantes dans la pratique. Celles-ci « *concernent l'objet même de la promesse* », en ce qu'elles « *visent à dénombrer les prestations promises* »². La clause de non-obligation consiste à écarter une prestation du contenu contractuel. Par l'effet de la clause, cette obligation ne fait plus partie du contenu de l'accord. Il ne peut donc y avoir ni de « manquement » à cette obligation, ni de responsabilité engagée en raison de l'inexécution.

Le principe est celui de la validité de ces clauses, mais ce principe trouve certaines limites. Notamment, il n'est pas possible pour les parties d'écarter une obligation essentielle ou impérative de leur accord.

196. Les limites à la licéité de ces clauses : le caractère essentiel ou impératif de l'obligation³. Selon une classification traditionnelle, exposée par POTHIER, les obligations juridiques se distinguent entre les *essentialia*, les *naturalia*, et les *accidentalia*⁴. Tandis que les *naturalia* sont des obligations que les parties peuvent écarter du contrat sans que cela ne modifie sa nature⁵, et que les *accidentalia* sont des obligations qui ne s'appliquent que parce que les parties les ont spécifiquement prévues⁶, les *essentialia* ne peuvent être écartées du

¹ V. *infra*, n° 339 et s.

² V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *Jcl. Contrats-Distribution*, fasc. 110, LexisNexis, avr. 2012, n° 19.

³ Les obligations essentielles sont également appelées « obligations fondamentales » : V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 610 ; JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, 1985, p. 273 et s.

⁴ V. POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, 1^{re} partie, n° 6 et s.

⁵ Par exemple, dans un contrat de mandat, on peut prévoir une rémunération du mandataire sans que cela ne modifie la nature du contrat de mandat, qui est en principe gratuit.

⁶ Par exemple, les parties peuvent stipuler dans leur contrat une obligation de garantie – si celle-ci n'est pas d'ores et déjà imposée par le législateur.

contenu contractuel sans que cela ne provoque un changement de l'institution considérée. Par exemple, « *la vente ou le bail impliquent par définition la mise à disposition de la chose et perdent leur raison d'être en l'absence de cet élément* »¹. Ainsi, il est aujourd'hui bien établi qu'une clause de non-obligation ne saurait écarter une obligation essentielle. En effet, cette dernière représente le noyau dur de l'accord, l'essence du contrat, celle que les parties ne peuvent exclure sous peine de ne pas véritablement s'engager et donc de conclure un contrat empreint de potestativité².

Par ailleurs, la clause de non-obligation trouve une autre limite dans l'existence d'obligations d'ordre public, qui ne peuvent être valablement écartées du contenu de l'accord par les parties³. Il en va ainsi, par exemple, de la garantie des vices cachés due par le vendeur à l'acheteur lorsqu'ils ne sont pas des professionnels de même spécialité⁴.

En revanche, si l'obligation n'est pas essentielle ou impérative, elle peut alors être valablement écartée du champ contractuel et celle-ci n'étant pas stipulée, il ne peut être reproché au débiteur d'avoir commis une faute pour ne pas l'avoir exécutée. En effet, « *il n'y a ni dol, ni faute lourde à ne pas exécuter une obligation exclue du champ contractuel* »⁵.

Face à ce constat, la question se pose alors de savoir si les parties ont la possibilité d'écarter un devoir du contenu de l'accord, c'est-à-dire s'il peut exister, à l'image des clauses de non-obligation, des « clauses de non-devoir » ?

197. Le caractère essentiel du devoir s'opposant à la licéité des « clauses de non-devoir ». Il a été vu que les parties peuvent spécifier les devoirs qui s'imposent à elles au cours de la relation contractuelle⁶. Tout comme pour les obligations, les contractants sont libres de renforcer les devoirs, ou même d'en ajouter. Mais, à l'inverse, ils ne sauraient diminuer le *minimum* de devoirs qui s'imposent à eux en vertu de leur assujettissement au contrat⁷. En effet, les devoirs ne peuvent pas faire l'objet d'un allègement conventionnel en raison de leur caractère essentiel⁸. Ceci résulte le plus souvent de l'origine légale ou

¹ V. JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *art. préc.*, spéc. p. 280 ; LAVABRE (Ch.), « Eléments essentiels et obligations fondamentales du contrat », *RJDA*, 1997, p. 291 et s.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 610 ; JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *art. préc.*, p. 273 et s. ; MAZEAUD (D.), « Clause évasive de responsabilité », *RDC*, 2009, n° 4, p. 1359 et s.

³ V. JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *art. préc.*, n° 137 et s.

⁴ V. Cass. civ. III, 30 oct. 1978, *JCP G*, 1979, II, 19178, note GHESTIN (J.) ; Cass. com., 3 déc. 1985, *Bull. Civ.* 1985, IV, n° 287.

⁵ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *art. préc.*, n° 51. C'est là une différence majeure de régime entre la clause de non-obligation et la clause de responsabilité.

⁶ V. *supra*, n° 131 et s.

⁷ V. *supra*, n° 118 et s.

⁸ En ce sens, V. not. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 105 ; adde BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 286 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 774 et s.

prétorienne du devoir qui lui donne une portée d'ordre public. Mais il peut être plus largement démontré que cette observation concerne tant les devoirs généraux, que les devoirs spéciaux. Qu'ils soient d'ordre public, ou qu'ils soient essentialisés par la volonté des parties, tous les devoirs comportent nécessairement une portée impérative. Cela a pour conséquence qu'il est impossible pour les parties d'écarter les devoirs de leur accord. Elles ne peuvent pas stipuler des « clauses de non-devoir »¹.

198. Le caractère essentiel des devoirs généraux. Les devoirs généraux de bonne foi et de sécurité sont l'expression du *minimum* d'assujettissement du contractant en raison de l'engagement pris, au-delà de la stricte prise en compte de l'obligation essentielle². Ils touchent à la manière dont est exécutée l'obligation, et plus largement à la réussite de l'engagement.

Concernant la bonne foi, il est admis en doctrine que celle-ci est l'une des « *essentialia* » du contrat³. En effet, cette contrainte vise tant à encadrer les risques liés à la réalité de l'accomplissement de la mission conférée au débiteur qu'à faire en sorte que le créancier ne nuise pas à ce dernier à l'occasion de l'exécution de l'accord. Concernant le débiteur, c'est un devoir lié à la promesse : lui permettre de stipuler qu'il n'aura pas à être de bonne foi dans l'exécution de l'obligation l'autorise indirectement à ne pas satisfaire aux attentes du créancier, et donc, à ne pas honorer son engagement. Ainsi, écarter le devoir de bonne foi conduit à un engagement potestatif, prohibé par l'article 1174 du Code civil. Pire encore, cela pourrait, par hypothèse, permettre au débiteur de nuire au créancier en toute conformité au contrat. Quant au créancier, le devoir de bonne foi qui pèse sur lui traduit le fait qu'il se trouve également engagé par l'accord et que ce dernier ne doit pas être le moyen de préjudicier à son cocontractant. Le droit ne saurait autoriser que les parties se libèrent de ce *minimum* de contrainte. La bonne foi, de par son caractère d'ordre public, est un commandement essentiel, que les parties ne peuvent valablement exclure du contenu de l'accord. D'ailleurs les *Principes UNIDROIT* sont très clairs sur cette question puisqu'ils prévoient à propos de la bonne foi que « *les parties ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée* »⁴.

Il en va de même du devoir de sécurité. L'impossibilité d'écarter un tel devoir peut s'expliquer de par le caractère général de cette contrainte, qui s'impose au-delà du cadre contractuel, et dont il n'est d'ailleurs pas autorisé de s'affranchir en matière délictuelle. Le

¹ En revanche, il sera vu ultérieurement que ce caractère essentiel du devoir n'est pas de nature à empêcher les parties de convenir sur les conséquences attachées au manquement à cette contrainte, dans certaines limites. V. *infra*, n° 402 et s.

² V. *supra*, n° 118 et s.

³ V. not. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *art. préc.*, n° 121 ; *adde* BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion du contrat*, Lille, 1955, p. 605 et s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, n° 351.

⁴ V. les *Principes UNIDROIT*, art. 1.7.

contractant ne peut être tenu à moins que ce à quoi est tenu le non-contractant en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. Tout comme la bonne foi, le devoir de sécurité est la manifestation d'une contrainte impérative. Les juges ont pu en rappeler la nécessité, y compris dans le cadre contractuel, en se fondant sur l'article 1135 du Code civil. D'ailleurs, il est plus que probable que les tribunaux n'auraient pas imposé une telle charge aux contractants pour permettre ensuite aux parties de s'en libérer¹. Ainsi, tout comme la bonne foi, le devoir de sécurité est un devoir général qui a un caractère d'ordre public, et qui ne peut, de ce fait, être exclu de l'accord par les parties.

Mais outre ces devoirs généraux qui sont clairement impératifs, il peut être démontré que les devoirs spéciaux qui s'insèrent dans certains contrats revêtent également une place essentielle dans l'accord.

199. Le caractère essentiel des devoirs spéciaux. Il est des devoirs qui ne s'imposent pas de manière générale dans tout type de relation contractuelle. Ces devoirs ont ainsi été qualifiés de spéciaux².

Tout d'abord, il a été vu que ces devoirs peuvent être imposés par la loi ou la jurisprudence dans certains contrats, soit en raison de leur nature³, soit en raison de la qualité des parties⁴. Dans ces hypothèses, c'est l'autorité de la source du devoir qui lui confère un caractère impératif et qui empêche d'en accepter l'exclusion conventionnelle. Il en va ainsi, par exemple, du devoir de conseil. En effet, ce devoir trouve « *sa source non dans la volonté des parties, mais dans des considérations objectives appréciées par les juges en vertu de la délégation d'autorité que leur confèrent les termes mêmes de l'article 1135 du Code civil* »⁵. Il présente ainsi « *pour une large part, un caractère impératif* »⁶. Les parties ne peuvent donc valablement écarter cette contrainte de leur accord⁷.

Ensuite, il est admis que les parties peuvent, en raison du principe de liberté contractuelle, stipuler des devoirs spécifiques dans leur accord⁸. Mais alors c'est par le biais de leur volonté qu'elles incluent expressément cette nouvelle contrainte dans leur engagement. Elles ne font qu'ajouter une contrainte à leur accord et ne portent pas, par ce biais, atteinte aux devoirs préexistants. Il est vrai que ces devoirs peuvent ou non être stipulés, mais alors, il

¹ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *art. préc.*, n° 160.

² V. *supra* n° 129 et s.

³ V. *supra* n° 133 et s.

⁴ V. *supra* n° 143 et s.

⁵ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *art. préc.*, n° 155.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.* ; *adde* *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Aix-en-Provence-Marseille, 1981, n° 331 s. Pour des décisions en ce sens, V. concernant le devoir de conseil du notaire : Cass. civ. I, 15 févr. 1978, *Defr.*, 1978, art. 31860, p. 1350, obs. AUBERT (J.-L.) ; 18 oct. 1983, Bull. civ. 1983, I, n° 237 ; 19 janv. 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 308 ; concernant d'autres professionnels : Cass. civ. I, 17 févr. 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 68 ; Cass. com., 21 mars 1977, Bull. civ. 1977, IV, n° 89 ; CA Aix-en-Provence, 15 déc. 1983, Bull. Aix-en-Provence 1983, n° 119.

⁸ V. *supra* n° 131 et s.

n'est pas question qu'ils soient exclus de l'accord. Soit le devoir est ajouté, soit il est inexistant. Et s'il est stipulé au contrat, cela implique nécessairement que les parties lui reconnaissent un caractère fondamental. En effet, en faisant du devoir une contrainte indispensable à la correcte exécution du contrat, peu importe que ce devoir n'ait pas *a priori* de caractère impératif, les parties lui donnent une place essentielle dans l'accord. Cela traduit le fait que les parties elles-mêmes ont considéré son insertion au contenu de l'accord comme étant indispensable à sa bonne fin.

Ce caractère essentiel du devoir s'ajoute aux autres éléments de définition précédemment dégagés et leur identification permet de proposer une définition temporaire du devoir contractuel.

200. Définition temporaire du devoir contractuel. Le devoir contractuel comporte des caractéristiques propres, qui permettent de le distinguer d'autres contraintes pouvant peser sur le contractant. Précisément, il a pour particularités de faire peser une contrainte continue, catégorique et fondamentale sur le sujet. Ainsi, le devoir contractuel peut être temporairement défini, au regard de son objet, comme *une contrainte essentielle pesant de manière catégorique sur le contractant, à l'occasion et tout au long de la relation contractuelle le liant à l'autre partie*. Cette définition implique que pour qualifier une contrainte comportementale de devoir contractuel, il faut établir l'existence d'un tel impératif permanent, inconditionné et essentiel pesant sur le contractant. Ces critères permettent de regrouper les devoirs et de les isoler d'autres types de contraintes. Ils sont par ailleurs une base permettant d'analyser au sein de la catégorie identifiée d'éventuelles sous-catégories pouvant être construites sur la base de critères secondaires, c'est-à-dire qui ne sont pas communs à tous les devoirs contractuels. Ainsi, il s'avère intéressant de tenter d'identifier les différents types de devoirs contractuels.

§2- Essai de typologie des devoirs contractuels

201. L'application de critères de classification classiques aux devoirs. Les critères de définition du devoir qui ont été avancés permettent de résumer et de synthétiser le concept qui tend ici à être dégagé¹. Mais au surplus, au sein de ce concept, il est possible de relever une certaine « *diversité de structure* »² permettant d'entreprendre une typologie de ce phénomène juridique. Il convient alors de mettre en lumière cette diversité à l'aide de différents critères de classification. Or des critères de classification habituellement appliqués aux obligations peuvent également permettre de distinguer différents types de devoirs. La

¹ V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, op. cit., spéc. n° 47.

² V. *Ibid.*

présente recherche n'a pas pour objet de proposer une nouvelle classification des obligations civiles, mais au contraire de montrer que leurs classifications traditionnelles ne sont pas affectées, ou remises en cause, par le constat de l'existence de devoirs contractuels. Ces contraintes peuvent partager certains critères de typologie. Il sera en effet démontré qu'à côté des classifications appliquées aux obligations, peuvent être distingués des devoirs de faire et de ne pas faire (A), ainsi que des devoirs principaux et accessoires (B)¹.

A- *Devoirs de faire et de ne pas faire*

202. Similitude de classification, sans confusion. Il est possible de distinguer, au sein de la catégorie des devoirs contractuels, des devoirs de faire et de ne pas faire. Cette classification sera exposée (2) après avoir démontré qu'elle ne se confond pas avec la distinction classique des obligations de donner, de faire, et de ne pas faire (1).

1. *Absence de remise en cause de la distinction appliquée aux obligations*

203. Une classification traditionnelle des obligations. Le Code civil consacre, en ses articles 1101 et 1126, une distinction traditionnelle, issue du droit romain, entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire. Cette classification des obligations fait aujourd'hui l'objet de critiques quant à sa pertinence². Il est vrai que son intérêt à l'égard du régime de l'exécution forcée en nature est de plus en plus atténué³. Mais il n'en reste pas moins que cette sanction « *est plus ou moins aisément concevable suivant l'espèce de l'obligation* »⁴.

Or, il peut être démontré que les devoirs contractuels ne se confondent avec aucune de ces trois sous-catégories d'obligations. En effet, il ne s'agit pas, à travers la démonstration de l'existence de devoirs contractuels, de proposer une nouvelle catégorisation des obligations civiles. Cette typologie des obligations demeure pertinente, malgré la découverte de devoirs contractuels, car ces exigences ont des natures différentes. Toute obligation a pour objet une

¹ Par ailleurs, une autre classification traditionnelle des obligations sera appliquée aux devoirs contractuels à l'occasion de l'étude de la responsabilité contractuelle, il s'agit de la distinction entre les obligations de moyens et de résultat. V. *infra*, n° 391 et s.

² V. not. pour des critiques quant à la pertinence de l'obligation de donner : V. FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *art. préc.* ; *Pour une réforme du droit des contrats*, 2008, (ss dir. de) F. Terré, D., coll. thèmes et commentaires, spéc. p. 187 et s. Pour la suggestion d'ajouter la catégorie des obligations de *praestare* : V. PIGNARRE (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *art. préc.*

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1114.

⁴ V. *Ibid.*, n° 1108.

prestation, qui consiste en une valeur transmise du patrimoine du débiteur dans celui du créancier¹, qu'il s'agisse d'une obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire.

204. Le devoir différencié des obligations de faire et de donner. La distinction entre le devoir d'une part et l'obligation de donner ou de faire, d'autre part, est la plus aisée à observer puisque c'est dans ces applications que la valeur composant l'obligation apparaît le plus nettement.

Tout d'abord, concernant l'obligation de donner, celle-ci consiste en un transfert de propriété, en la transmission d'un droit réel². Or un tel droit contient la valeur recelée par la chose transmise. La circulation d'une valeur apparaît ainsi très clairement concernant ce type d'obligation. Cela est particulièrement vrai pour les obligations monétaires qui impliquent le transfert de la propriété d'une certaine somme d'argent. Mais la définition donnée de l'obligation ne remet pas en cause la distinction entre les obligations en nature et les obligations monétaires ou pécuniaires. Celle-ci reste pertinente en raison de la particularité de l'obligation monétaire³. Qu'elles portent directement sur le versement d'une somme d'argent ou non, les obligations de donner comportent intrinsèquement une valeur car leur objet est évaluable⁴. Par exemple l'obligation de donner un corps certain implique le transfert d'une valeur bien qu'il ne s'agisse pas de monnaie, d'ailleurs le plus souvent cette obligation aura pour contrepartie une obligation pécuniaire qui traduit la valeur de l'objet transmis.

Ensuite, et quant aux obligations de faire, celles-ci sont souvent spécialement définies comme « *l'accomplissement d'une prestation* »⁵, dans le sens où il est attendu du contractant qu'il accomplisse un fait positif. Mais, plus précisément, elles impliquent un comportement du débiteur qui vise à satisfaire un besoin économique du créancier, à lui assurer un service. Par exemple, le couvreur qui doit réparer une toiture met son savoir-faire à la disposition de son client pour apporter une amélioration à son bien, aménagement que ce client ne pourrait lui-même opérer. De même le salarié s'engage à accomplir un travail au bénéfice de l'entreprise de son employeur. Dans ces différentes hypothèses, le débiteur de l'obligation de faire répond à un besoin concret du créancier, qui sera d'ailleurs rémunéré.

La valeur transmise par l'exécution de ces obligations leur est toutefois propre et ne se révèle pas systématiquement à travers l'existence d'une contrepartie. Les contrats de

¹ V. *supra*, n° 41 et s.

² V. PICOD (Y.), « Obligations », *art. préc.*, n° 31.

³ V. not. BRUNEAU (Ch.), *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, Paris II, 1974 ; LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris I, 1992.

⁴ V. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 141.

⁵ V. PICOD (Y.), « Obligations », *art. préc.*, n° 32 ; *adde* PIGNARRE (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *art. préc.*, n° 2 : « Ce caractère de généralité est tel que la définition de l'obligation de faire pourrait, selon certains, être celle de l'obligation ».

bienfaisance sont précisément « *ceux par lesquels une partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange* »¹.

Par ailleurs, et même si cela semble *a priori* moins évident, il est des exigences d'abstention pouvant peser sur le contractant qui contiennent bel et bien une valeur, et qui constituent donc de véritables obligations. Cela caractérise la nécessité de la conservation de la catégorie des obligations de ne pas faire.

205. Le devoir différencié de l'obligation de ne pas faire. L'obligation de ne pas faire pourrait *a priori* être considérée comme devant intégrer la catégorie du devoir tel qu'il a été défini car la valeur de la prestation au cœur de la définition de l'obligation civile s'avère moins aisément identifiable, s'agissant ici d'une abstention. De plus, l'abstention perdure généralement dans le temps, ce qui rapproche l'obligation de ne pas faire du devoir, dont l'une des caractéristiques est de s'imposer de manière continue au contractant².

Mais malgré ce réel point commun, qui n'est d'ailleurs pas sans conséquence quant au régime de ces contraintes³, il peut être bel et bien avancé que l'obligation de ne pas faire comprend une valeur, et doit être ainsi clairement distinguée du devoir de ne pas faire. Une telle distinction n'est pas purement théorique car elle explique que le régime général des obligations s'applique aux obligations d'abstention en ce qu'elles revêtent précisément une valeur économique, contrairement aux devoirs d'abstention⁴. En effet, il convient de distinguer, au sein des exigences d'abstention, celles qui renvoient au simple respect du droit d'autrui, et qui traduisent l'assujettissement du contractant du fait de la conclusion du contrat⁵, de celles qui impliquent un véritable sacrifice de la part du contractant, c'est-à-dire une prestation. Il en va par exemple ainsi de l'obligation née de la stipulation d'une clause de non-concurrence⁶.

En vertu d'une telle clause, le débiteur s'engage à ne pas exercer d'activité qui puisse faire concurrence au créancier, ou à des tiers, soit au cours de l'exécution du contrat, soit à l'expiration des relations contractuelles⁷. La difficulté de la qualification juridique de cette contrainte a pu être soulignée en doctrine⁸, car en ce qu'elle implique une atteinte au principe

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 67.

² V. *supra*, n° 183 et s.

³ V. *infra*, n° 365.

⁴ V. *supra*, n° 57 et s.

⁵ Sur la notion d'assujettissement et sa traduction à l'aide de différentes contraintes comportementales, V. *supra*, n° 96 et s. ; sur l'existence de devoirs de ne pas faire, V. *infra*, n° 207 et s.

⁶ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Non-concurrence (clause de) : « I. (sens gén.). Stipulation par laquelle un contractant se prive de la faculté d'exercer pendant une certaine période et dans une aire géographique déterminée une activité professionnelle susceptible de concurrencer celle de l'autre. ».

⁷ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, coll. Lamy droit civil (ss dir. de.) J. Mestre, bull. d'actualité n° 129, sept. 2015, n° 338-52.

⁸ V. SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence*, S., 1970, n° 131 ; *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, D., 1991 ; *Rép. de Droit du travail*, V° Concurrence (obligation de non-concurrence), 1994.

de la liberté du travail et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, une telle obligation engagerait « *plus la personne que le patrimoine* »¹. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue le fait que l'engagement de ne pas faire concurrence représente un sacrifice financier pour le débiteur, car il accorde par ce biais une exclusivité au créancier. En effet, par son abstention le contractant apporte à son cocontractant, ou ex-cocontractant, l'exclusivité de l'exercice. Or, cette exclusivité représente une valeur, elle permet un enrichissement, ou du moins la limitation d'un risque d'appauvrissement pour celui qui en bénéficie. Parallèlement, « *elle marque un renoncement de la part de celui à qui elle est imposée* », elle implique, pour lui, « *une diminution de l'actif immatériel mobilisable (son « capital humain »), laquelle peut s'évaluer en termes patrimoniaux* »². La garantie de non-concurrence apporte ainsi une valeur dans le patrimoine de celui qui en bénéficie, et appauvrit concomitamment celui qui en est redevable. D'ailleurs, lorsqu'elle est d'origine légale, cette exigence apparaît comme étant un dérivé de l'obligation de garantie d'éviction³. En ce qu'elle « *seconde et complète l'obligation principale* » et « *densifie indirectement le contenu de l'engagement* », la clause de non-concurrence implique « *une prestation supplémentaire et auxiliaire aux obligations principales* »⁴.

Les lourdes conséquences de la clause de non-concurrence expliquent que la jurisprudence n'en admette la validité qu'à la condition qu'elle « *n'implique[...] pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu* »⁵. D'autres conditions ont encore été ajoutées à la validité de ces clauses, à défaut desquelles le débiteur est en droit d'invoquer la nullité. Il est ainsi imposé aux parties de déterminer précisément l'activité interdite dans la clause⁶. Celle-ci doit également être proportionnelle au regard de l'objet du contrat ou aux intérêts légitimes à protéger⁷. Enfin, elle ne doit pas constituer une violation des règles spéciales du droit de la concurrence⁸. Par ailleurs, la jurisprudence sociale a développé des conditions propres à la clause de non-concurrence mise à la charge du salarié. Le contrat de travail étant un contrat d'adhésion, il implique un risque accru quant aux atteintes éventuellement portées au droit du salarié par le

¹ V. SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence, thèse préc.*, n° 145.

² V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 106.

³ V. LE GOFFIC (C.), « Procédés de désorganisation, Débauchage de personnel », *Jcl. Concurrence-Consommation*, fasc. 223, LexisNexis, 2014 ; *adde* DROSS (W.), *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^e éd., 2011, p. 334 ; HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 104.

⁴ V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 105 et s.

⁵ V. Cass. civ., 2 juill. 1900, *DP*, 1901, 1, p. 294 ; *adde* GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. Serra, PU Perpignan, 1999.

⁶ V. not. Cass. com., 19 oct. 1981, n° 78-14297, *D.*, 1982, IR, p. 202, obs. SERRA (Y.) ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 338-68.

⁷ V. not. Cass. com., 4 janv. 1994, n° 92-14121, *Bull. Civ. IV*, n° 4, *D.*, 1995, jur., p. 205, note SERRA (Y.), *RTD Civ.*, 1994, p. 349, obs. MESTRE (J.) ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 338-70.

⁸ Elle peut notamment participer d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante, V. art. L. 420-1, -2 et -3 C. com. ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 338-72.

biais d'une telle clause¹. Aussi, dans ce cadre précis, la clause doit non seulement être limitée à la fois dans le temps *et* dans l'espace², mais au surplus elle ne doit pas empêcher le salarié d'exercer une activité qui lui est propre³, elle doit être justifiée par l'intérêt légitime de l'employeur⁴, et enfin, elle doit nécessairement faire l'objet d'une compensation pécuniaire⁵. Or, même si cette dernière condition est, pour l'heure, cantonnée à la jurisprudence sociale⁶, elle n'en traduit pas moins la dimension financière du sacrifice demandé au salarié en vertu de la clause de non-concurrence.

De plus, la nature obligationnelle de l'exigence de non-concurrence transparaît particulièrement bien à travers le fait qu'elle est admise à circuler de patrimoine en patrimoine. En effet, lorsqu'elle n'a pas été souscrite *intuitu personae*⁷, la créance de non-concurrence se transmet à titre universel, ainsi qu'à titre particulier⁸. Et il a été reconnu en jurisprudence un principe de transmission de plein droit de la créance de non-concurrence dans les ventes de fonds de commerce⁹, et lorsqu'il y a un changement d'employeur¹⁰. La transmission de la dette de non-concurrence a également été admise en jurisprudence mais sous condition : pour les ayants cause à titre universel de l'exploitant d'un fonds de commerce, lorsqu'ils ont participé à l'exploitation du vivant du débiteur¹¹, et pour les ayants cause à titre particulier, lorsque la clause a été acceptée¹².

Une abstention peut ainsi constituer une prestation, objet de l'obligation. Seulement, toute abstention ne constitue pas forcément une obligation. D'ailleurs, la plupart des devoirs comportent un commandement de ne pas faire. Il convient ainsi de voir, à présent, l'application de la distinction entre action et abstention aux devoirs contractuels.

¹ V. not. AMIEL-DONAT (J.), *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988.

² V. Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, n° 00-45387, n° 99-43334, n° 99-43335 et n° 99-43336, Bull. civ. V, n° 239, *JCP E*, 2002, 1511, note CORRIGNAN-CARSIN (D.).

³ V. not. Cass. soc., 31 mai 2000, n° 99-42859 ; 20 janv. 1999, n° 96-45669 ; 28 oct. 1997, n° 94-43792.

⁴ V. Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45300, Bull. civ. V, n° 309, *D.*, 1992, jur., p. 350, note SERRA (Y.), *JCP G*, 1992, II, n° 21889, note AMIEL-DONAT (J.).

⁵ V. Cass. soc., 10 juill. 2002, *arrêts préc.* ; *adde* 27 févr. 2007, n° 05-44984, Bull. civ. V, n° 32 ; 4 juin 2008, n° 04-40609, Bull. civ. V, n° 123.

⁶ V. not. Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-15137, Bull. Civ. IV, n° 255, *CCC*, 2008, comm. 38, note MATHEY (N.). Toutefois, cette condition a été reconnue par la chambre commerciale dans le cas où une clause de non-concurrence était stipulée dans un pacte d'actionnaire dont faisait partie le salarié : Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824.

⁷ V. SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence, thèse préc.*, n° 133 et s.

⁸ V. not. Cass. civ. I, 3 déc. 1996, n° 95-10913, Bull. Civ. I, n° 436, *D.*, 1997, jur., p. 151, note SERRA (Y.).

⁹ V. not. Cass. civ., 18 mai 1868, *DP*, 1969, I, p. 366 ; Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-17899.

¹⁰ V. not. Cass. soc., 9 avr. 1962, n° 61-40353, Bull. Civ. IV, n° 368, *D.*, 1962, somm., p. 100.

¹¹ V. not. Cass. com., 4 juill. 1984, n° 82-15445, *D.*, 1984, IR, p. 445, obs. SERRA (Y.) ; 10 mars 1982, n° 80-14579, Bull. civ. IV, n° 96, *D.*, 1983, IR, p. 55, obs. SERRA (Y.).

¹² V. not. Cass. com., 18 juill. 1989, n° 87-12023, Bull. civ. IV, n° 222 ; *adde* 1^{er} avr. 1997, n° 95-12025, Bull. civ. IV, n° 89.

2. Exposé de la distinction appliquée aux devoirs contractuels

206. Le non-sens d'un « devoir de donner ». La classification des obligations sus-évoquée peut être partiellement appliquée aux devoirs. Partiellement seulement parce qu'il n'existe pas, et ne peut pas exister, de « devoir de donner ». Cette expression recèle une antinomie dans ses termes mêmes.

Tout d'abord, le transfert d'un droit réel comporte nécessairement une valeur, qui réside dans la propriété d'un bien. Aussi, cet effet du contrat – qu'il soit, au demeurant, considéré comme étant obligationnel ou comme relevant d'un « *effet légal du contrat* », distinct de ses effets obligationnels¹ – ne saurait être, en tout état de cause qualifié de devoir puisqu'il a été vu que cette notion traduit spécifiquement une contrainte purement comportementale à la charge du contractant. Dans les contrats qui entraînent un transfert de propriété, celui-ci constitue pour les parties le cœur de l'accord, l'élément central du contrat en tant qu'instrument d'échange économique. La dimension morale, éthique, du devoir s'oppose à ce que le transfert de propriété soit qualifié comme tel.

Ensuite, il est souvent remarqué que lorsque le transfert de propriété s'opère *solo consensu*, l'obligation de donner n'existe « *qu'en théorie et le temps d'un éclair* »², « *elle repose du fait de l'article 1138 du Code civil sur une abstraction juridique* »³. Or, cela est clairement incompatible avec l'objet du devoir dont le caractère permanent a été souligné⁴. Et, s'il est vrai que l'obligation de donner revêt parfois une existence autonome en raison du report du transfert de propriété dans le temps, cette observation ne doit pas être comprise comme venant remettre en cause la promptitude de son exécution car, si le débiteur reste assujéti tant que dure la relation contractuelle, la dette de *dare* est quant à elle acquittée dès l'instant que la chose qui est l'objet de l'obligation est individualisée, fabriquée, ou que le prix est payé⁵.

Quelle que soit la manière dont elle intervient dans le contrat, l'exigence de *dare* est donc incompatible avec la qualification de devoir. A bien vouloir retenir le sens donné au devoir contractuel, il n'existe pas, et ne peut exister, de devoir de *dare*. En revanche, il est possible de distinguer, au sein de la catégorie des devoirs contractuels, des devoirs de faire et de ne pas faire.

207. La distinction des devoirs de faire et de ne pas faire. D'un point de vue originel, la règle de droit a d'abord consisté en des commandements généraux négatifs : ne pas voler, ne pas commettre de meurtre, etc. Tel est toujours ainsi construit le droit pénal,

¹ V. FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *art. préc.*

² V. CARBONNIER (J.), *Les obligations*, *op. cit.*, n° 9.

³ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, *thèse préc.*, n° 86.

⁴ V. *supra*, n° 183 et s.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 267.

puisque le Code pénal, qui définit chaque infraction incriminée, ne décrit pas le comportement que doit observer l'individu, mais celui qu'il ne doit pas adopter à défaut de quoi il sera sanctionné. La règle générale de l'article 1382 du Code civil implique également un commandement négatif : ne pas, par sa faute, causer de dommage à autrui.

Ainsi, les impératifs généraux de sécurité et de bonne foi qui s'imposent au contractant dans le cadre contractuel semblent impliquer avant tout une abstention : ne pas porter atteinte à la sécurité du cocontractant, et plus généralement, ne pas lui porter tort. Le devoir de ne pas faire apparaît comme la manifestation *minimum* de l'assujettissement contractuel. De manière générale, la bonne foi revêt une dimension négative et implique la sanction des « *déloyautés manifestes* »¹. Le commandement se résume au fait de ne pas compromettre l'exécution du contrat. Il convient donc plutôt de parler d'un devoir de ne pas être de mauvaise foi.

Mais l'assujettissement peut par ailleurs se traduire plus sévèrement par la mise à la charge du contractant de démarches positives, c'est-à-dire par des devoirs de faire. Et si tout contrat implique nécessairement un devoir général de ne pas faire, à savoir le devoir de ne rien faire qui y porte échec, en revanche tout contrat ne fait pas nécessairement naître un devoir de faire à la charge des parties. En effet, le droit positif fait état de devoirs qui font peser une exigence comportementale plus forte sur le contractant en ce qu'ils requièrent de sa part un comportement actif, positif.

Dans le cadre spécifique des contrats-coopération, la bonne foi se colore d'une dimension positive, plus exigeante que sa composante négative : elle est un véritable devoir de faire, elle implique un « *comportement coopératif* »². En effet, en plus du devoir *minimum* de ne pas être de mauvaise foi, certaines relations contractuelles imposent « *de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »³. Et par exemple, en vertu d'un devoir de coopération, qui est un véritable devoir de faire, le contractant « *doit être disposé à réviser le contenu du contrat afin de garantir à l'autre partie un certain équilibre des prestations* »⁴. Le devoir de renégocier un contrat devenu déséquilibré, est une manifestation spécifique de ce qu'implique la coopération en tant que véritable devoir de faire.

Par ailleurs, cet exemple est révélateur de ce qu'un même devoir peut se décomposer en devoirs de faire et de ne pas faire. En effet, il est généralement avancé que le devoir de renégocier implique deux « sous-devoirs » : le devoir d'entrer en discussion qui est de résultat, et le devoir de renégocier de bonne foi avec la volonté d'aboutir, qui est de moyens⁵. En réalité plutôt qu'une distinction sur la portée du devoir, il faudrait y préférer une

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 553.

² V. *Ibid.*, n° 558. V. *supra*, n° 135.

³ V. MESTRE (J.), obs. *RTD Civ.*, 1986, p. 101 ; *adde* FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 558 et s.

⁴ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 561.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 474 ; *adde* THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu, thèse préc.*, n° 66 et 801 et s.

distinction quant à son objet : le devoir de renégocier implique, à la fois, le devoir d'entrer effectivement en négociation, mais aussi celui de ne rien faire qui en perturbe le cours normal. Dans le premier cas il s'agit d'une exigence de faire, une exigence positive de négocier véritablement ; dans le second cas, il s'agit d'une exigence passive, d'un devoir de ne rien faire qui nuise au déroulé correct des négociations. Mais dans les deux cas, un résultat est attendu : une action ou une abstention. Le seul constat d'une absence de négociation, ou de la perturbation de ces négociations suffit à caractériser la faute du contractant. Apparaît alors la particularité du devoir général de ne pas être de mauvaise foi, qui accompagne tant l'exécution des obligations, que l'observation des devoirs de faire.

Pareillement, si le devoir général de sécurité implique avant tout une abstention, il peut prendre une dimension plus exigeante dans le cadre contractuel et entraîner une véritable contrainte de faire à la charge du contractant. Le devoir positif d'assurer la sécurité du cocontractant pourra alors se traduire par l'observation de diverses mesures, telles que mettre les équipements fournis au client en conformité aux normes exigées pour leur niveau d'utilisation¹, faire certaines recommandations², ou encore, mettre à la disposition du créancier des dispositifs spécifiques permettant d'assurer sa sécurité, par exemple un casque pour une initiation à l'équitation³, etc.

208. Conséquence de la distinction. La distinction entre les devoirs de faire et de ne pas faire emporte une conséquence quant à la détermination du manquement contractuel.

Le manquement au devoir de ne pas faire est constaté par le seul défaut d'abstention. L'action entrant en contradiction avec le commandement est nécessairement fautive. C'est dire que le manquement au devoir de ne pas faire est caractérisé par le fait de mal faire.

Cette action peut être de types très variés. Ainsi, par exemple, la mauvaise foi comporte de multiples manifestations. Elle peut être caractérisée par l'existence d'un abus de droit⁴, d'un dol⁵, d'une fraude⁶, ou encore de tout type de comportement déloyal⁷. Il apparaît alors que le manquement au devoir de ne pas être de mauvaise foi peut constituer une faute aggravée. En effet, le devoir de ne pas être de mauvaise foi à l'occasion de l'exécution de

¹ V. not. Cass. civ. I, 1^{er} déc. 1999, n° 97-20207, *D.*, 2000, n° 13, p. 287, note MOULY (J.).

² V. *Ibid.*

³ V. not. Cass. civ. I, 30 avr. 1965, n° 63-13613.

⁴ Sur l'abus de droit, V. JOSSERAND (L.), *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905 ; *Cours de Droit Civil positif français, théorie générale des obligations*, op. cit., n° 428 et 433 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* Ce n'est qu'une des manifestations possibles du manquement à la bonne foi : RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Obligations*, t. 2, LGDJ, 1957, n° 465 ; BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, op. cit., n° 383 ; FABRE- MAGNAN (M.), *Droit des obligations I- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 80.

⁵ Sur la notion de dol, V. BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion des contrats, thèse préc.* ; Sur le devoir de ne pas commettre de dol à l'occasion de l'exécution du contrat : RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Obligations*, op. cit., n° 463.

⁶ Sur la notion de fraude, V. VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Toulon, 1957.

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 553 et s ; adde « Des comportements contractuels à éviter », art. préc.

l'obligation contractuelle ne se confond pas purement et simplement avec l'inexécution de cette obligation. Cette dernière constitue une faute simple, qui n'est pas toujours sanctionnée, notamment, par exemple, s'il existe une clause de responsabilité¹. Mais, s'il s'avère que le contractant était en outre de mauvaise foi, c'est à dire qu'une faute grave, voire intentionnelle est constatée, la gravité du comportement du contractant qui révèle l'inobservation du devoir de ne pas faire, issu de l'article 1134, al. 3 du Code civil, emporte des conséquences propres, c'est-à-dire autres que celles découlant de la seule inexécution de l'obligation².

Quant au manquement au devoir de faire, celui-ci peut être constitué soit par le refus de faire, soit par le fait de mal faire. Ainsi, que le devoir soit de faire ou de ne pas faire, la faute peut résulter d'une mauvaise action de la part du contractant. Mais au surplus, dans le cas du devoir de faire, la faute peut procéder d'une abstention. Le devoir de faire est donc plus exigeant que le devoir de ne pas faire, puisqu'il implique plus de risques pour le contractant d'être en faute. Les devoirs de faire font peser une charge plus lourde sur le contractant. Ils exigent plus d'effort de sa part. La personne sur qui un tel devoir pèse doit adopter un comportement directement et spécifiquement dans l'intérêt du cocontractant pour assurer, au-delà de l'échange économique, une harmonie relationnelle entre chaque partie à l'acte. Cette exigence positive s'ajoute aux contraintes visant la réalisation de l'objectif commun, tout en se distinguant des obligations qui renvoient à l'exécution de l'affaire conclue.

Il vient ainsi d'être vu qu'il est possible de s'inspirer de la classification traditionnelle des obligations selon qu'elles sont de donner, de faire, ou de ne pas faire, pour distinguer tout à côté des devoirs de faire et de ne pas faire. Il en va de même de la distinction entre le principal et l'accessoire. En effet, si le devoir se présente généralement comme étant une contrainte accessoire à une obligation, il se peut qu'il revête une réelle autonomie dans le contenu contractuel. Aussi est-il possible de distinguer, au sein de cette catégorie de contrainte, des devoirs principaux et des devoirs accessoires.

B- Devoirs principaux et accessoires

209. La question de l'autonomie de la contrainte : une problématique propre aux devoirs. La question qui se pose est celle de savoir si un devoir contractuel peut exister indépendamment de toute obligation contractuelle. Le devoir contractuel peut-il exister de manière autonome ou est-il nécessairement une contrainte accessoire à l'exécution d'une obligation ? Une réponse affirmative reviendrait à reconnaître qu'il est de l'essence du devoir contractuel d'avoir un caractère secondaire : le devoir contractuel ne pourrait jamais constituer l'objet même du contrat. Ainsi, il s'agit d'une question propre aux devoirs

¹ V. *infra* n° 398 et n° 403 et s.

² V. art. 1150 C. civ.

contractuels, car il ne fait aucune difficulté qu'une obligation puisse constituer l'objet principal d'un contrat, ce dernier étant habituellement défini comme « un accord de volontés destiné à créer des obligations »¹. Cependant, le mot obligation étant parfois employé à tort², et la définition du contrat précitée étant par ailleurs discutable³, il s'agit de déterminer si le contrat ne pourrait pas parfois avoir pour objet même un devoir.

210. La nature *a priori* accessoire du devoir contractuel. À première vue, tant la définition du contrat que les devoirs contractuels identifiés, mènent au constat qu'une telle contrainte ne peut être que l'accessoire d'une obligation juridique. En effet, il semblerait que les devoirs ne font qu'accompagner les obligations qui forment le cœur de l'accord. Il en va ainsi notamment des devoirs intégrés au contrat par le juge⁴. Toutes les contraintes « découvertes » sur la base de l'article 1135 du Code civil, ainsi que le devoir de bonne foi, sont généralement qualifiés en doctrine d'« obligations accessoires »⁵. Et s'il a été vu que la différence de nature entre les devoirs et les obligations empêche de considérer les devoirs comme des « obligations accessoires »⁶, il n'en reste pas moins que le devoir semble, à première vue, tirer l'une de ses particularités de son caractère accessoire, c'est-à-dire secondaire, par rapport aux obligations. D'ailleurs, cette particularité a pu être mise en avant en doctrine pour justifier de l'intérêt du concept de devoir : seule l'obligation principale serait une véritable obligation, et l'obligation secondaire serait en réalité un devoir⁷. Pour autant, il ne semble pas adéquat d'assimiler toute obligation secondaire à un devoir, car une prestation peut être un accessoire à une autre prestation constituant l'élément principal du contrat. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation de garantie. Ce n'est pas la place de la contrainte vis-à-vis de l'objet du contrat qui permet de déterminer sa qualification juridique, mais sa nature comportementale ou économique. De plus, s'il est vrai que dans la majorité des cas les devoirs ne sont que des contraintes secondaires par rapport aux obligations contractuelles, il se peut cependant qu'ils acquièrent une véritable autonomie et constituent l'objet principal du

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 17.

² V. *supra*, n° 29 et s.

³ V. *supra*, n° 67 et s.

⁴ V. not. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 177 et s. ; adde BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, op. cit., n° 56 : « L'obligation de sécurité ne doit sa nature contractuelle qu'à son caractère accessoire ».

⁵ V. not. ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelles », art. préc., n° 5 ; LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), BLOCH (L.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), *Droit des obligations*, Ellipse, 2008, p. 91 et s. ; FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 78.

⁶ V. *supra* n° 48 et s. En ce sens, V. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 131.

⁷ V. not. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes des créanciers*, thèse préc., n° 331 : « la notion de devoir permet de bien intégrer l'idée que le cautionnement ne fait naître qu'une seule créance, celle qui procède de la garantie de la dette principale, si bien qu'il n'est plus nécessaire, ensuite, de distinguer l'obligation principale et l'obligation accessoire. La vraie dialectique, en effet, n'est pas celle qui oppose le caractère principal et le caractère accessoire de l'obligation, mais celle qui discerne la généralité du devoir et la spécialité de l'obligation. ».

contrat. Le devoir comme objet du contrat permet alors de caractériser ce que le professeur FAGES a pu identifier sous le terme de « contrat de comportement »¹.

211. La possibilité d'un devoir principal : le devoir comme objet du contrat de comportement. M. FAGES a pu démontrer dans sa thèse que si « *habituellement [...] le contrat vise plutôt la fourniture d'une prestation précise, la réalisation de telle ou telle opération* », « *il se peut que le comportement constitue la matière même de l'engagement* »². Les contrats ayant pour objet un comportement sont, il est vrai en « *petit nombre* »³, mais ils n'en existent pas moins. Ces contrats se caractérisent précisément en ce qu'ils ont pour effet de donner principalement naissance à un devoir, et éventuellement, à d'autres contraintes accessoires, qu'il s'agisse d'obligations ou de devoirs⁴. Ce qui les identifie, c'est qu'ils portent spécifiquement sur une contrainte comportementale, permanente et essentielle.

Ainsi, par exemple, un contrat de parrainage entraîne principalement à la charge du parrain un devoir de soutien à l'égard du cocontractant et ne se résume pas aux obligations monétaires qu'il peut impliquer⁵. L'essence du contrat est cette attitude de soutien de tous les instants.

Pareillement, si une société s'engage « à ne pas copier » les produits d'une société concurrente, elle contracte par là même un devoir qui s'avère être un simple rappel du devoir général de respect dû à la propriété d'autrui. En effet, elle ne transmet aucune valeur dans le patrimoine de la société concurrente. Elle promet seulement de ne pas lui porter tort en reproduisant, et donc en s'accaparant, les fruits de son activité. Or, une telle stipulation n'est pas dénuée d'intérêt car en précisant un devoir général par le biais de la clause contractuelle, les parties lui donnent une force contraignante supplémentaire et permettent que le manquement donne lieu aux sanctions proprement contractuelles⁶.

Peut encore être donné l'exemple du devoir d'attention que contracte une société mère à l'égard du banquier de sa filiale par l'effet d'une lettre de confort⁷. Bien qu'un tel contrat puisse impliquer diverses obligations de faire ou de ne pas faire, il se caractérise par le fait qu'il repose « *sur une promesse de comportement* »⁸. En témoignent les formules générales employées dans ce type de lettres : « *faire tout le nécessaire* »⁹ ; « *prendre toutes*

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 77 et s.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*, n° 80.

⁴ V. *Ibid.*, n° 87 : « *lorsque le comportement est au centre du contrat, il n'est pas exclu que ce dernier engendre des obligations monétaires ou matérielles. Ces obligations, en effet, peuvent découler d'une exigence plus centrale qui, elle, vise l'adoption d'une conduite donnée. On le perçoit très bien, par exemple, à propos du contrat de coopération.* ».

⁵ V. *Ibid.*, n° 90 et s.

⁶ V. Cass. com. 23 janv. 2007, n° 05-13189. Sur les sanctions du devoir contractuel, V. *infra*, n° 339 et s. et n° 504 et s.

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 93 et s.

⁸ V. *Ibid.*, n° 99.

⁹ V. not. Cass. com., 23 oct. 1990, Bull. civ. IV, n° 256.

dispositions »¹ ; « *faire tout son possible* »², etc. Et ce n'est pas parce que l'objet de la lettre de confort porte spécifiquement sur le comportement du contractant que l'engagement est forcément de moyens³. En effet, comme M. FAGES l'a suggéré, il faut apprécier la dimension objective ou subjective de l'engagement pour déterminer s'il est de moyens ou de résultat⁴. Ainsi, le fait de « *faire son possible* » correspond à la prise en compte des capacités du contractant, et revêt donc une dimension subjective, aucun résultat n'est promis mais seulement le fait de mettre en œuvre les moyens adéquats pour que la garantie soit réelle⁵. Tandis que « *faire tout le nécessaire* » implique une appréciation objective du comportement : si le nécessaire est fait, le résultat voulu est atteint⁶.

D'ailleurs, il peut être avancé que la promesse de porte-fort, qui est le contrat par lequel une personne promet à son partenaire qu'un tiers conclura tel ou tel contrat avec lui, crée un véritable engagement de résultat à la charge du porte-fort⁷, tandis qu'il n'est débiteur d'aucune obligation⁸. Un tel acte ne fait pas naître *stricto sensu* un rapport de débiteur à créancier, mais revêt bel et bien un effet obligatoire car le promettant est tenu par le contrat, il est assujéti par sa promesse⁹. Or, il a été vu que le *minimum* de ce que l'assujettissement implique pour le contractant est le devoir de respecter la parole donnée¹⁰. Précisément, la promesse de porte-fort engendre principalement la naissance d'un devoir : le promettant doit personnellement respecter sa promesse, ce qui se traduit concrètement par le fait d'essayer de convaincre le tiers de s'engager. Mais il n'a, par ailleurs, aucune obligation à exécuter. Tant qu'il s'agit d'un porte-fort de ratification, et non d'un porte-fort d'exécution, le promettant ne garantit pas l'exécution du contrat par le tiers¹¹. Il n'est pas tenu d'exécuter les obligations qui seraient à la charge du tiers ayant ratifié l'acte, et ne saurait donc être poursuivi en paiement à sa place¹². La force obligatoire de la promesse ne s'en révèle pas moins par la sanction encourue par le porte-fort lorsque le tiers ne conclut pas le contrat : en vertu de l'article 1120 du Code civil, le porte-fort subit les conséquences de sa promesse non-tenue en versant une indemnité au bénéficiaire¹³. Ce n'est que lorsque la promesse a été expressément conçue comme une garantie de l'exécution du tiers accordée au bénéficiaire, que le contrat fait naître

¹ V. CA Paris, 2 oct. 1992, *D.*, 1993, IR, p. 39.

² V. Cass. com., 4 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 276.

³ Sur l'application de la distinction entre les contraintes de moyens et de résultat aux devoirs contractuels, V. *infra*, n° 391 et s.

⁴ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 100 et s.

⁵ V. not. CA Versailles, 9 févr. 1989, *Banque* 1989, p. 863, note RIVES-LANGE (J.-L.) ; Cass. com., 4 oct. 1994, *arrêt préc.* ; *adde* obs. SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *JCP E*, 1995, I, 482, n° 10.

⁶ V. Cass. com., 23 oct. 1990, *préc.*

⁷ V. CA Paris, 19 juin 1998, *Bull. Joly Soc.*, 1998, p. 1152, note COURET (A.) ; *RTD Civ.*, 1999, p. 100, obs. MESTRE (J.).

⁸ V. art. 1120 C. civ.

⁹ Sur la différence entre force obligatoire du contrat et contenu obligationnel, V. *supra*, n° 73 et s. et 104 et s.

¹⁰ V. *supra*, n° 118.

¹¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.* n° 305-22 et s.

¹² V. *Ibid.*, n° 305-28.

¹³ V. *Ibid.*

à la charge du promettant une véritable obligation d'exécuter, dans le cas où le tiers manquerait à ses obligations¹. Il constitue alors une réelle sûreté au profit du cocontractant². Cela justifie que ce soit uniquement dans cette hypothèse que le défaut d'exécution par le tiers expose le porte-fort aux poursuites du bénéficiaire³.

L'objet des contrats de comportement ne doit pas être compris comme contredisant l'exigence de l'article 1129 du Code civil. En effet, d'une part, cet article concerne spécifiquement la chose objet de l'obligation. Le Code civil n'appréhende pas l'objet du devoir mais seulement celui de l'obligation. Cet article ne peut donc être étendu à l'analyse du devoir comme objet principal du contrat. D'autre part, ce n'est pas parce que les parties s'engagent à respecter un certain comportement qu'elles ne savent pas précisément ce à quoi elles s'engagent. En effet, les parties à un contrat de comportement se promettent d'adopter une attitude déterminée tant qu'elles précisent dans leur accord quel est le type de comportement voulu⁴.

Ainsi, le devoir contractuel peut parfois constituer le principal de l'accord conclu par les parties. Il n'est donc pas par nature une contrainte accessoire.

212. Conclusion de la section. L'étude de l'objet du devoir a tout d'abord mené à la recherche des éléments nécessaires à sa définition. Une fois ces éléments mis au jour, il a pu être envisagé de proposer une typologie des devoirs à partir des caractères qui ne sont pas nécessaires à sa définition.

D'une part, concernant les éléments de définition du devoir, il en est un qui lui est clairement propre : il s'agit de son caractère permanent. En effet, il est de l'essence du devoir d'être une contrainte qui pèse à tout instant sur les épaules du contractant. Cette caractéristique distingue le devoir non seulement de l'incombance mais aussi de l'obligation.

En revanche, devoir et obligation partagent un point de ressemblance majeur : ces contraintes peuvent toutes deux être qualifiées de « catégoriques ». C'est à dire qu'elles s'imposent au sujet, qu'il le veuille ou non, de manière nécessaire, et non parce qu'elles conditionnent tel ou tel avantage. C'est là un point qui les différencie de l'incombance, dont il sera vu la nature de contrainte hypothétique⁵.

Par ailleurs – et c'est là une force contraignante supplémentaire qui s'attache au devoir contractuel – cette exigence comporte un caractère essentiel, impératif. Si les obligations

¹ V. *Ibid.*, n° 305-30.

² V. not. Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19217, Bull. civ. IV, n° 208, *JCP G*, 2006, II, n° 10021, note SIMLER (Ph.), *RTD Civ.*, 2005, p. 305, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) : « celui qui se porte-fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

³ V. not. Cass. civ. I, 18 avr. 2000, n° 98-15360, Bull. civ. I, n° 115, *JCP E*, 2000, n° 50, p. 2005, note VIRASSAMY (G.) ; *RJDA*, 2000, n° 741 ; *RTD Civ.*, 2000, p. 832, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

⁴ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 108.

⁵ V. *infra*, n° 235 et s.

peuvent être essentielles ou non, le devoir ne peut donner lieu à une même typologie. En effet, une telle contrainte ne peut pas être écartée du contenu de l'accord par les parties. Il s'agit ainsi d'une limite ostensible à la liberté contractuelle.

D'autre part, une fois ces éléments de définition du devoir relevés, il est apparu intéressant de mettre en avant la possibilité de distinguer, au sein de cette catégorie de contrainte, des sous-catégories de devoirs. Ainsi, il a été possible – notamment en raison du fait que devoir et obligation partagent la caractéristique commune d'être des contraintes catégoriques – d'appliquer aux devoirs des critères de classification traditionnellement utilisés pour distinguer les obligations contractuelles. Il a donc été proposé d'identifier, au sein de la catégorie des devoirs contractuels, des devoirs de faire et de ne pas faire, ainsi que des devoirs principaux et accessoires. Cet exercice de typologie comporte deux apports essentiels. Tout d'abord, il a permis de montrer que le devoir contractuel partage certains critères de classification avec les obligations, sans que cela ne conduise pour autant à confondre ces notions. Ensuite, il a conduit à mettre en avant les différents caractères qui ne sont pas nécessaires à la définition du devoir.

Or, parmi ces éléments secondaires, il en est qui sont en revanche nécessaires à la définition de l'incombance. En effet, ce qui est pour le devoir un critère de typologie, peut, pour l'incombance, constituer un critère de définition. L'inverse est également vrai : ce qui est un critère de définition du devoir peut être, pour l'incombance, un simple critère de classification. Des contraintes ayant des objets distincts connaissent nécessairement des typologies au moins partiellement dissemblables. Ainsi, cette étape de la réflexion a permis d'anticiper sur les points de distinction majeurs qui existent entre les devoirs et les incombances contractuels qui vont, à présent, apparaître plus explicitement à l'occasion de l'étude de l'objet de l'incombance.

Section II

Objet de l'incombance contractuelle

213. Objet de l'incombance contractuelle et type de contrainte. L'étude de l'objet de l'incombance contractuelle consiste à comprendre ce que revêt précisément la contrainte qu'elle implique à l'égard du contractant ¹. Précisément, cette exigence comportementale comporte des spécificités qui en font une contrainte autonome et distincte du devoir. Aussi s'agit-il à présent de mettre en avant les caractéristiques propres à l'incombance qui permettent de réunir ses différentes manifestations en une catégorie spécifique. Une fois abordés les éléments de définition de l'incombance permettant de dégager un concept autonome (§1), il sera possible d'établir une typologie des incombances contractuelles, sur la base des caractéristiques qui ne leur sont pas communes (§2).

§1- Les éléments caractéristiques de l'incombance contractuelle

214. Une contrainte spéciale par son contexte. Afin de comprendre les caractéristiques propres à l'incombance et d'établir ainsi son autonomie à l'égard du devoir contractuel (B), doit d'abord être mise au jour la nature particulière de la situation juridique qui existe en amont d'une incombance, et qui en justifie l'existence (A).

A- La particularité de la situation juridique impliquant une incombance

215. L'exercice aléatoire d'un droit. L'incombance est une contrainte comportementale qui est attendue du contractant dans un contexte particulier. Précisément, il est possible de caractériser systématiquement l'existence d'un aléa² portant sur la mise en œuvre d'un droit dont l'un des contractants bénéficie en vertu du contrat ou de la loi (1). Cet aléa est source de risques pour le cocontractant subissant l'exercice du droit par son titulaire (2).

¹ Sur la notion d'objet, V. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse préc., n° 51 ; *adde supra*, n° 180.

² V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Aléa, sens 1 : « Élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats ».

1. Un aléa portant sur l'exercice d'un droit

216. Des hypothèses d'aléa distinctes. La particularité de la situation juridique justifiant une incombance consiste en l'existence d'un aléa quant à la revendication d'un droit qui se trouve au profit de l'un des contractants. Mais cet aléa peut être d'ordres distincts. Il peut, d'une part, être extérieur aux parties et peser sur la survenance d'un événement justifiant la revendication du droit (a). Ou il peut, d'autre part, être lié à la volonté même du titulaire du droit de le mettre en œuvre, c'est-à-dire résulter de l'existence d'un droit potestatif (b).

a. L'aléa portant sur la survenance d'un événement extérieur aux parties

217. Aléa et créance de garantie. Parfois, les parties à un acte juridique vont chercher à se prémunir contre la survenance incertaine d'un fait dont les conséquences peuvent s'avérer préjudiciables pour l'une d'elles. Tel est l'objet de l'obligation de garantie. En effet, de manière générale, la garantie permet de protéger une personne contre toute perte pécuniaire, qui n'est qu'éventuelle au moment où elle est prise¹. La garantie est ainsi étroitement liée à l'existence d'un aléa, car elle s'avère être le moyen juridique de réduire les risques qui y sont liés². Une telle obligation peut être l'objet même d'un contrat, ou bien n'être que l'accessoire d'une opération ayant un autre objet. Mais il apparaît que, dans ces deux cas, l'aléa qui est traduit par l'existence d'une garantie, va justifier l'existence d'une incombance.

218. Aléa et obligation de garantie accessoire. Certains contrats contiennent des obligations de garantie accessoires, qui ne forment donc pas l'objet principal du contrat, mais qui le complètent en vertu de la loi, ou de la volonté expresse des parties. Cette obligation à la charge d'une partie au contrat vise à « *renforcer* la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle était en droit d'attendre »³. Par exemple, la garantie des vices cachés est une obligation accessoire au contrat de vente⁴. Elle vise à prémunir l'acheteur contre les risques liés à l'apparition de vices qui rendent la chose

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Garantie, sens 1 : « *Au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* ».

² Cela est régulièrement rappelé en matière de contrat d'assurance, ce dernier ayant précisément pour objet de garantir l'assuré contre un risque au moyen d'une prime versée en cas de réalisation de l'événement qui est nécessairement aléatoire : V. not. Cass. civ. I, 4 nov. 2003, n° 01-14942, Bull. civ. I, n° 220 ; 10 avr. 1996, n° 94-11174 ; 25 févr. 1992, n° 89-18440 ; 12 févr. 1991, n° 88-18149 ; 27 févr. 1990, n° 88-14364, Bull. civ. I, n° 52 : « *le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé* ».

³ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Garantie, sens 3.

⁴ V. art. 1641 et s. C. civ. C'est une garantie que l'on retrouve dans d'autres contrats, not. dans le contrat de bail, V. art. 1721 C. civ.

« impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »¹. Ainsi, aucune des parties ne sait au stade de l'échange des consentements – sauf mauvaise foi² – si cette garantie sera mise en œuvre par la suite. Ce droit peut très bien n'être jamais revendiqué dans l'hypothèse où aucun vice caché ne viendrait à se révéler. Il dépend précisément de l'apparition d'un tel vice, dont la survenance est *ab initio* incertaine. La créance de garantie contre les vices cachés est donc de nature aléatoire. C'est uniquement dans l'hypothèse où des vices viendraient à apparaître que l'acheteur pourra invoquer son droit et réclamer le paiement au vendeur³. Cet avantage tend en effet à compenser son insatisfaction résultant de la mauvaise exécution de l'obligation de livrer la chose promise.

Il existe encore d'autres garanties accessoires qui visent toutes à amortir les risques pécuniaires qu'entraînerait la survenance d'un événement dont la certitude n'est pas acquise au moment de l'échange des consentements. Il en va ainsi, par exemple, de la garantie d'éviction⁴, de la garantie de contenance⁵, de la garantie de passif⁶, de la garantie de l'existence des sûretés lors de la cession de créances⁷, ou encore de la garantie contre la maladie⁸. Et il a été précisément vu que ces garanties accessoires au contrat qui les renferme impliquent l'existence d'une incombance⁹.

Cependant, cela ne veut pas dire que l'incombance est uniquement liée à l'existence d'une obligation de garantie accessoire. Il se peut par ailleurs qu'une incombance soit liée à l'existence d'un contrat dont l'objet même est de garantir le créancier contre un risque éventuel, ce contrat étant alors par nature un contrat aléatoire.

219. Contrat aléatoire et créance de garantie. Il se peut que l'aléa justifiant une incombance porte sur le droit de créance principal au contrat. En effet, l'alinéa 2 de l'article

¹ V. art. 1641 C. civ.

² L'acheteur ne peut se prévaloir d'un défaut de conformité que si des vices étaient effectivement cachés lors de la vente : Cass. com., 5 févr. 1974, n° 72-12990 ; ainsi « le vendeur n'est pas tenu à garantie, lorsque l'acheteur a eu connaissance, au moment de la vente, du vice dont la chose vendue était affectée » : Cass. civ. I, 13 mai 1981, n° 80-10876 ; Cass. civ. III, 30 janv. 2008, n° 07-10133 ; tel est le cas lorsque les défauts ont un « caractère particulièrement évident », même pour un acheteur non professionnel : Cass. civ. I, 7 janv. 1982, n° 80-16530.

³ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 154.

⁴ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° -d'éviction (Garantie, sens 3) : « Obligation pour le vendeur de défendre l'acquéreur contre le trouble apporté par autrui à sa possession et de l'indemniser au cas où la propriété de la chose vendue serait reconnue appartenir à un tiers ou grevée de droits réels » ; adde MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 349 et s. : « Le vendeur ne doit pas seulement délivrer la chose vendue, il doit aussi en garantir la propriété (ce qu'on appelle la garantie d'éviction) ». V. art. 1626 et s. C. civ. et art. 43-1) *CVIM* (V. *supra*, n° 154).

⁵ V. art. 1616 et s. C. civ. ; V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 237. V. *supra*, n° 153.

⁶ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., n° 816 et s. (V. *supra*, n° 169).

⁷ V. art. 1692 et 1693 C. civ. ; adde OPHELE (C.), « Cession de créance », op. cit., n° 212 et s.

⁸ V. art. L. 1226-1 C. trav. V. *supra*, n° 162.

⁹ V. *supra*, n° 149 et s.

1104 du Code civil dispose que « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain, le contrat est aléatoire* »¹.

L'exemple type en est la créance d'indemnisation formant l'objet du contrat d'assurance, ce dernier étant par nature aléatoire. Or, il a été vu que c'est dans le cadre du contrat d'assurance que les incombances ont été découvertes en premier lieu². Par ce contrat « *l'assureur prend à sa charge, moyennant le versement par l'assuré de primes, un risque dont la réalisation est envisagée par les parties et dont l'assuré n'entend pas supporter seul et personnellement l'incidence définitive* »³. Ce qui fait que le contrat d'assurance est aléatoire c'est qu'il est précisément « *destiné à couvrir un risque donnant prise à l'incertitude* »⁴. L'incertitude pouvant porter sur la réalisation même de l'évènement visé, ou sur la date de sa survenance. En vertu de ce contrat, en cas de réalisation du sinistre, l'assureur devra payer l'indemnité d'assurance à l'assuré, ou à un tiers pour le compte de l'assuré, ou entre les mains de la victime. Il apparaît ainsi clairement que l'aléa est directement pris en compte par l'objet même du contrat d'assurance. L'aléa est consubstantiel à l'assurance qui vise précisément à garantir l'assuré contre les risques liés à la survenance d'un évènement dont les conséquences seraient dommageables pour lui.

L'intérêt de la distinction entre contrat aléatoire et contrat commutatif est aujourd'hui *a priori* limité à la question de la détermination de la lésion dans les contrats synallagmatiques⁵. En effet, il est avancé que « *la distinction entre contrats aléatoires et contrats commutatifs ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques [...] puisqu'elle repose sur l'évaluation des prestations et contre-prestations, chose impossible dans un contrat unilatéral où il n'y a pas de contre-prestation* »⁶. Cependant, une fois la thèse de l'existence d'un contenu contractuel autre qu'obligationnel acceptée⁷, un second intérêt peut être lié à la détermination de la nature aléatoire d'un contrat, et ne se limite pas au domaine des contrats synallagmatiques. En effet, au-delà de la distinction entre contrat aléatoire et contrat commutatif, qui repose uniquement sur le contenu obligationnel du contrat, la reconnaissance d'un aléa peut présenter un enjeu quant à la détermination des contraintes comportementales non-obligationnelles imposées aux contractants, et précisément quant à l'identification des incombances contractuelles. Il n'est alors pas sans intérêt de reconnaître une nature aléatoire à un contrat unilatéral.

L'exemple du contrat de cautionnement est sur ce point tout à fait révélateur. Il a été vu que les incombances y sont la manifestation de l'existence de contraintes non-

¹ V. art. 1104, al. 2 C. civ.

² V. *supra*, n° 10.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.* n° 69.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, n° 84.

⁷ V. *supra*, n° 67 et s.

obligationnelles s'imposant au créancier en vertu de l'engagement pris¹. Or, des auteurs ont avoué que « *si l'on souhaite étendre la qualification de contrat aléatoire au cautionnement unilatéral, on trouvera systématiquement un aléa puisque tout contrat onéreux devient aléatoire dès que « les prestations à fournir dépendent dans leur existence ou leur quotité d'un évènement incertain »* »². En effet, bien qu'unilatéral, le contrat de cautionnement est un contrat aléatoire puisqu'il vise à garantir le créancier contre l'éventualité d'un défaut de paiement du débiteur principal. Cet aléa est ainsi lié à l'objet même du cautionnement, qui est une garantie. L'évènement incertain est dans cette hypothèse le défaut de paiement du débiteur. Le créancier dispose d'une garantie de paiement de la caution au cas où cet évènement surviendrait.

Dans les exemples qui viennent d'être abordés l'aléa est extérieur aux parties, et celles-ci tentent de le compenser au moyen d'une garantie. Finalement, la survenance de l'évènement garanti conditionne le droit de se prévaloir de l'indemnisation.

D'ailleurs, et plus largement, il peut être avancé qu'un aléa existe toujours quant à la revendication d'un droit de créance lorsqu'il est assorti d'une condition.

220. Aléa et obligation conditionnelle. La condition est la « *modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un évènement futur et incertain* »³. L'incertitude est donc un « *élément essentiel de la condition* »⁴. Lorsqu'un débiteur est engagé sous condition suspensive, la naissance de l'obligation est subordonnée à la réalisation d'un évènement dont la survenance est incertaine. Pareillement, lorsque l'obligation est sous condition résolutoire, sa disparition dépend d'un évènement dont il est impossible de savoir à l'avance avec certitude s'il surviendra ou non. Dans ces deux hypothèses, les parties s'en remettent au « *cours normal des choses* »⁵. C'est uniquement dans l'éventualité où l'évènement en question viendrait à se produire, que le créancier pourra l'invoquer contre le débiteur, afin que celui-ci s'exécute – dans le cas de la condition suspensive – ou le débiteur contre le créancier, afin qu'il ne le poursuive pas en paiement – pour le cas de la condition résolutoire. C'est alors très justement qu'il a pu être remarqué que « *la notion de condition repose sur l'aléa* »⁶. Sans aléa quant à la survenance de

¹ V. *supra*, n° 159.

² V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, n° 84. Les auteurs citent COUIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd., par Julliot de la Morandière, t. 2, D., 1948, n° 1250, p. 817.

³ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Condition, sens 2.b. (Nous soulignons) ; V. art. 1168 C. civ.

⁴ V. GJIDARA (S.), « le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil, première partie », *art. préc.*

⁵ V. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, *op. cit.*, vol. 25, n° 349 ; TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 57.

⁶ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 1095.

l'évènement visé, il n'y a plus d'obligation conditionnelle¹. L'incertitude résulte de cet aléa qui est consubstantiel à l'obligation conditionnelle. La condition implique ainsi un possible échappatoire pour le débiteur. En effet, celui qui s'engage sous condition, a le « *bénéfice de la condition* »². Le cas échéant, le débiteur peut opposer au créancier sa défaillance pour échapper à sa dette. Il s'agit d'un avantage non négligeable entre les mains de son bénéficiaire, lié à la survenance d'un fait qui reste extérieur aux parties.

Par ailleurs, il se peut que l'évènement incertain soit érigé en condition de la revendication d'un droit autre qu'un droit de créance. Par exemple, en vertu de l'article 11 de la loi du 6 juillet 1989, le bailleur a la faculté de réduire la durée minimale du contrat de bail à un an lorsqu'un évènement – prévu dans le bail – justifiant qu'il ait à reprendre le local survient avant l'expiration du contrat. La réalisation aléatoire de l'évènement en question conditionne ainsi la possibilité, pour le bailleur, de se prévaloir de son droit de réduire la durée minimale du bail.

Quoi qu'il en soit, l'évènement ne doit pas dépendre de la seule volonté du débiteur, car à défaut la condition serait potestative et encourrait la nullité³. La potestativité ne fait pas disparaître l'aléa, mais elle le déplace, en le faisant porter non pas sur un évènement incertain pour les deux parties, mais sur la volonté même de l'une d'elles. Ainsi, l'engagement du débiteur sous condition potestative est illicite puisqu'une telle condition contredit l'idée même d'engagement⁴.

Cependant, il semble toutefois que le législateur autorise que l'engagement du créancier soit assorti d'une condition potestative. Tel est le cas, par exemple, en matière d'agrément de la chose dans la vente, dont l'article 1588 du Code civil présume la qualification de condition suspensive⁵. Dans cette hypothèse, l'aléa porte sur la volonté même de l'acheteur de conclure définitivement le contrat, il s'agit donc d'une condition potestative. Mais il a pu être justement mis en avant que « *cette condition, potestative, est valable au regard de l'article 1174 puisqu'il ne la prohibe que* » de la part de celui qui s'oblige », en l'occurrence le vendeur à l'agrément »⁶.

L'aléa peut ainsi être lié à la potestativité de la condition assortissant l'engagement du créancier, mais il peut encore résulter de la potestativité d'un droit dont bénéficie l'une des

¹ Il pourrait cependant y avoir éventuellement une obligation à terme : V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Terme, sens 1 : « modalité d'une obligation généralement contractuelle subordonnant son exigibilité ou son extinction à l'arrivée d'un évènement futur qui, au moment de l'engagement, est de réalisation certaine » (nous soulignons).

² V. GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », art. préc., n° 1.

³ Voilà pourquoi l'obligation conditionnelle est traitée à l'occasion de l'étude de l'aléa dépendant d'un fait extérieur au débiteur, c'est-à-dire d'un « aléa de fait », et non de l'aléa lié à l'expression de la volonté du titulaire d'un droit, c'est-à-dire d'un « aléa de droit ». Sur ce dernier V. *infra*, n° 221 et s.

⁴ V. not. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 183 et s., spéc. n° 209 : « la clause elle-même [...] conduit à une inconsistance de l'engagement ».

⁵ V. *supra*, n° 170.

⁶ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 13.

parties au contrat. En effet, l'existence d'un droit potestatif au profit de l'un des contractants n'est nullement prohibée. Dans cette hypothèse, l'aléa porte directement sur la volonté même du titulaire du droit d'en faire l'exercice.

b. L'aléa résultant de l'existence d'un droit potestatif

221. Aléa et pouvoir du contractant dans l'exercice du droit. Un auteur s'étant attaché à l'étude de l'incombance en droit français a pu justement observer que celle-ci apparaît généralement lorsque « *l'existence ou la disparition de certains éléments du contrat se trouve, directement ou indirectement, [au] pouvoir [des parties]* »¹. En effet, l'aléa caractérisant la situation juridique donnant lieu à une incombance est parfois spécifiquement lié à une prérogative dont la revendication dépend uniquement de la volonté de son titulaire. La particularité d'un tel droit est donc que sa mise en œuvre relève du seul pouvoir de décision de son titulaire². Et précisément, lorsque l'aléa porte sur la volonté de l'une des parties au contrat de mettre en œuvre son droit, il traduit l'existence d'un droit potestatif au profit du contractant.

222. L'existence d'un droit potestatif au profit d'un contractant. Si la notion de potestativité est depuis longtemps appréhendée à travers le mécanisme de la condition, le terme de droit potestatif peine quant à lui à être reçu en droit français³. La définition en a toutefois été amorcée par quelques auteurs⁴. Notamment, M. NAJJAR a pu mettre en lumière

¹ V. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.* (Nous soulignons).

² Sur la définition juridique du pouvoir, V. GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985, n° 235, p. 150 : « *le pouvoir est orienté vers un but, il est tout entier orienté à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire* ». Comp. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 190.

³ V. NAJJAR (I.), « La potestativité », *RTD Civ.*, 2012, p. 601 et s. : « *si le concept de potestativité est inscrit dans le code civil en tant que modalité de l'obligation, il ne vise pas un droit* ».

⁴ V. not. BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Toulouse, 1947, p. 61 et s. ; « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD Civ.*, 1949, p. 1 et s. ; DERUPPÉ (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Toulouse, 1952 ; CÉLICE (B.), *Théorie générale des réserves et du non-vouloir*, Paris, 1965, p. 389 et s. ; NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967 ; HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Paris II, 1973 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979, n° 507 et s. ; HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.*, 1982, p. 705 et s. ; DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985, n° 250 et s. ; MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Toulouse, 1991, p. 201 et s. ; ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon Caen, LGDJ, 1996 ; VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999 ; LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004 ; DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006 ; HELLERINGER (G.), *Les clauses contractuelles, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 390 et s. ; NAJJAR (I.), « La potestativité », *art. préc.*

ces droits subjectifs particuliers¹. Il les a définis comme étant « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale (acte réel, acte juridique, instance judiciaire ou recours administratif)* »².

Le droit potestatif se distingue ainsi des autres droits subjectifs sur deux points. D'une part, son objet premier est de conférer à son titulaire un pouvoir sur une situation juridique³. Ce dernier est, grâce à ce droit, dans « *une position favorable* »⁴ par rapport à son « *adversaire* »⁵. Or, l'exercice d'un pouvoir évoque généralement l'idée d'un risque d'arbitraire dans sa mise en œuvre, qui serait préjudiciable au destinataire. En effet, par sa seule manifestation de volonté, le titulaire du droit potestatif peut produire un effet juridique ayant des répercussions plus ou moins graves sur la situation du destinataire. Le droit potestatif crée non plus un aléa de fait, mais un aléa de droit, en ce qu'il est spécifiquement lié à la mise en œuvre d'une prérogative par son bénéficiaire. D'autre part, le risque d'arbitraire dans l'exercice de ce droit spécial peut être d'autant plus redouté que ce dernier a pour seconde caractéristique d'impliquer une sujétion complète du destinataire du droit à la volonté du *potentior*⁶. En effet, l'existence d'un droit potestatif crée une situation juridique empreinte d'incertitude à son égard⁷.

Or, MME ROCHFELD a montré que de tels droits peuvent résulter de la conclusion d'un contrat. Selon l'auteur, celui-ci peut donner naissance ou impliquer l'existence de droits potestatifs adventices ou adjoints, c'est à dire des droits qui s'intègrent de façon adventice dans la convention⁸. Dans le cadre spécifique du contrat, de tels droits légitimés par l'accord de volontés, « *favorisent la liberté du titulaire du droit et la souplesse de sa situation contractuelle* »⁹. En revanche, et parallèlement, le cocontractant est totalement soumis à la volonté du *potentior*. Le droit potestatif implique ainsi un déséquilibre entre les contractants,

¹ V. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., n° 91 : l'auteur définit le droit subjectif comme étant « *le pouvoir d'exiger quelque chose en vue de la satisfaction d'un intérêt juridiquement protégé* ».

² V. *Ibid.*, n° 99 (nous soulignons).

³ V. *Ibid.*, n° 101 et s.

⁴ V. *Ibid.*, n° 101.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 11 ; adde NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., n° 99 bis et s. : « *une position de sujétion (soggestione)* » ; DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse préc., n° 251.

⁷ V. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., n° 30 et s. L'auteur explique que la situation juridique antérieure à l'exercice du droit d'option se caractérise comme étant une situation juridique incertaine. Il s'agit d'une situation d'attente génératrice de dangers, et la nécessité d'opter corrige les défauts de l'incertitude planant sur son exercice.

⁸ V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in Et. J. Ghestin, *Le contrat au début du XX^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s. ; POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.*, avr.-juin 2010, p. 209 et s.

⁹ V. FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in *Les prérogatives contractuelles, colloque de la Revue des contrats du mardi 30 nov. 2010*, *RDC*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 644 et s., spéc. n° 32.

en ce qu'il octroie une certaine puissance, une situation de supériorité contractuelle temporaire à celui qui en bénéficie, et en ce qu'il fragilise par ailleurs le cocontractant.

Par exemple, le droit de préemption dont dispose le locataire est un droit potestatif, car par son exercice son titulaire met en œuvre une prérogative ayant pour effet d'influer sur une situation juridique préexistante par une activité propre unilatérale¹. Le congé vaut offre de vente du local loué au locataire qui a le droit d'acheter ou de quitter les lieux. Le locataire est libre de sa décision.

Pour mentionner un autre exemple, dans le cadre d'un contrat de société, il existe un tempérament au principe de liberté de cession des actions entre vifs ou à cause de mort, du fait de l'autorisation de l'insertion dans les statuts d'une clause d'agrément qui soumet à l'appréciation de la société les transferts des titres. Cela confère à la société le droit de filtrer l'entrée de nouveaux actionnaires. Il s'agit précisément d'un droit potestatif. D'ailleurs, « *le refus d'agrément est une décision qui n'a pas à être motivée* »².

De nombreux droits potestatifs sont encore observables dans le cadre du contrat de travail. Ils peuvent être au bénéfice de l'employeur³, en raison même du pouvoir spécifique dont il dispose sur l'employé qui lui est subordonné⁴, mais ils sont le plus souvent au bénéfice du salarié. Il en va ainsi par exemple du droit du salarié d'accepter ou de refuser la proposition de modification du contrat de travail faite par l'employeur⁵.

223. Droit aléatoire et risques pesant sur le destinataire. Les exemples abordés⁶ mettent en lumière le fait que les droits potestatifs, y compris – voire surtout – dans le cadre contractuel, « *présentent des dangers particuliers* »⁷. En effet, le contractant soumis à

¹ Ibrahim NAJJAR classe clairement le droit de préemption parmi les droits potestatifs (V. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., n° 147). Des droits potestatifs sont également observables dans le cadre d'un contrat de bail commercial, V. art. L. 145-47 et L. 145-10 C. com. V. *supra*, n° 158.

² V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., n° 801.

³ Par exemple, l'employeur a le pouvoir unilatéral d'accepter ou de refuser la demande de congé individuel de formation qui lui est faite par le salarié, V. art. R. 6322-5 C. trav. L'aléa quant à la décision de l'employeur place l'employé dans une situation d'incertitude, pouvant lui porter préjudice (par exemple la réponse positive arrive trop tard par rapport au début du stage, ou à la date d'inscription à un examen et l'employé ne s'est pas inscrit à temps à cause de ce retard). V. *supra*, n° 162.

⁴ V. LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse préc., n°25 : « *si le rapport de travail reste aujourd'hui encore un contrat, le droit n'en reconnaît pas moins sa double nature, celle d'un rapport contractuel et d'un rapport de pouvoir* ».

⁵ V. art. L. 1222-6 C. trav. Il s'agit d'un choix qui lui est offert. Il est alors titulaire d'un droit d'option, qui est un droit potestatif. S'il accepte la proposition, cela emporte novation du contrat de travail. S'il la refuse, cela implique l'exécution du contrat initial et la rupture du contrat est à l'initiative de l'employeur ou du salarié s'il le souhaite. V. *supra*, n° 162.

⁶ D'autres exemples peuvent encore être soulevés. Un contrat d'assurance peut comporter des droits potestatifs. Par exemple le droit d'option dont l'assureur dispose en vertu de l'art. L. 112-2, al. 5 C. assur. quant à la demande de modification du contrat d'assurance par l'assuré, ou encore les facultés dont il dispose en vertu de l'art. L. 113-4 C. assur. V. *supra*, n° 157.

⁷ V. FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc., n° 32.

l'exercice d'un droit dont la revendication par son titulaire s'avère aléatoire se trouve dans une situation d'attente, empreinte d'incertitude. Mais de manière générale, que l'aléa soit lié à la survenance d'un événement incertain extérieur aux parties, ou qu'il soit lié à la volonté même du bénéficiaire du droit d'en faire usage, il implique pour son destinataire une situation assez inconfortable. En effet, l'incertitude pesant sur l'exercice du droit par son titulaire est génératrice de dangers pour le cocontractant.

2. Un aléa source de risques pour le cocontractant

224. L'avantage du titulaire du droit face au cocontractant. Le bénéficiaire du droit soumis à un aléa est toujours dans une situation avantageuse par rapport au cocontractant. En effet, il bénéficie d'une avance sur ce dernier en tant qu'il détient la connaissance de l'exercice du droit.

Si l'aléa porte sur un événement qui est extérieur aux parties, le créancier saura généralement avant le débiteur si l'événement subordonnant l'exigibilité du droit s'est réalisé. Cela est particulièrement observable dans l'hypothèse d'une créance de garantie. Par exemple, l'acheteur bénéficiant de la garantie des vices cachés saura avant le vendeur si de tels vices sont apparus puisqu'il aura, par hypothèse, la chose vendue en sa possession. Il en va de même pour l'assuré en cas de survenance du sinistre visé dans le contrat d'assurance, il saura avant l'assureur s'il se sera réalisé, et il pourra en apprécier rapidement l'étendue. Également, le créancier saura généralement avant la caution si le débiteur principal n'a pas honoré sa dette à l'échéance, puisque c'est à lui d'exiger le paiement. Ces exemples montrent que le titulaire du droit bénéficie toujours d'une connaissance supérieure par rapport à l'autre partie quant à l'exigibilité de son droit.

A fortiori, si l'aléa porte sur la volonté même du titulaire du droit d'en faire usage, ce dernier sait, par définition, bien avant le cocontractant, l'usage qu'il compte en faire. En effet, le titulaire d'un droit potestatif en a la maîtrise, ce qui lui donne une avance certaine sur le cocontractant. Précisément, dans cette hypothèse, seul le titulaire du droit sait s'il compte ou non le mettre en œuvre et de quelle manière, car sa revendication dépend de sa seule volonté. La potestativité du droit place de manière inévitable son destinataire dans une situation d'attente, d'incertitude.

Cette avance dont bénéficie le titulaire du droit est génératrice de différents dangers pesant sur la personne du cocontractant. En effet, celui-ci s'expose, d'une part, au risque que le titulaire du droit fasse durer indéfiniment l'incertitude quant à sa revendication, et d'autre part, au risque qu'il manipule l'aléa en inclinant le sort en sa faveur, c'est-à-dire qu'il perturbe le cours normal des choses.

225. Le risque de faire durer indéfiniment l'incertitude. L'incertitude qui pèse sur le cocontractant réside, soit quant au point de savoir si le droit *peut* être mis en œuvre, soit quant au point de savoir si son titulaire *veut* le mettre en œuvre. La première de ces hypothèses correspond à la question de la survenance de l'évènement aléatoire. La seconde correspond à la problématique de la potestativité du droit. Mais dans les deux cas, le cocontractant ignore *a priori* si, et quand, le droit sera revendiqué. Le risque direct qui pèse sur lui réside ainsi dans une revendication tardive, à contretemps, et donc abusive, de ce droit par son titulaire.

Dans l'hypothèse d'un aléa pesant sur la survenance d'un évènement extérieur à la volonté des parties, le bénéficiaire du droit, sachant que cet évènement s'est produit, ne devrait pas laisser indéfiniment le cocontractant dans l'expectative quant à cette donnée de fait. Un tel comportement est de nature à causer un préjudice au destinataire du droit. Par exemple, le vice caché affectant la chose vendue peut s'aggraver au cours du temps. Ainsi, l'acheteur qui n'en dénonce pas la survenance rapidement au vendeur peut causer un préjudice à ce dernier, notamment en ce qu'il devra payer une indemnité d'un montant supérieur à ce qui aurait été dû si l'acheteur avait réagi plus tôt. Il en va de même en cas de survenance du sinistre faisant l'objet d'une indemnité d'assurance. Ou encore en cas de défaut de paiement du débiteur principal si cet engagement est accompagné d'un cautionnement.

Pareillement, le droit potestatif étant une prérogative dont la revendication est libre pour son titulaire, un risque d'abus évident plane sur sa mise en œuvre¹. Conformément à la nature spécifique de ce droit, le contractant pourrait rester *ad vitam aeternam* dans l'incertitude de son exercice puisqu'il relève de la seule volonté de son bénéficiaire². Or souvent, l'exercice du droit potestatif a un impact direct sur l'avenir de l'autre partie. Il présente un enjeu majeur pour la personne qui y est soumise. Un exercice à contretemps de cette prérogative serait de nature à lui nuire. Par exemple, le droit de préemption du locataire a un impact direct sur la vente de l'immeuble par le propriétaire. Tant que le locataire n'a pas préempté, le propriétaire ne peut vendre son bien à un tiers. Ce droit du locataire place le bailleur dans une situation d'attente. Pareillement, le droit du bailleur de s'opposer à la demande de déspecialisation des locaux a un impact non négligeable sur la situation du locataire, puisque l'opposition empêche l'extension projetée jusqu'à la décision rendue par le tribunal de grande instance qui sera saisi par la partie la plus diligente pour se prononcer sur cette demande³.

¹ V. NAJJAR (I.), « La potestativité », *art. préc.* : la potestativité mène à un « débat indirect sur l'abus de droit ». Sur le lien entre incombance et abus de droit, V. *infra* n° 297 et s.

² V. *Ibid.* Plus précisément sur le danger lié au maintien de l'incertitude quant à l'exercice du droit, V. not. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse préc., n° 251 : « il ne faut pas que par le biais d'un droit potestatif, dont l'exercice ne serait soumis à aucune condition de délai, la situation de sujétion ne se perpétue, paralysant l'action de l'assujetti qui n'a même pas la ressource d'une quelconque violation » ; *adde* ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*, n° 12.

³ V. Cass. civ. III, 6 mars 1973, *préc.* ; 23 avr. 1974, *préc.*

Par ailleurs, un risque pèse spécifiquement sur le contractant lorsque la revendication du droit est subordonnée à la réalisation d'un événement *a priori* aléatoire, mais dont son titulaire provoquerait volontairement la survenance. Il s'agit précisément du risque que le bénéficiaire du droit incline le sort en sa faveur afin de pouvoir le mettre en œuvre.

226. Le risque de perturbation du « cours normal des choses ». Il se peut que le titulaire du droit dont la revendication est soumise à un aléa perturbe volontairement le cours normal des choses afin de pouvoir en bénéficier. Ce risque, qui pèse sur le destinataire, n'est relatif qu'à l'hypothèse où l'aléa résulte de la survenance d'un événement extérieur aux parties. En effet, dans le cas du droit potestatif, son titulaire n'a pas à incliner le sort en sa faveur, puisque ce droit est d'ores et déjà une faveur dont il dispose absolument. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un droit dont l'exercice est subordonné à la survenance d'un fait aléatoire, il est possible que son bénéficiaire cherche à provoquer la situation qui lui permettra de le revendiquer.

En premier lieu, il se peut que le bénéficiaire du droit provoque lui-même la survenance de l'évènement justifiant la revendication de son droit. Or, cette hypothèse est précisément celle envisagée par la règle spéciale de l'article 1178 du Code civil en cas d'engagement sous condition suspensive¹. En effet, le droit de se prévaloir de la défaillance de la condition est un avantage non négligeable pour le débiteur. La poursuite égoïste de son intérêt personnel peut ainsi le tenter de manipuler le hasard afin de s'assurer de la défaillance de la condition. Et, la plupart du temps, le débiteur a une influence sur la survenance du fait auquel est subordonnée l'obligation². Il a « *un pouvoir de fait sur l'évènement érigé en condition* »³. Le créancier court ainsi le risque que le débiteur empêche la réalisation de l'évènement afin d'échapper à son obligation. Or, « *il ne servirait à rien de protéger le créancier contre l'arbitraire du débiteur en prohibant la condition potestative si, validant les conditions casuelles ou mixtes, on oubliait qu'il suffit de ne pas acheter de billet pour ne pas gagner à la loterie, de ne pas déposer de demande de permis de construire pour n'en point obtenir, de se faire passer pour insolvable pour se voir refuser un crédit, etc.* »⁴. Le risque ici est clairement que le débiteur perturbe le cours normal des choses pour que les événements soient assurément en sa faveur, et qu'il puisse ainsi échapper à son obligation.

En second lieu, il se peut parfois que, sans incliner directement le sort en sa faveur, le bénéficiaire d'un avantage juridique cherche à faire croire à son cocontractant que le risque garanti est survenu, afin d'obtenir l'indemnité qui y est attachée. Précisément, il peut être

¹ V. *supra*, n° 163 et s.

² V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 55 : « *presque toute condition peut se trouver à la merci d'une fraude de l'un des contractants* ».

³ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 1105.

⁴ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 55.

craint que le créancier d'une obligation de garantie ne masque la réalité des faits et fasse croire au cocontractant que l'évènement donnant droit à indemnité s'est bel et bien produit. Ainsi, au-delà de la manipulation des faits, existe, en cas d'obligation aléatoire, le risque d'un mensonge quant à la réalisation d'un fait. Par exemple, le salarié qui bénéficie, dans certaines conditions, d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière de la sécurité sociale, versée par son employeur en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de la maladie ou d'un accident, pourrait abuser de ce droit en simulant une maladie¹.

Ces exemples montrent que l'aléa qui accompagne la revendication du droit place son titulaire en situation favorable en ce qu'il peut se servir de cet aléa au détriment du cocontractant. Ce risque explique qu'une contrainte comportementale soit alors mise à la charge du bénéficiaire du droit avant qu'il ne le mette en œuvre.

227. L'incombance : une limite comportementale à la revendication d'un droit empreint d'aléa. L'aléa relatif à l'exercice d'un droit peut placer son destinataire dans une situation dangereuse, en ce qu'il le confronte à des risques de négligence, voire d'abus, de la part du bénéficiaire². Or, face à ces dangers, le pouvoir de fait ou de droit du contractant sur la revendication de son droit est parfois limité par une contrainte comportementale imposée préalablement à son exercice. Tel est précisément ce qui fait la particularité de l'objet de l'incombance, dont les éléments de définition doivent à présent être abordés.

B- La particularité de la contrainte

228. Des caractéristiques découlant du rattachement de la contrainte à l'exercice d'un droit. L'incombance se caractérise par le lien étroit qui la relie à l'exercice d'un droit dont bénéficie un contractant. Cette contrainte comportementale joue spécifiquement un rôle de contrepouvoir à l'exercice du droit³. Cette particularité de l'incombance implique diverses caractéristiques qui doivent être mises au jour, et qui permettent de la distinguer du devoir contractuel. Parmi ces caractères, peuvent être relevés deux éléments de définition majeurs qui lui sont propres et qui l'opposent au devoir (1). Mais, par ailleurs, l'incombance revêt d'autres particularités qu'elle partage avec certains types de devoirs (2).

¹ V. *supra*, n° 162.

² Sur le lien entre la finalité de l'incombance et la lutte contre l'abus en matière contractuelle, V. *infra*, n° 298 et s.

³ V. *Ibid.*

1. Les caractères propres aux incombances

229. Points de distinction majeurs entre devoir et incombance. L'incombance se distingue du devoir en deux points majeurs, qui découlent logiquement du fait que cette contrainte est un préalable à la revendication d'un droit¹. En effet, d'une part, en ce qu'elle est à observer en amont de l'exercice du droit, l'incombance est une contrainte ponctuelle (a). Ce caractère l'oppose directement au devoir, dont il a été vu qu'il pèse de manière permanente sur le contractant². D'autre part, l'incombance a la particularité d'être une contrainte hypothétique (b), en ce qu'elle n'est à adopter que si le bénéficiaire du droit désire obtenir l'avantage qui y correspond³. Cet élément distingue encore l'incombance du devoir dont le caractère catégorique a été exposé⁴.

a. Une contrainte ponctuelle

230. Incombance et échéance. À la différence du devoir contractuel, dont le caractère contraignant pèse en permanence sur le contractant, l'incombance relève de l'instant. En effet, le lien entre l'incombance et l'exercice d'un droit fait de cette exigence une contrainte temporaire, ponctuelle, précisément tournée vers la mise en œuvre du droit. Ainsi, bien que le devoir et l'incombance partagent une même nature comportementale, ces contraintes se différencient sur le plan de la temporalité. Contrairement au devoir contractuel, l'incombance contractuelle n'est pas une directive pesant continuellement sur les épaules du contractant auquel elle s'impose. Elle s'impose en raison de la situation juridique qui la justifie⁵, mais spécifiquement à l'occasion de l'exercice d'un droit appartenant au sujet qui se trouve dans cette situation.

Et, en tant qu'exigence conditionnant la mise en œuvre d'un droit, l'incombance est très liée à l'idée de diligence. D'ailleurs, elle est fréquemment encadrée par un délai.

Cependant, il n'existe pas toujours de délai prédéterminé assortissant l'observation de cette contrainte. L'échéance qui limite temporellement l'observation de l'incombance peut être implicite, et elle est alors constituée par l'exercice même du droit. Toute incombance trouve une limite temporelle, qu'il s'agisse d'une date préétablie, ou du jour de l'exercice du

¹ Sur le caractère préalable de l'incombance, V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 29, p. 475 ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 1218 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 275. Sur le lien entre ce caractère préalable et la finalité de l'incombance, V. *infra*, n° 305 et s.

² V. *supra*, n° 183 et s.

³ Sur la distinction entre l'impératif catégorique et l'impératif hypothétique, V. *supra*, n° 187.

⁴ V. *supra*, n° 188 et s.

⁵ V. *supra*, n° 53 et s.

droit qu'elle conditionne. La première de ces deux hypothèses est la plus fréquente, et concerne spécifiquement les incombances de faire.

231. Incombance de faire et échéance explicite. L'incombance de faire est généralement assortie d'une échéance temporelle prédéterminée. À l'accomplissement de la formalité s'ajoute alors une exigence de diligence. L'incombance doit être observée dans un certain laps de temps prédéterminé.

Les incombances les plus courantes et les plus apparentes sont celles qui sont encadrées dans un certain délai. Celui-ci est généralement assez bref, mais sa durée varie d'une incombance à l'autre : il peut être de quelques jours¹, de quelques mois², ou tout au plus de quelques années³.

Par ailleurs, il arrive que l'exigence de respect d'un délai soit mentionnée sans que sa durée ne soit cependant précisément fixée. C'est le cas, par exemple, de l'incombance de dénoncer les vices cachés dans un « délai raisonnable »⁴ à partir du moment où l'acheteur constate le défaut, prévue par l'article 39-1) de la *CVIM*⁵. Mais si la loi ne prévoit pas de délai précis, les parties peuvent toujours en stipuler un dans leur contrat⁶. Cela est d'ailleurs préférable pour une question évidente de sécurité juridique : le respect du délai ne sera pas soumis à l'aléa de l'appréciation souveraine des juges du fond⁷. Il en va *a fortiori* de même lorsque l'incombance est conventionnellement intégrée au contrat⁸.

¹ Il en va ainsi par exemple de l'incombance pesant sur l'assuré de déclarer l'apparition du sinistre, ou encore de celle de l'assureur de répondre à une demande de modification du contrat d'assurance, V. *supra*, n° 157.

² Par exemple l'incombance du bailleur de faire connaître sa contestation à la demande de déspecialisation du bail, ou encore celle de notifier son désir de préempter, V. *supra*, n° 158.

³ Par exemple, l'incombance de manifester son désir de bénéficier de la priorité de réembauche, V. *supra*, n° 162 ; ou encore la dénonciation des vices cachés ou du défaut de contenance, V. *supra*, n° 153.

⁴ Sur la notion de « délai raisonnable », il a pu être jugé que la réclamation de l'acheteur faite dans le mois suivant la livraison doit être considérée comme ayant été faite dans un délai raisonnable (CA Grenoble, ch. com., 13 sept. 1995, *Calato c/ Sté française de factoring international factor France*, J.-D. n° 048167) ; Tribunal supérieur du canton de Lucerne (*Obergericht des Kantons Luzern*), 8 janv. 1997, *préc.* : une moyenne générale d'un mois pour la dénonciation des défauts prescrite par l'article 39 semble appropriée, eu égard aux traditions nationales divergentes et à la nécessité de rapprocher les points de vue opposés dans ce domaine ; CA Colmar, 1^{re} ch. civ. A, 24 oct. 2000 : le délai de deux mois est un délai raisonnable ; Tribunal régional supérieur d'Oldenbourg, 5 déc. 2000, *D.*, 2002, som. 314 : n'est plus raisonnable le délai d'une durée de plus d'un mois entre l'échéance du délai d'examen et la dénonciation des défauts.

⁵ Il en allait de même en droit français avant que le législateur ne soit intervenu pour substituer au « bref délai », un délai de deux ans. V. HERVIO-LELONG (A.), « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *D.*, 2002, Chr., p. 2069 et s.

⁶ Tel est souvent le cas, par exemple, en cas de vente à l'essai (V. *supra*, n° 170) ou encore en matière d'opposition à la carte de crédit. V. *supra*, n° 160.

⁷ V. Cass. civ. I, 26 mai 1999, n° 97-14.315 : la Cour de cassation dit que l'appréciation du caractère raisonnable du délai de dénonciation des défauts relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ainsi cela échappe à son contrôle. V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 156.

⁸ C'est not. l'exemple de l'incombance d'information pesant sur le cessionnaire à une cession de part sociale bénéficiant d'une garantie du passif cédé. V. *supra*, n° 169.

Mais encore, plutôt qu'encadrée dans un certain délai, l'incombance peut être limitée par une date butoir. Par exemple, l'incombance d'information annuelle de la caution pesant sur le banquier doit être observée au plus tard le 31 mars de chaque année¹, ou encore la confirmation par le bailleur au locataire de la réalisation de l'évènement justifiant un bail dérogatoire doit être faite au moins deux mois avant la fin du contrat². Également, l'alinéa 3 de l'article L. 113-4 du Code des assurances, qui ne mentionne aucun délai pour que l'assureur informé de l'aggravation des risques fasse parvenir sa décision de dénoncer le contrat ou de le modifier à l'assuré, prévoit néanmoins que l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques une fois qu'il a manifesté son consentement au maintien du contrat, que ce soit de manière explicite ou implicite. Ainsi, l'assureur doit nécessairement exprimer son choix avant la prochaine échéance de paiement. L'incombance a un délai butoir, qui est le jour du prochain paiement qui lui est dû au titre du contrat initial.

Cette technique de la date butoir est différente de celle du délai en ce qu'elle ne précise pas le point de départ du temps donné au contractant pour adopter le comportement demandé. En effet, quand c'est un délai qui est fixé, il est généralement précisé à compter de quand le contractant doit agir. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une simple date butoir, cela n'est pas indiqué. Ainsi, dans cette dernière hypothèse, le temps mis à la disposition du contractant soumis à l'observation d'une incombance peut varier d'une situation à l'autre.

Quoi qu'il en soit, ces techniques ont pour point commun de fixer une échéance précise à l'incombance. Dans les deux cas, l'appréciation de l'observation ou non du comportement attendu se fera à une date prédéterminée : soit à une date directement fixée, soit à la date qui correspond à l'échéance du délai.

232. Manquement à une incombance et idée de négligence. Le lien très étroit qui existe entre l'incombance et la diligence, en ce que ce comportement est généralement encadré par un délai court et précis, mène nécessairement à opérer un rapprochement entre cette contrainte et le mécanisme de la prescription extinctive ou des délais préfix. Ces mécanismes juridiques aboutissent, tout comme l'incombance encadrée par un délai, à l'extinction d'un droit après écoulement d'un certain laps de temps prédéfini. Il a, par exemple, pu être souligné qu'en matière de déchéance sanctionnant l'inobservation de l'incombance de déclaration du vice caché, « *le rapprochement est instinctif avec la prescription, que l'article 1243 du Code civil présente également comme une source involontaire d'extinction de l'obligation sans paiement* »³.

Néanmoins, le rapprochement doit s'arrêter là car, ce qui différencie l'incombance de ces techniques d'extinction d'un droit, c'est le fait qu'il s'agit précisément d'une contrainte.

¹ V. *supra*, n° 159.

² V. *supra*, n° 158.

³ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 518.

L'incombance n'est pas neutre, contrairement aux délais de prescription ou de forclusion¹. L'incombance est très liée à l'idée de négligence. En effet, il s'agit d'un comportement attendu du titulaire d'un droit, en amont de son exercice, à compter du moment où il a connaissance de l'évènement justifiant qu'il puisse se prévaloir de son droit. Le point d'imputation du délai qui assortit l'observation d'une incombance est, à cet égard, tout à fait révélateur. Puisqu'il prend en compte la connaissance par le titulaire du droit de la possibilité qu'il a de l'exercer, le délai qui accompagne la contrainte témoigne de ce que l'inaction du titulaire est considérée comme étant une pure négligence : le bénéficiaire du droit, sachant que l'évènement permettant son exercice est survenu, et qui n'observe pas l'incombance dans le délai fixé à compter de cette prise de connaissance, néglige son droit.

Cela peut être illustré à travers quelques exemples.

Notamment, l'article L. 113-2-4 du Code des assurances précise que l'assuré doit donner avis à l'assureur de la survenance du sinistre « *dès qu'il en a eu connaissance* ». De plus, la Cour de cassation précise que le sinistre est constitué lorsque l'assuré a connaissance de l'évènement et des conséquences éventuellement dommageables qui sont susceptibles d'engager la garantie de l'assureur². Cet élément de connaissance du sinistre implique que l'inaction de l'assuré est une véritable négligence. Un jugement est porté sur le comportement de l'assuré : il savait, et aurait donc dû déclarer à temps.

Pour citer un autre exemple, l'employeur a un délai de trente jours suivant la réception de la demande de congé pour y répondre favorablement ou non³. Ce point de départ correspond à la prise de connaissance de la requête du salarié par son employeur. Il est subjectif, et non pas objectif. Ceci afin de prendre en compte l'attitude adoptée par l'employeur face à cette demande.

Parfois, le point de départ du délai est ambigu. Il en va ainsi par exemple, du délai prévu pour l'agrément d'un nouvel associé par la société à l'article L. 228-24, al. 1 du Code de commerce. En effet, ce dernier dispose que « *L'agrément résulte, soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande* ». Le législateur fait-il référence à la date d'émission de la demande ou à celle de sa réception ? S'il vise la date d'émission de la demande, il ne prend pas en compte la négligence de la société, car le délai ne court pas à compter de la prise de connaissance de la demande par la société, cette connaissance ne pouvant être effective qu'à compter de la réception de la demande. Or, seule une société ayant connaissance de la demande, sera effectivement négligente si elle laisse s'écouler un délai de trois mois sans réponse à compter celle-ci. Et donc, si c'est la réception de la demande qui est ici visée, il s'agit bien d'un délai accompagnant une incombance, et non d'un délai préfix, qui est neutre. À raisonner par analogie avec des

¹ Sur la différence faite entre ces mécanismes et la déchéance, V. *infra*, n° 466 et s.

² V. Cass. civ. 20 juill. 1942, *préc.*

³ V. art. R. 6322-5 C. trav. ; V. *supra*, n° 162.

dispositions voisines, notamment celle sus-évoquée concernant la réponse de l'employeur à une demande de congé, il semble possible d'interpréter cette disposition comme faisant courir le délai d'agrément à compter de la réception de la demande par la société. Il peut être alors avancé que la réponse à une demande d'agrément constitue bel est bien une incombance sanctionnée par une déchéance, et non une prérogative encadrée par un délai préfix.

Mais, par ailleurs, si l'incombance est très souvent reconnaissable à l'échéance qui l'accompagne, toute diligence n'est pas nécessairement révélatrice de l'existence d'une incombance. Par exemple, le simple exercice d'un droit peut être encadré par un délai sans que cela ne fasse de l'exercice du droit une incombance. Il convient donc de ne pas faire d'amalgame entre le respect d'un délai et l'observation d'une incombance.

233. Incombance et diligence. Si la grande majorité des incombances sont encadrées par un délai, tout délai n'encadre pas systématiquement l'observation d'une incombance.

En effet, un délai peut encadrer l'exécution d'une obligation. Ainsi par exemple, il est très courant en pratique que les parties précisent un délai au cours duquel la délivrance de la chose vendue doit intervenir¹.

Également, un délai peut accompagner l'exercice même du droit. Par exemple, le droit de rétractation offert au consommateur par le législateur et lui permettant de remettre en cause le contrat après l'avoir signé est encadré dans un délai². Or, le fait que l'exercice du droit de rétractation soit accompagné d'un délai n'implique pas qu'il s'agisse d'une incombance.

D'une part, il faut distinguer entre l'exercice du droit, et le comportement qui conditionne en amont la possibilité de le mettre en œuvre. L'exercice du droit n'est pas une incombance, mais une prérogative. C'est la capacité qui est en la puissance du bénéficiaire du droit de l'opposer au cocontractant ainsi qu'aux tiers. Le fait qu'il soit encadré par un délai n'implique pas d'autre comportement que celui d'exercer, de mettre en œuvre, le droit. En revanche, l'incombance est plus exigeante : elle est une contrepartie à la prérogative, un comportement que le bénéficiaire du droit doit adopter s'il entend pouvoir s'en prévaloir par la suite. Elle se distingue donc du simple exercice du droit. Par exemple, pour pouvoir revendiquer son droit à la garantie des vices cachés, l'acheteur doit préalablement informer le vendeur de la survenance de ces vices dans un certain délai. Ce n'est pas l'exercice du droit qui est encadré dans le délai en question, mais l'observation de l'incombance, c'est-à-dire la dénonciation des vices. Quant à l'exercice même du droit, il est encadré par un délai qui se distingue de celui qui est propre à l'incombance³. Au surplus, le délai qui encadre l'exercice

¹ V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 231.

² V. art. L. 271-1 C. constr. et hab. ; art. L. 311-15 C. consom.

³ V. Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-21827 : « le délai de deux ans de l'article 39 de la Convention de Vienne est un délai de dénonciation du défaut de conformité et non un délai pour agir » ; adde WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, op. cit., n° 666.

du droit de rétractation est protecteur du consentement du consommateur. Il a donc une finalité distincte de celle de l'incombance qui vise à assurer la légitimité de l'exercice d'un droit¹.

D'autre part, les conséquences liées au non-respect du délai imposé dans chacun de ces cas ne sont pas assimilables. En effet, cette distinction a une incidence quant à la situation du titulaire du droit. Dans le cadre d'une déchéance mise en œuvre en raison du manquement à une incombance, le titulaire ne peut plus jouir de son droit, mais si le cocontractant venait à renoncer à invoquer la déchéance, le titulaire pourrait alors en bénéficier². En revanche, le défaut d'exercice du droit dans le délai exigé implique la disparition définitive de celui-ci. Par exemple, une fois passé le délai légal, le consommateur ne peut plus se rétracter, quoi qu'il advienne, car son droit n'existe plus. Une fois le délai écoulé, la rétractation n'est plus possible. Il s'agit d'ailleurs d'une disposition d'ordre public, à laquelle il ne peut être dérogé.

Finalement, le délai est une modalité qui peut encadrer l'exécution d'une obligation ou l'exercice d'un droit comme l'observation d'une incombance. L'incombance ne doit donc pas être assimilée à une seule diligence. D'ailleurs, elle se distingue en cela des délais préfix et de la prescription qui sont de simples délais et n'impliquent pas d'autre comportement que l'exercice même du droit qu'ils encadrent³.

Par ailleurs, il se peut que des incombances ne soient pas encadrées par un délai prédéterminé. Mais alors le comportement a tout de même une limite temporelle implicite. En effet, l'incombance joue nécessairement et au *minimum* à l'aide d'une date butoir implicite, qui est celle du jour de l'exercice du droit.

234. Incombance et échéance implicite : le butoir constitué par l'exercice du droit. Les incombances ne disposant pas d'un délai ou tout du moins d'une échéance explicite sont les moins nombreuses, mais il en existe toutefois et elles sont la preuve que l'existence d'un délai fixé *ab initio* n'est pas de l'essence de l'incombance. Ces incombances non assorties d'une échéance explicite peuvent être de faire ou de ne pas faire⁴.

Tout d'abord, il existe des incombances de faire qui ne sont pas spécialement accompagnées d'un délai, mais dont l'observation est soumise à une date butoir implicite. Par exemple, l'article L. 1222-6 du Code du travail impose à l'employeur qui envisage une modification du contrat pour un motif économique, d'en faire préalablement la proposition au salarié, et de l'informer du délai d'un mois dont il dispose pour faire connaître son éventuel refus. Cette incombance d'information n'est encadrée dans aucun délai, mais il s'agit tout de même d'un comportement conditionnant le droit de l'employeur de se prévaloir de l'acceptation ou du refus du salarié. S'il ne respecte pas cette exigence, l'employeur ne pourra

¹ V. *infra*, n° 297 et s.

² V. *infra*, n° 453.

³ V. *infra*, n° 466 et s.

⁴ V. *infra*, n° 249 et s.

pas se prévaloir des conséquences de la proposition de modification en sa faveur. Le manquement de l'employeur à ce comportement préalable sera apprécié au moment où il cherchera à se prévaloir de son droit de modifier le contrat. Le délai butoir implicite de l'incombance apparaît alors : il s'agit du jour où le titulaire du droit en revendique le bénéfice auprès du destinataire.

Ensuite, il est assez aisé de comprendre que les incombances de ne pas faire trouvent une limite temporelle implicite dans la revendication du droit. En effet, puisqu'elles ne font qu'empêcher un comportement directement contradictoire avec son exercice, les incombances de ne pas faire doivent être observées tant que le droit n'est pas mis en œuvre. Ainsi, c'est au jour où le contractant bénéficiant de l'avantage conditionné par l'incombance cherche à s'en prévaloir que doit être apprécié s'il a, ou non, observé le comportement d'abstention qui s'imposait préalablement. Par exemple, la règle de l'article 1178 du Code civil empêche le débiteur bénéficiant d'une condition suspensive en sa faveur de provoquer sa défaillance afin d'échapper au paiement de la dette. Son droit de se prévaloir de la défaillance de la condition est encadré par une exigence comportementale d'abstention. Il ne doit rien faire qui vienne perturber le cours normal des choses. Il ne doit pas, par son fait, entraîner la défaillance de la condition. Cette exigence « de ne pas faire » pèse momentanément sur le débiteur tant que la condition est pendante. Elle ne s'impose que le temps où l'incertitude continue à planer quant à la réalisation de l'évènement érigé en condition. Une fois celui-ci survenu, ou une fois la condition « naturellement » défaillie, la contrainte n'a plus lieu d'être. Précisément, l'incombance est temporaire en ce qu'elle est liée à l'incertitude planant sur l'exercice d'un droit. Une fois l'aléa disparu, l'incombance n'a plus à peser sur le contractant.

Par ailleurs, l'incombance a pour particularité d'être une contrainte qui ne s'impose au titulaire d'un droit que dans l'hypothèse où il désire en bénéficier. Il s'agit d'une contrainte hypothétique. Elle est en cela très différente du devoir dont il a été vu qu'il revêt une portée catégorique¹.

b. Une contrainte hypothétique

235. La « moindre intensité contraignante » de l'incombance². Au-delà du critère de la temporalité, la portée contraignante de l'incombance la distingue du devoir, ainsi que de l'obligation.

¹ V. *supra*, n° 187 et s.

² V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *op. cit.*, p. 102 et 103 („Pflicht mindererer Zwangsintensität“).

En effet, tant des auteurs étrangers¹, que français², ont pu mettre en avant la portée moins contraignante de l'incombance vis-à-vis de l'obligation afin de distinguer ces deux normes. Il a d'ailleurs pu être remarqué que le mot « incombance » comporte, sur le plan phonétique, une nuance plus conciliante que le mot « obligation »³. Ainsi, l'incombance a parfois pu être désignée sous le terme d'« *obligation de moindre intensité contraignante* »⁴. Bien que ce vocabulaire ne soit pas très heureux en raison de la référence faite à la notion d'obligation, il permet néanmoins de souligner une spécificité de l'incombance. Cependant, si cette caractéristique est quelque fois soulignée, elle n'est pas toujours expliquée juridiquement.

Il s'agit donc de comprendre en quoi l'incombance est une contrainte de nature moins contraignante que l'obligation et que le devoir juridique. Or, précisément, il semble que l'incombance soit qualifiée de contrainte « *de moindre intensité contraignante* » en raison du fait qu'elle ne s'impose au contractant que dans la mesure où celui-ci désire bénéficier d'un avantage juridique. L'incombance correspond ainsi tout à fait à la définition de l'impératif hypothétique : elle consiste spécifiquement en « *la nécessité pratique d'une action possible, considérée comme moyen d'arriver à quelque autre chose que l'on veut (ou du moins qu'il est possible que l'on veuille)* »⁵.

236. La portée hypothétique de l'incombance : un comportement comme condition préalable à l'exercice du droit. L'incombance est une exigence de comportement particulière en ce qu'elle *conditionne* l'octroi d'un avantage juridique.

Cette particularité de l'incombance a tout d'abord été remarquée et mise en avant par quelques auteurs allemands qui ont défendu la théorie de la condition – « *Voraussetzungstheorie* »⁶. Ces auteurs ont clairement mis en lumière l'existence de comportements exigés de manière préalable à l'exercice d'un droit. Il s'agit précisément des « *Obliegenheiten* ». Ces juristes allemands ont montré que le système juridique ne désapprouve pas la violation d'une « *Obliegenheit* » dans la même mesure que la violation

¹ V. not. *Ibid* ; adde LARENZ (K.), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, op. cit., p. 205 et s. : „Pflichten geringerer Intensität“. Même les auteurs qui contestent l'autonomie de la notion vis-à-vis de l'obligation reconnaissent sa particularité en ce que la conduite en question n'est pas contraire au devoir, mais est seulement « ennuyeuse » pour celui qui ne l'observe pas, qui doit seul se blâmer des inconvénients qui découlent de son inobservation : V. ESSER (J.), *Schuldrecht*. Band I. *Allgemeiner Teil*, op. cit., p. 30.

² V. not. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand*, op. cit., n° 579.

³ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, op. cit., p. 103 : „Das Wort Obliegenheit klingt konzilianter als das Wort Pflicht“.

⁴ V. *Ibid*.

⁵ V. KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 85.

⁶ V. not. KLINGMÜLLER (E.), « Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung », art. préc. ; KÜHBORTH (G.), *Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung beim und nach eines Versicherungsfalles*, op. cit. ; SCHIRMER (H.), „Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten“, art. préc. ; SCHÜTTE (U.), *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, op. cit. ; SIEG (K.), « Auskunftspflichten und –obliegenheiten des Versicherungsnehmers », op. cit.

d'une obligation – « *Pflicht* ». Précisément, le commandement qu'implique l'incombance n'est pas dû de manière catégorique, mais seulement hypothétique, c'est à dire à condition que le contractant sur qui elle pèse désire bénéficier d'un avantage juridique qui lui est offert par la loi ou spécifiquement par le contrat¹.

Sans faire référence à cette théorie, c'est une même analyse que retient M. FONTAINE lorsqu'il cherche à expliquer ce qu'est l'incombance². En effet, « *celui qui est tenu d'une Obliegenheit doit s'y soumettre s'il souhaite éviter certains désavantages : s'il ne s'y conforme pas, il [les] subira* »³. Le comportement attendu du titulaire du droit apparaît ainsi comme étant la mesure de l'octroi de son avantage juridique.

L'existence de comportements conditionnant l'acquisition ou la perte d'un droit est remarquée depuis un certain nombre d'années en droit français⁴, mais c'est assez récemment que ce phénomène a été clairement rapproché de la notion d'incombance⁵. Précisément, selon M. WICKER, « *l'idée en matière d'incombance – au moins sur le terrain contractuel – est [...] que l'accomplissement du devoir qui pèse sur le débiteur constitue un élément préalable, une condition préalable, à l'exigibilité, soit de son propre engagement, soit de l'obligation de son cocontractant* »⁶.

En effet, l'incombance s'avère être un comportement attendu du titulaire d'un droit comme un préalable à sa mise en œuvre.

Par exemple, le comportement diligent du créancier bénéficiant d'un cautionnement va conditionner son droit de recours contre la caution à hauteur des droits qu'il aura préservés⁷. La gestion des droits préférentiels par le créancier bénéficiant d'un engagement de caution est une incombance, en ce qu'il s'agit d'une contrainte comportementale non catégorique.

¹ V. LARENZ (K.), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, op. cit., p. 205 et s. : « *Il s'ensuit que le système juridique ne désapprouve pas la violation des incombances dans la même mesure que la violation d'une obligation légale. Il n'exige pas l'accomplissement d'une « incombance », comme un devoir, catégoriquement, mais seulement hypothétiquement.* » („Daraus ergibt sich, dass die Rechtsordnung die Obliegenheitsverletzung nicht in dem gleichen Masse missbilligt wie die Verletzung einer Rechtspflicht. Sie fordert die Erfüllung einer „Obliegenheit“ nicht, wie die einer Pflicht, kategorisch, sondern nur hypothetisch.“). (Nous soulignons).

² V. FONTAINE (M.), « Obliegenheit, incombance? », art. préc. : « *Le système juridique n'exige pas le respect d'une Obliegenheit de manière catégorique, mais seulement hypothétique (« Si vous n'adoptez pas tel comportement, vous subirez tels désagréments »)* ». (Nous soulignons).

³ V. Ibid.

⁴ V. not. COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse préc., spéc. p. 26 : l'auteur fait référence à une expression d'un juriste suisse [Von Thur, Code féd. des obligations, §2, IV] : « *Le second type de nécessité que l'on a aussi pendant longtemps confondu avec un devoir, se présente lorsque « la loi fait d'un acte la condition de l'acquisition ou de la perte d'un droit »*. (Nous soulignons).

⁵ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., p. 455 et s., spéc. n° 26 ; adde LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 32.

⁶ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 26 (nous soulignons) ; adde LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 32.

⁷ V. JUREDIEU (F.), « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », art. préc. : « *certaines options offertes au créancier deviennent, en matière de cautionnement, condition de l'exécution de l'obligation de la caution* ».

Contrairement au devoir ou à l'obligation, elle n'est pas due à tout prix, mais seulement si le titulaire du droit entend se prévaloir de l'avantage juridique dont il dispose¹. Pareillement, la dénonciation des vices doit être faite par l'acheteur au vendeur dans un certain délai s'il désire bénéficier de la garantie qui y est attachée². Il en va de même en cas de survenance d'un sinistre, l'assuré doit en informer l'assureur dans un temps défini s'il veut pouvoir bénéficier de la garantie du dommage³, etc.

Cette portée contraignante « amoindrie » de l'incombance se traduit expressément par sa sanction spécifique⁴. En effet, il est régulièrement mis en avant que le manquement à cette exigence ne peut donner lieu à une action en exécution forcée, ni même à des dommages-intérêts, mais implique seulement la perte d'un avantage juridique⁵.

Pour autant, le fait que cette contrainte soit assortie d'une sanction traduit son caractère dissuasif – à défaut d'adopter tel comportement, le bénéficiaire perd son droit – ou du moins fortement incitatif, en ce que si le titulaire du droit tient à s'en prévaloir, il doit observer préalablement l'incombance qui s'y trouve liée⁶. Cela fait ressortir une particularité majeure de l'incombance, qui permet de la distinguer du devoir et de l'obligation, à savoir qu'il s'agit d'une contrainte qui est dans l'intérêt direct de celui sur qui elle pèse.

237. Une contrainte dans l'intérêt direct du sujet sur qui elle pèse. Le fait que l'incombance soit une contrainte qui conditionne la possibilité de jouir d'un droit implique que son observation se trouve directement dans l'intérêt du titulaire de ce droit⁷. S'il ne se conforme pas à l'attitude attendue de lui comme condition préalable à l'exercice de son droit, il en perd alors le bénéfice. Or, il est clairement dans son intérêt de bénéficier de son droit. En effet, « *se conformer aux Obliegenheiten, ce n'est pas exécuter des obligations, mais agir dans son intérêt bien compris en vue d'éviter la perte d'un droit* »⁸. Cela explique que les incombances soient parfois dénommées « *obligations vis-à-vis de soi-même* » (« *Pflichten*

¹ V. *Ibid* : « la notion la plus à même de caractériser [...] le bénéfice de subrogation, est « l'incombance » ; adde LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

² V. *supra*, n° 153.

³ V. *supra*, n° 157.

⁴ V. *infra*, n° 414 et s.

⁵ V. not. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « l'inexécution ne permet pas de demander l'exécution forcée ou d'obtenir des dommages-intérêts, mais fait perdre au débiteur un avantage qu'il aurait dû retirer du contrat » ; adde BEN ABDERRAHMANE (D.), *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, thèse préc., n° 335 ; WITZ (Cl.), *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 579 ; MERZ (H.), *Droit des obligations, Partie générale*, I, *op. cit.*, p. 50 et s.

⁶ V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

⁷ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *op. cit.*, p. 104 : « La situation d'intérêt typique où s'exerce une contrainte de moindre intensité contraignante consiste uniquement en cela que le comportement attendu réside en même temps dans l'intérêt propre du chargé d'incombance » („Das Typische der bei den teleologischen Nötigungstatbeständen minderer Zwangswirkung gegebenen Interessenlage besteht nun darin, dass das Verhalten, auf welches sich die Obliegenheit richtet, gleichzeitig im eigenen Interesse des Obliegenheitsbelasteten liegt“).

⁸ V. FONTAINE (M.) « *Obliegenheit, incombance ?* », *art. préc.* (Nous soulignons).

gegen sich selbst »)¹. Si le recours au terme d'obligation devrait encore être ici évité afin de se prémunir contre toute confusion, cette expression sert néanmoins à mettre l'accent sur l'une des particularités de l'incombance, à savoir que, d'un point de vue subjectif, cette contrainte vise directement la satisfaction d'un intérêt propre à celui qui agit². Il sera néanmoins vu plus loin que, d'un point de vue objectif, l'observation de l'incombance revêt également un intérêt pour son destinataire ainsi que pour l'ordre social, en ce que le mécanisme qui y est attaché permet de limiter de manière préventive l'abus dans l'exercice d'un droit, et c'est ce qui explique qu'elle soit juridiquement sanctionnée³.

Si l'exécution de l'obligation n'est pas directement dans l'intérêt du débiteur, puisqu'elle consiste pour lui en un appauvrissement – le débiteur qui effectue une prestation en faveur du créancier transmet une valeur dans le patrimoine de ce dernier⁴ – l'observation de l'incombance entraîne au contraire un enrichissement de celui qui s'y soumet, puisqu'elle lui permet de bénéficier de l'avantage juridique attaché au droit. Cela est particulièrement évident lorsque c'est un droit de créance qui est conditionné par l'incombance, que celui-ci soit accessoire⁵, ou l'objet principal du contrat⁶. L'observation de son incombance par le créancier lui permet alors de réclamer le paiement au débiteur.

De plus, s'il est vrai qu'il est également dans l'intérêt du débiteur d'exécuter ses obligations pour ne pas subir la sanction de leur inexécution⁷, la remarque ne se situe pas sur le même plan. Il sera toujours dans l'intérêt du sujet de droit de ne pas subir la sanction qui découle du manquement à la règle, mais le comportement qu'il doit adopter en vertu de celle-ci peut être directement dans son intérêt ou non. Ainsi l'exécution d'une obligation, en ce qu'elle implique l'accomplissement d'une prestation en faveur d'un créancier, tend à satisfaire directement un intérêt autre que celui de la personne qui s'exécute. En revanche, en observant son incombance, le contractant va faire quelque chose pour lui-même. La démarche lui sera directement bénéfique. Par son comportement, le contractant assure la légitimité de la réclamation de l'avantage qu'il attend de la loi ou d'un contrat. L'observation d'une incombance tend directement à assurer la satisfaction d'un avantage pour celui qui s'y conforme.

¹ V. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand*, op. cit., n° 579 ; FONTAINE (M.) « *Obliegenheit, incombance ?* », art. préc. ; adde LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc. (selon l'auteur c'est cet élément qui rapproche l'incombance de la notion de charge).

² V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, op. cit., p. 104 : « En raison du fait que les incombances doivent être observées dans l'intérêt même de celui qui en a la charge, il se conçoit aisément que celui-ci, en cas d'inobservance, porte atteinte à son propre intérêt » („Da die Obliegenheiten gleichzeitig im eigenen Interesse des Belasteten zu beobachten sind, liegt es nahe, diesen für den Fall der Versäumung an seiner eigenen Interessenposition zu treffen“).

³ V. *infra*, n° 310 et s.

⁴ V. *supra*, n° 43 et s.

⁵ V. *supra*, n° 218.

⁶ V. *supra*, n° 219.

⁷ V. PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, op. cit., § 28, n° 38, 4, V. *supra* n° 11.

Parfois, cette observation peut paraître *a priori* discutable. Par exemple, l'information annuelle ou conjoncturelle que le créancier doit porter à la connaissance de la caution, relativement à la situation du débiteur principal¹, peut sembler être un comportement dans l'intérêt de la caution et non du créancier, en ce que l'information lui permet d'évaluer le montant de son obligation de règlement, ou lui permet de régler immédiatement le créancier sans faire courir les intérêts et les diverses pénalités de retard. Pourtant, il est possible de se demander si par le jeu de la sanction spécifique prévue par le législateur – la déchéance du droit aux intérêts – cette exigence de comportement n'est pas plutôt dans l'intérêt du créancier. En effet, que la caution soit ou non avertie de l'étendue de la dette ou de la défaillance du débiteur, elle reste tenue *a priori*, de par son engagement – et abstraction faite de l'exigence d'information – à payer l'intégralité de la créance. En revanche, le comportement du créancier va avoir un impact sur sa créance, et c'est en cela qu'il est possible d'avancer qu'il est de son intérêt de s'y conformer. S'il n'informe pas la caution, le créancier ne peut plus exiger le paiement des intérêts échus depuis la dernière information donnée. Il encourt le risque de perdre une partie de sa créance. Il est donc dans son intérêt d'informer la caution afin de préserver son droit d'exiger le paiement de tous les intérêts échus.

Mais il en va de même lorsque le droit conditionné n'est pas un droit de créance. S'il s'agit d'un droit potestatif dont la revendication est encadrée par une incombance, et par exemple d'un droit d'option, le respect de la contrainte évitera à son bénéficiaire la perte du droit de choisir².

Ainsi, parallèlement, le cocontractant a généralement intérêt à ce que le titulaire du droit manque à son incombance.

238. Un manquement à la contrainte dans l'intérêt du cocontractant. Il a pu être justement remarqué qu'en matière d'incombance « *l'autre contractant n'a pas intérêt à agir [...], car l'inobservation de la règle le met dans une position avantageuse* »³. Cela est d'ailleurs une première explication au fait qu'une telle contrainte ne puisse faire l'objet d'une exécution forcée⁴.

En effet, lorsque l'incombance conditionne la mise en œuvre d'un droit de créance, son manquement entraîne la libération du débiteur de l'exécution de son obligation contractuelle. Par exemple, le vendeur est libéré de son obligation de garantie des vices cachés si l'acheteur ne lui a pas dénoncé l'apparition des vices dans le délai imparti ; l'assureur est libéré de son obligation de garantir l'assuré si ce dernier ne dénonce pas la

¹ V. *supra*, n° 159.

² V. par ex. art. 15 L. 1989 (V. aussi : art. L. 214-1 à -3 C. urba. ; et L. 145-19 C. com.) ; art. L. 145-47 et L. 145-49 C. com. ; art. L. 145-10 C. com., V. *supra*, n° 221 et s.

³ V. MERZ (H.), *Droit des obligations, Partie générale*, I, *op. cit.*, p. 50 et s.

⁴ V. *infra*, n° 486 et s.

survenance du sinistre dans les délais ; la caution est libérée de son obligation de paiement vis-à-vis du créancier à hauteur des droits préférentiels que celui-ci détenait sur le débiteur et qu'il a négligés, etc.

Et lorsqu'elle conditionne un droit potestatif, le manquement à l'incombance entraîne la consolidation de la situation juridique du destinataire du droit en mettant fin à l'incertitude planant sur son exercice, dans un sens favorable au contractant qui y est soumis. Par exemple, le bailleur qui ne conteste pas la demande de déspécialisation du bail formée par le locataire dans les délais perd son droit de la contester, ce qui conforte la demande du locataire ; pareillement, le bailleur qui n'oppose pas son refus de déspécialisation du bail au preneur dans le délai imparti par la loi se verra dans l'impossibilité de l'opposer par la suite, ce qui consolide la situation du preneur dont le bail sera de ce fait renouvelé. Dans ces différents exemples, le dénouement auquel aboutit le mécanisme de l'incombance se fait clairement en la faveur de la partie qui était initialement en situation de sujétion par l'effet du droit potestatif.

Or, le fait que le manquement à l'incombance porte atteinte aux intérêts de celui qui y est soumis et non à ceux du cocontractant – qui trouve à l'inverse un avantage personnel dans ce manquement – empêche d'y voir une faute contractuelle.

239. Manquement à l'incombance et absence de faute contractuelle. Le manquement à cette exigence comportementale est surtout de nature à nuire à celui qui ne l'observe pas. En effet, rien n'oblige l'individu à agir, mais c'est dans son intérêt de le faire. La contrainte dépend de l'intérêt que le titulaire du droit porte à celui-ci. La carence est aux risques et périls de celui sur qui elle pèse. Il ne peut s'en vouloir qu'à lui-même s'il y manque et perd ainsi le bénéfice de son droit. L'obtention de l'avantage désiré ne dépend finalement que de celui sur qui pèse l'incombance. C'est précisément le sens que revêt la notion de contrainte « hypothétique ». Il s'agit d'une contrainte à condition que le sujet tienne à l'avantage qui y est subordonné. Le fait que ce comportement ne soit pas dû de manière nécessaire, et afin de protéger un intérêt tiers, implique que le manquement ne saurait être reproché au contractant et donc empêche qu'il soit qualifié de fautif.

En effet, le manquement à l'incombance ne peut être fautif, ou alors il s'agirait d'une faute très spécifique, que l'on pourrait qualifier de « faute envers soi-même » (*“Verschulden gegen sich selbst”*¹) : le contractant qui ne respecte pas le comportement attendu comme élément préalable à la revendication de son droit en perd le bénéfice et se porte ainsi directement tort à lui-même. Il s'agit bien d'une négligence, le comportement n'est pas celui qu'adopterait le titulaire d'un droit prudent et raisonnable. Cependant, le terme de « faute envers soi-même » a pu, à juste titre, être critiqué en doctrine. En effet, les limites d'une telle

¹ V. ZITELMANN, cité par SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, op. cit., p. 107.

théorie ont pu être dénoncées et notamment le fait qu'il n'existe pas de norme qui contraindrait à l'évitement du tort que l'on pourrait se causer à soi-même. En effet l'ordre juridique ne désapprouve pas la dépréciation de soi. Ainsi, par exemple, le suicide, en tant que tel, ne se heurte pas aux normes du droit. Or, la théorie de la « faute envers soi-même » n'est compréhensible que si l'on introduit une échelle de valeur extérieure au droit dans le système, c'est-à-dire que l'on se réfère à une donnée d'ordre éthique¹. Il n'est donc pas adéquat d'évoquer le terme de « faute » pour décrire le manquement à l'incombance contractuelle. Le manquement à une incombance est plus un fait qu'une faute².

Quant à la protection des intérêts tiers, celle-ci est assurée par le mécanisme même de l'incombance. En effet, l'exigence posée étant une condition de l'exercice d'un droit dont la revendication peut s'avérer préjudiciable pour le cocontractant, ce dernier sera libéré de l'incertitude liée à sa situation d'attente, que l'incombance soit observée ou non. Si elle est observée, l'incertitude sera dissipée par le comportement même du titulaire du droit. S'il y est manqué, l'incertitude prendra fin par l'effet de la sanction de l'incombance, à savoir la déchéance du droit qui en est assorti³. Ainsi, tant l'absence de faute, que l'absence de préjudice subi en raison même du mécanisme de la déchéance, expliquent que l'action en réparation ne peut être une sanction du manquement à l'incombance⁴.

Ces caractéristiques de l'incombance permettent de déterminer les règles qui peuvent recevoir cette qualification juridique parmi les exigences dont la nature est aujourd'hui discutée en doctrine. Il en va notamment ainsi du « devoir de minimiser le dommage ».

240. Le « devoir de minimiser le dommage » : devoir ou incombance ? Le « devoir de minimiser le dommage » est issu d'un principe de *common law* – « *duty to mitigate damages* »⁵ – en vertu duquel la victime d'un dommage doit prendre les mesures raisonnables afin de limiter les pertes, à défaut de quoi son droit à réparation sera diminué à hauteur du gain manqué ou de la perte subie qui auraient pu être évités⁶. Ce principe est

¹ Pour une telle critique, V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, op. cit., p. 107. (Depuis le Moyen Âge les philosophes moralistes distinguent trois types de devoirs moraux : les devoirs envers soi-même, les devoirs envers autrui, et les devoirs envers Dieu, V. CANTO-SPERBER (M.), OGIEN (R.), *La philosophie morale*, op. cit., V° Devoir ; *adde supra*, n° 4).

² Elle recoupe d'ailleurs des comportements identifiés en doctrine sous l'expression de « fait du créancier », V. not. ANDRÉ (C.), *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, 2002 ; *adde* ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », art. préc. Sur la suggestion de la qualification en incombance du fait du créancier justifiant la *mora creditoris*, V. *supra*, n° 156.

³ V. *infra*, n° 414 et s.

⁴ V. *infra*, n° 491 et s.

⁵ En droit anglais, V. not. ELLAND-GOLDSMITH (M.), « La 'mitigation of damages' en droit anglais », *RDAI*, 1987, p. 347 et s. ; en droit américain, V. not. LEVASSEUR (A. A.), *Le contrat en droit américain*, D., 1996, p. 76.

⁶ La « mitigation » est spécialement distinguée en droit anglais de la « contributory negligence » qui s'applique lorsque la victime a directement contribué à la réalisation du dommage dont elle cherche à obtenir réparation (V. ELLAND-GOLDSMITH (M.), « La 'mitigation of damages' en droit anglais », art. préc.) ; en revanche le droit allemand envisage ces deux hypothèses concomitamment dans le § 254 BGB.

consacré par le droit du commerce international à l'article 77 de la *Convention de Vienne*¹. De plus, les codes germaniques² ainsi que les *Principes UNIDROIT*³ et *LANDO*⁴ connaissent une règle similaire. La minimisation du dommage est cependant ignorée du Code civil et la jurisprudence française se refuse, à l'heure actuelle, de la reconnaître en droit interne⁵. En effet, bien que plusieurs projets de réforme du droit des contrats invitent à sa réception⁶, il est souvent souligné en doctrine que celle-ci risquerait de heurter frontalement des règles cardinales du droit français, et notamment la primauté donnée à l'exécution forcée en nature sur la réparation du dommage⁷.

¹ V. art. 77 *CVIM* : « 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. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée » ; DALCQ (R.-O.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAL*, 1987, p. 363 et s. ; DERAIS (Y.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », in *L'obligation de minimiser les dommages en cas d'inexécution des contrats internationaux*, Coll. Feduci, (dir. de) B. Hanotiau, *RDAL*, 1987, n° 4, p. 375 et s. ; HANNOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAL*, 1987, p. 393 et s., n° 14 ; WITZ (Cl.), « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 50 et s.

² En droit allemand, V. art. 254 BGB ; en droit suisse, V. art. 44 et 99 CO. Pour une analyse générale de droit comparé, V. HANNOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *art. préc.*

³ V. art. 7.4.8 (1) : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des mesures raisonnables ».

⁴ V. art. 10:505 : « Réduction du préjudice : (1) 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. (2) Le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ».

⁵ Pour ce refus concernant un dommage matériel, V. not. Cass. civ. II, 19 juin 2003, n° 00-22302 : « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » ; *adde* 22 janv. 2009, n° 07-20878 ; Cass. civ. III, 19 mai 2009, n° 08-16002, *LEDC*, oct. 2009, p. 6, obs. DESHAYES (O.) ; *RDC*, 1^{er} janv. 2010 n° 1, p. 52, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; Cass. civ. II, 8 oct. 2009, n° 08-18492 ; Cass. civ. III, 5 févr. 2013, n° 12-12124 ; Cass. civ. II, 2 mars 2013, n° 12-15373 ; 10 juill. 2013, n° 12-13851, *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 27, obs. DESHAYES (O.) ; Cass. civ. I, 2 juill. 2014, n° 13-17599, *JCP G*, 13 oct. 2014, p. 1827, note DAGORNE-LABBÉ (Y.). Et concernant le dommage corporel, V. not. Cass. civ. II, 19 juin 2003, n° 01-13289, *JCP G*, 2003, II, 10170, note CASTETS-RENARD (C.) ; Cass. civ. I, 3 mai 2006, n° 05-10411 ; CE, 3 déc. 2010, n° 334622 ; Cass. civ. I, 15 janv. 2015, n° 13-21180, *D.*, 14 mai 2015, n° 18, p. 1075, note GISCLARD (Th.). Comp. Cass. civ. I, 2 oct. 2013, n° 12-19887, *RDC*, 1^{er} mars 2014 n° 1, p. 27, obs. DESHAYES (O.) : cet arrêt semble poser implicitement une exigence d'information à la charge de la victime du dommage vis à vis du responsable quant à la survenance d'un événement de nature à aggraver le préjudice (et non un véritable « devoir de minimiser le dommage »), à défaut de quoi elle perd le droit à la réparation à hauteur de ce qui résulte de son inertie. Cette jurisprudence peut être rapprochée d'une suggestion faite par DEMOGUE qui serait d'imposer au débiteur d'avertir le créancier des cas de force majeure qui retardent l'exécution, V. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n° 29.

⁶ V. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, (dir. de) P. Catala, 2004, art. 1373 ; *Projet Terré*, art. 53 ; *Prop. de loi Sénat* n° 657, *portant réforme de la responsabilité civile*, art. 1386-26.

⁷ Sur cette question, V. not. obs. *préc.* LAITHIER (Y.-M.), *RDC*, 1^{er} janv. 2010 n° 1, p. 52 (sous Cass. civ. III, 19 mai 2009, *préc.*) et DESHAYES (O.), *RDC*, 1^{er} mars 2014 n° 1, p. 27 (sous Cass. civ. III, 10 juill. 2013, n° 12-13851, *préc.*). Pour un auteur particulièrement opposé à la réception de cette règle en droit français, V. GAUTHIER (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 797 et s., spéc. p. 820 et s. ; *contra*, V. not. LAUDE (A.), « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 55 et s.

De plus, la nature juridique de cette règle spécifique fait l'objet d'une controverse doctrinale. Tout d'abord, il est clair que « *selon l'opinion largement dominante, le devoir de minimiser le dommage n'est pas une obligation au sens strict du terme* »¹. En effet, il ne s'agit pas d'une prestation attendue de la part de la victime vis-à-vis du responsable, mais tout au plus d'une contrainte purement comportementale².

Cependant, et ensuite, se pose la question de savoir quelle est exactement cette contrainte comportementale. En effet, si certains auteurs la relient au devoir général de bonne foi qui s'impose au créancier³, d'autres jugent ce rattachement insuffisant, et en proposent une autre explication technique. Il a ainsi été vu en cette règle la manifestation d'une « faute envers soi-même » : la victime contribuant à son propre dommage commettrait une « faute envers elle-même » justifiant le fait qu'elle ne puisse en obtenir une réparation intégrale par le responsable initial⁴. Par ailleurs, la règle de la minimisation du dommage a également été expliquée par le recours à la théorie de la condition : le devoir de se détourner du danger et d'amoindrir au mieux le dommage serait une condition de l'élévation du niveau de réparation de la victime du dommage⁵. Il s'agirait d'une condition préalable à l'obtention d'une compensation juridique du dommage⁶.

Ainsi, et enfin, il est aisé de faire le lien entre ces différentes théories, construites autour de ce phénomène particulier, et ce qui a été vu concernant l'objet de l'incombance⁷. Et précisément, plusieurs auteurs plaident pour l'appartenance de la minimisation du dommage à la catégorie juridique des incombances⁸. Pour appuyer leur idée, ces auteurs mettent en avant

¹ V. WITZ (Cl.), « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *art. préc.* ; *adde* HANNOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *art. préc.*, n° 8.

² Pour une opinion contraire, V. cependant : SCHLECHTRIEM (P.), « Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers », *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, cité par WITZ (Cl.) in « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *art. préc.* ; ORTSCHIEDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, D., 2001, n° 202, p. 220 et s.

³ V. not. HANNOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *art. préc.* ; *adde* VAN OMMESLAGUE (P.), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, spéc. n° 10 et 14 ; FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 566 et s.

⁴ V. ZITELMANN, cité par SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *op. cit.*, p. 107. Pour les limites de cette théorie, V. *supra* n° 239.

⁵ V. LEONHARD, cité par SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *op. cit.*, p. 108.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *supra* n° 228 et s.

⁸ V. not. en droit allemand : SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, *op. cit.*, p. 109 et s. (cet auteur rattache l'incombance au principe du *venire contra factum proprium* : selon lui, le manquement à l'incombance est une manifestation spéciale d'une contradiction au détriment d'autrui) ; *adde* en droit belge : STORME (M.), « Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances », *art. préc.*, spéc. n° 14, p. 455 et s. ; FONTAINE (M.), « *Obliegenheit*, incombance ? », *art. préc.* ; « *Fertilisations croisées du droit des contrats* », *art. préc.* ; en droit international : WITZ (Cl.), « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *art. préc.* ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 414 ; NEUMAYER (K.H.) et MING (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de*

le fait que la victime ne peut être contrainte de minimiser son dommage car elle n'est tenue à rien vis-à-vis du débiteur, mais qu'elle peut tout de même être sanctionnée par une diminution des dommages-intérêts alloués, c'est-à-dire par la perte d'un avantage juridique. Il est au surplus parfois souligné qu'un tel fondement présenterait l'avantage de traduire le fait qu'il n'y ait pas dans ce devoir « *une règle morale, mais plutôt un principe d'efficacité économique* »¹.

Cependant, ce fondement peut être discuté.

241. La minimisation du dommage : appréhension dissimulée des conditions classiques de la responsabilité civile. Il a pu être justement remarqué que, lorsque le concept est abordé par la jurisprudence au stade de l'évaluation du dommage, le comportement du créancier « *sera considéré dans les circonstances concrètes de l'espèce, soit comme une faute, soit comme un abus de droit, soit comme une « acceptation des risques » par la victime, soit encore comme la prétention d'obtenir la réparation d'un préjudice qui sera considéré comme sans lien causal avec la faute* »².

En effet, il se peut que le comportement de la victime ayant conduit à l'aggravation du dommage soit clairement fautif³. Ainsi, la victime ayant connaissance de la survenance du dommage peut en aggraver délibérément l'étendue, afin, par exemple, d'obtenir le remplacement d'un bien détruit plutôt que la réparation d'une chose simplement abîmée. Par son comportement, la victime aura alors directement nuï au débiteur de l'obligation de réparation, puisque le montant du préjudice sera plus élevé que ce qui aurait été dû en raison de sa seule faute. Cela rejoint la théorie des auteurs qui rapprochent le « devoir de minimiser le dommage » du devoir de bonne foi. Ces derniers partent du principe que la bonne foi impose de manière catégorique et *ab initio* un devoir de ne pas aggraver par son propre fait le préjudice causé par une autre personne. Si cette contrainte vise directement la protection du débiteur de la réparation, elle peut être qualifiée de devoir. Il ne s'agit alors finalement que d'une application spécifique de la règle de l'article 1382 du Code civil : la faute du créancier étant à l'origine du préjudice aggravé, c'est ce dernier qui en est responsable, et non plus le

merchandises, op. cit., spéc. p. 507 et s. ; NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », art. préc., n° 23 ; KULLMANN (J.), « Minimiser son dommage ? », in *Mél. Y. Lambert-Faivre et D.-Cl. Lambert*, D., 2002, p. 243 et s.

¹ V. LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 415.

² V. DALCQ (R.-O.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », art. préc., spéc. n° 8.

³ V. BARONCEA (D.-J.), *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur)*, Paris, LGDJ, 1929.

débiteur. La diminution des dommages-intérêts est la manifestation d'une compensation des créances de réparation ¹.

Ensuite, *« il va de soi que, si l'on retient la faute de la victime, cela revient aussi à considérer qu'il s'agit d'un dommage qui n'est pas la conséquence de la faute initiale »*². Aussi, et même en l'absence de faute commise par la victime, peut-il être proposé de recourir à la théorie de la causalité pour expliquer la limitation de la réparation qui lui est due³.

242. Une explication générale trouvée dans la théorie de la causalité. Selon les auteurs favorables à l'existence d'une incombance de minimiser le dommage, un tel comportement conditionnerait le droit de la victime à en obtenir une réparation intégrale. À défaut de l'observer, elle perdrait une partie de son droit à réparation. Or, une telle analyse est discutable en ce qu'elle part du postulat de l'existence d'un droit de la victime à une réparation intégrale, alors qu'un tel droit est précisément nié dans les pays qui retiennent la règle de la minimisation du dommage. La théorie de la causalité semble plus justement à même d'expliquer la conséquence attribuée à l'inertie de la victime dans les systèmes qui la condamnent.

En effet, en une telle hypothèse, ce n'est pas le responsable du dommage initial qui cause l'aggravation, mais le créancier de l'obligation de réparation en raison de son fait, même non fautif. Le § 254 I BGB traduit d'ailleurs la prise en compte de la causalité pour expliquer cette règle en droit allemand, car il dit clairement qu' *« une faute de la victime peut avoir participé au dommage apparu, donc l'obligation de réparation ainsi que l'étendue de cette réparation dépend des circonstances, et en particulier du fait de savoir jusqu'à quel point le dommage a été causé par l'une ou l'autre partie »*⁴. La sanction d'une telle attitude ne nécessite pas que soit posée une exigence de comportement *ab initio* puisque l'incohérence du créancier réclamant réparation pour une aggravation qui est de son fait est suffisamment empêchée par le biais de la causalité. La victime ne saurait obtenir réparation de son préjudice quelle qu'en soit la provenance : tout comme elle ne peut l'obtenir lorsqu'un fait de force majeure vient briser le lien de causalité et exonérer la personne poursuivie, elle ne saurait en

¹ V. *Ibid*, n° 26 : *« la victime commet une faute entraînant une réduction de son droit à indemnité chaque fois qu'elle ne « gère » pas son dommage, comme l'aurait fait un homme normalement prudent et avisé »*.

² V. *Ibid*, spéc. n° 15.

³ V. not. HEUZÉ (V.), *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 451, n. 367 : *« Quoique l'obligation de minimiser les pertes soit souvent présentée comme une solution originale des systèmes anglo-américains [...], elle se rattache en réalité pleinement à la théorie de la causalité, en ce qu'elle impose de ne retenir, parmi les dommages dont la réparation peut être demandée, que ceux qui sont la conséquence nécessaire de l'infraction commise par le débiteur, à l'exclusion, par suite, de ceux qui résultent du fait ou de la faute de la victime. »* adde DALCQ (R-O.), *« L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle »*, art. préc., spéc. n° 21 et s. ; REIFEGERSTE (S.), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002, n° 301 et s., 521.

⁴ V. § 254 I BGB (*„at bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.“*).

bénéficier lorsque ce préjudice, ou son aggravation, résulte de son propre fait. Ce qui est en réalité reproché à la victime c'est le fait de rechercher la responsabilité d'autrui pour une partie du préjudice qu'elle a elle-même provoquée.

Aussi n'est-il pas exact de dire que la victime ayant participé à l'aggravation du préjudice encourt la « perte d'une partie de son droit à réparation », car celle-ci n'a aucun droit acquis à la réparation de l'aggravation d'un préjudice non causée par le débiteur de l'indemnisation. L'attitude de la victime ayant conduit directement à alourdir le coût du dommage, celle-ci n'a tout simplement aucun droit à réparation au-delà du montant des réparations dues en raison du dommage initialement causé par le responsable. Cette règle ne fait donc que rappeler l'absence de droit à réparation de la victime au-delà de ce qui aura été directement causé par le responsable. Son explication à travers la notion d'incombance n'est pas convaincante car, non seulement inutile, elle est également empreinte d'équivoque en ce qu'elle suppose l'existence d'un droit acquis à une réparation intégrale du préjudice, alors que la « *mitigation of damages* » est précisément fondée sur l'absence de droit à réparation intégrale du préjudice. Il ne semble donc pas pertinent de voir en cette règle la manifestation d'une incombance.

243. Éléments de définition propres et éléments partagés avec certains devoirs.

L'incombance se distingue du devoir et acquiert une autonomie conceptuelle en ce qu'à la différence de ce dernier, il s'agit nécessairement d'une contrainte temporaire et hypothétique. Par ailleurs, à ces caractères propres à l'incombance s'en ajoutent d'autres qu'elle partage avec certains types de devoirs.

2. Les caractères partagés avec certains types de devoirs

244. Une contrainte accessoire à l'exercice d'un droit. À regarder les hypothèses d'incombances mentionnées, on observe qu'il s'agit précisément de comportements exigés à l'égard de contractants titulaires d'un droit ou d'un avantage né du contrat. Précisément, l'incombance est une contrainte « *adventice aux obligations contractées par les parties* »¹. En raison de cette spécificité, et contrairement au devoir, cette contrainte ne peut pas être l'objet même d'un contrat².

Cependant, elle peut accompagner spécifiquement un droit qui en constitue l'objet. Il en va ainsi, par exemple, du droit de poursuite du créancier qui bénéficie d'un engagement de caution. En effet, l'article 2314 du Code civil impose au créancier de veiller à la gestion de ses droits préférentiels s'il entend mettre en œuvre son recours contre la caution à hauteur de

¹ V. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 30.

² Sur la distinction entre devoir accessoire et devoir principal, V. *supra*, n° 209 et s.

ces droits¹. Ce comportement est exigé du créancier comme un élément préalable à l'exercice de son droit de poursuite. Il ne s'agit évidemment pas de l'objet du contrat qui lie les parties, cependant, cette exigence est attachée au droit de créance principal, à savoir le droit d'obtenir le paiement de la caution au cas où le débiteur principal n'honorerait pas sa dette².

Quel que soit le droit auquel elle est liée – qu'il s'agisse d'un droit de créance ou d'un droit potestatif ; d'un droit de créance principal ou accessoire – l'incombance est une contrainte qui accompagne l'exercice de ce droit, et en cela elle a nécessairement un caractère accessoire. Par ailleurs, ce comportement étant attendu en amont de la revendication d'un droit, son observation doit être avérée afin que son titulaire puisse en bénéficier. Ce dernier ne saurait purement et simplement « faire de son mieux » pour que l'incombance soit respectée, car cela ruinerait tout l'intérêt de cette contrainte, aussi celle-ci est-elle nécessairement de résultat.

245. Une contrainte de résultat. La distinction doctrinale classique qui existe entre les obligations de moyens et de résultat³, ne peut servir à la classification des incombances.

En effet, l'incombance est une contrainte devant aboutir à un résultat déterminé. Le manquement ou l'observation de cette exigence peut être facilement prouvé. La sanction doit être encourue si le cocontractant rapporte la preuve que le résultat découlant de l'exigence de comportement n'a pas été atteint.

A l'image des obligations de ne pas faire, les incombances de ne pas faire⁴ sont nécessairement de résultat, car elles consistent « *dans l'interdiction d'un fait précis* »⁵. Il suffit que le contractant manque à son abstention pour que le résultat voulu – son inaction – échoue.

Mais il faut ajouter que le problème de la distinction entre obligations de moyens et de résultat, qui se pose surtout quant aux obligations de faire⁶, ne se retrouve pas au sein de la catégorie des incombances de faire. Cela s'explique en ce que l'incombance implique toujours un résultat déterminé. En effet, les incombances de faire consistent généralement en une information, une notification, une communication quelconque relative, par exemple, à la prise d'une décision. Or, une contrainte visant à ce que le titulaire du droit « fasse de son mieux » pour informer le cocontractant n'aurait aucune portée contraignante et ne se distinguerait donc pas d'une absence pure et simple de contrainte. C'est pourquoi, les textes visent une exigence directe d'information, de notification, etc.

¹ V. *supra*, n° 159.

² Sur l'impact de cette particularité au niveau du régime de l'incombance, V. *infra* n° 265 et s. et n° 600 et s.

³ Sur l'application de cette classification aux devoirs, V. *infra*, n° 390 et s.

⁴ Sur la classification des incombances de faire et de ne pas faire, V. *infra*, n° 249 et s.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 588.

⁶ V. *Ibid*, n° 589 : « *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat ne pose de réels problèmes qu'en ce qui concerne les obligations de faire* ». (Ce sont les auteurs qui soulignent).

Le constat de l'inobservation de cette exigence suffit à entraîner la sanction qui y est attachée. Si le comportement n'est pas observé, cela apparaît inévitablement, sans que le cocontractant n'ait à prouver au surplus l'existence d'une faute¹.

La sanction est encourue par celui qui manque à son incombance par la seule preuve que le résultat attendu n'a pas été atteint : le contractant ne s'est pas abstenu ; il n'a pas notifié sa décision ; il n'a pas informé le cocontractant de la survenance d'un événement, etc.

Ainsi il s'agit d'une exigence de résultat, ce qui implique que la sanction du manquement à l'incombance ne trouve de limite que dans la preuve rapportée par le titulaire du droit qu'il n'a pas pu l'observer en raison d'un cas de force majeure. La force majeure apparaît alors comme une cause justificative générale de l'inaction du contractant. Son intérêt ne se limite donc pas à l'appréciation de la faute du contractant en raison de l'inexécution d'une obligation, ou de l'inobservation d'un devoir, mais peut aussi constituer une limite au prononcé d'une déchéance en cas de manquement à une incombance².

246. Définition temporaire de l'incombance contractuelle. L'incombance est une contrainte comportementale singulière qui se distingue du devoir sur plusieurs points. En effet, il a été vu que les incombances s'insèrent toujours dans une situation juridique spécifique : cette contrainte est systématiquement liée à l'existence d'un droit qui se trouve au bénéfice de l'un des contractants, et dont l'exercice s'avère aléatoire. Ce comportement pèse spécifiquement sur le titulaire du droit en amont de sa mise en œuvre.

Apparaissent ainsi les spécificités de l'incombance vis-à-vis du devoir. D'une part, il s'agit d'une contrainte ponctuelle et non permanente, en ce qu'elle pèse spécifiquement sur le titulaire du droit en amont de son exercice. D'autre part, c'est une exigence hypothétique et non catégorique, en ce que le comportement ne fait que conditionner la possibilité pour le titulaire de pouvoir effectivement jouir d'un droit qui lui revient en raison de la conclusion du contrat. Il est dans son propre intérêt d'observer l'incombance qui pèse sur lui. Le manquement n'est préjudiciable qu'à lui-même. Ainsi il ne peut être qualifié de fautif.

L'incombance contractuelle peut donc être définie à ce stade comme *une contrainte comportementale s'imposant au contractant titulaire d'un droit dont la mise en œuvre est empreinte d'aléa, en amont de son exercice, et dans l'hypothèse où il désire obtenir l'avantage qui y est attaché*. En vertu de cette définition, et contrairement au devoir, il apparaît que l'incombance est nécessairement une contrainte accessoire et de résultat. Cette notion ne peut donc faire l'objet de classifications semblables à celles appliquées au devoir³. Néanmoins, l'incombance n'est pas hermétique à tout exercice de typologie.

¹ Sur le lien entre faute et devoir, V. *supra*, n° 187 et s. ; Sur le lien entre faute et incombance : V. *supra*, n° 235 et s.

² V. *infra*, n° 453.

³ V. *supra*, n° 201 et s.

§2- Essai de typologie des incombances contractuelles

247. Des typologies de portées diverses. Les critères de définition de l'incombance qui ont été avancés permettent de résumer et de synthétiser le concept qui tend à être dégagé. Mais, tout comme ce qui a été vu pour le devoir¹, il est possible de relever au sein de ce concept une diversité de structures permettant d'en construire une typologie. Il convient alors de mettre en lumière cette diversité à l'aide de différents critères de classification. Parmi ces critères, il en est qui ont une vertu descriptive des différents aspects que peut revêtir une incombance, ils participent d'une typologie des formes de l'incombance (A). Mais certains présentent un intérêt supérieur en ce qu'ils comportent un enjeu quant au régime des incombances (B).

A- Typologie selon les formes de l'incombance

248. Les différents visages de l'incombance. Parmi les incombances identifiées, toutes ne revêtent pas forcément le même aspect, cela notamment en raison de la manière dont elles sont exposées dans les textes. Ainsi, en premier lieu, une incombance peut se présenter sous la forme d'une action ou d'une abstention. Cela revient à dire qu'il existe, à l'image des devoirs, des incombances de faire ou de ne pas faire (1). Également, et en second lieu, si la plupart des incombances sont apparentes en ce que le législateur pose expressément à la charge du titulaire d'un droit une contrainte comportementale préalable assortie d'une déchéance, certaines sont en revanche dissimulées derrière une fiction de volonté, et méritent d'être clairement mises au jour en tant qu'incombances (2).

1. Incombances de faire et de ne pas faire

249. Action ou abstention comme objet de l'incombance. La typologie des incombances peut tout d'abord être entreprise sur la base d'un critère classiquement appliqué aux obligations et dont il a été vu qu'il est également applicable aux devoirs contractuels². En effet, il est possible de distinguer des incombances selon qu'elles impliquent une action ou une abstention à la charge du titulaire du droit conditionné. Si comme le devoir, et en raison de sa nature purement comportementale, l'incombance ne peut avoir pour objet le fait de

¹ V. *Ibid.*

² V. *supra*, n° 202 et s.

dare, c'est-à-dire de transférer la propriété d'une chose, elle peut en revanche être de faire ou de ne pas faire¹.

250. Incombance de faire et formalité. L'incombance est souvent une exigence de comportement actif. C'est d'ailleurs lorsqu'elle est une contrainte de faire qu'elle apparaît le plus clairement. Il en va ainsi, par exemple, de la dénonciation des vices cachés par l'acheteur² ; de la notification par le locataire de son intention de préempter dans les deux premiers mois du délai de préavis³ ; de l'information due par l'utilisateur d'un instrument de paiement de sa perte ou de son vol auprès du prestataire de service⁴ ; des informations dues par le créancier vis-à-vis de la caution⁵, etc.

Ces exemples révèlent le lien étroit qui existe entre l'incombance de faire et la formalité. En effet le comportement exigé du contractant est souvent une notification, une signification, et plus largement la communication d'une information. Or, la formalité qui est l'« *opération consistant en l'accomplissement d'actes divers (inscription, déclaration, rédaction d'un acte, [...]) que la loi exige dans la plupart des domaines [...] mais à des fins et sous des sanctions très variables* »⁶, peut parfois précisément servir de « *condition préalable nécessaire à l'obtention d'un avantage* »⁷. De plus, une formalité n'est jamais sa propre fin, et sert le plus souvent à asseoir la légitimité d'un acte, d'une action ou de toute autre chose. La dimension accessoire de la formalité est ainsi assez apparente, et cela conforte ce qui a été exposé concernant la nature accessoire de l'incombance⁸. Ainsi, lorsqu'elle pèse sur le titulaire d'un droit comme condition préalable à la revendication de celui-ci, et qu'elle est sanctionnée par une déchéance, la formalité semble bel et bien constituer l'objet même d'une incombance.

Mais si ce sont fréquemment des formalités qui sont qualifiées d'incombance en doctrine, toute formalité n'implique pas forcément l'existence d'une incombance. En effet, il convient de ne pas confondre purement et simplement ces deux notions. Notamment, une formalité peut servir de condition de validité d'un acte⁹.

À travers l'exemple de la mise en demeure, il peut être plus précisément démontré que ce type de formalité ne recèle pas toujours l'existence d'une incombance¹⁰.

¹ V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

² V. *supra*, n° 153.

³ V. *supra*, n° 158.

⁴ V. *supra*, n° 160.

⁵ V. *supra*, n° 159. Sur les différents degrés d'exigence liés aux informations que le créancier doit transmettre à la caution, V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 282 et s.

⁶ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Formalité.

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. *supra*, n° 213 et s.

⁹ V. par ex. art. 970 C. civ. : l'écriture, la signature et la datation du testament olographe sont des formalités exigées pour la validité de cet acte.

¹⁰ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492.

251. La mise en demeure : une formalité n'appartenant pas toujours à la catégorie des incombances. La mise en demeure est l'« *interpellation en forme de sommation, lettre missive ou tout acte équivalent, aux termes de laquelle un créancier notifie à son débiteur sa volonté de recouvrer sa créance* »¹. Il est vrai que toute mise en demeure n'implique pas nécessairement l'existence d'une formalité, car il en est qui sont automatiques par l'effet de la loi², ou du contrat, en raison de la survenance du terme stipulé³. Dans de telles hypothèses, aucun comportement n'est attendu du créancier.

Mais la plupart du temps, la mise en demeure va demander l'accomplissement d'une formalité, qui trouve des formes variées. Des auteurs ont tenté d'en déceler l'essence propre⁴, et à cette occasion un rapprochement avec l'incombance a été opéré par certains⁵. Ce rapprochement s'explique en ce que la mise en demeure semble *a priori* correspondre à une mesure préalable à l'exercice du droit au paiement, à défaut de laquelle le créancier « *s'expose à devoir en subir les conséquences négatives dans la privation, totale ou partielle, du droit de se prévaloir des conséquences préjudiciables pour lui des manquements commis par son débiteur* »⁶. La question qui se pose alors est celle de savoir si cette formalité associée à la revendication de la créance est bel et bien constitutive d'une incombance, et si une telle qualification doit être systématique.

Or, il a été à juste titre souligné en doctrine que « *les interpellations ne sont pas d'une seule espèce* »⁷. La mise en demeure n'a pas de réelle unité⁸. Elle trouve des fonctions distinctes selon les hypothèses dans lesquelles elle est émise.

Tout d'abord, il convient de distinguer selon les cas où elle intervient alors qu'aucun terme n'est fixé pour l'exécution, des cas où elle joue en présence d'un terme d'ores et déjà donné à l'obligation. Dans la première hypothèse, elle peut justement servir à fixer l'échéance qui n'était pas précisée jusque-là. Elle est alors l'instrument par lequel le créancier ajoute une

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Demeure (mise en) ; adde art. 1139 et 1146 C. civ., mod. L. 9 juill. 1991 ; COLLOMB (P.), *Demeure et mise en demeure en droit privé*, Nice, 1974.

² V. par ex. art. 1378 C. civ. ; art. 1473 C. civ. ; art. 1996 C. civ.

³ V. art. 1139 C. civ.

⁴ V. not. COLLOMB (P.), *Demeure et mise en demeure en droit privé*, thèse préc. ; adde GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006 ; LIBCHABER (R.), « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113 et s.

⁵ V. not. DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, op. cit., p. 135 et s. ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492 ; « Responsabilité contractuelle », art. préc., spéc. n° 214.

⁶ V. DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », art. préc., n° 60.

⁷ V. LIBCHABER (R.), « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », art. préc., n° 3.

⁸ L'absence de cohésion de l'institution de la mise en demeure en l'état actuel du droit positif est souvent regrettée en doctrine. V. *Ibid.* Notamment, se pose la question de savoir si la seule interpellation du débiteur suffit à la considérer effectuée ou si s'ajoutent à cette exigence des conditions de motivation, d'explication précises concernant les sanctions dont il est menacé de faire usage. Sur la motivation, V. *infra*, n° 307.

modalité à l'obligation. Mais c'est la deuxième hypothèse évoquée qui est toutefois la plus courante, et dans ce cas la mise en demeure peut encore correspondre à deux enjeux distincts.

Aussi et ensuite, il importe de dissocier, au sein de la catégorie des mises en demeure intervenant en présence d'un terme préfixé, les hypothèses où elle est orientée vers l'exécution de l'obligation – le créancier espère encore qu'elle soit exécutée – de celles où elle intervient pour constater l'inexécution car l'exécution n'est plus possible ou le créancier ne la désire plus.

Dans le premier de ces deux cas, la mise en demeure est dans l'intérêt des deux parties. D'une part, elle permet de donner une seconde chance à l'exécution du débiteur : en lui rappelant qu'il peut toujours exécuter, elle fonctionne comme s'il disposait jusque-là d'un répit. De plus, elle est le moyen d'obtenir le paiement en dehors de toute intervention en justice, de manière amiable. Et, d'autre part, à la faveur du créancier, elle permet que les risques liés à l'inexécution ne pèsent plus sur lui mais sur le débiteur. En effet, cette mise en demeure a pour principal effet d'opérer un transfert des risques liés à l'inexécution. En dehors de toute saisine du juge, la mise en demeure est une formalité qui correspond à une autre philosophie que celle de l'incombance : elle ne joue pas comme élément préalable à la revendication d'un droit, mais comme simple rappel fait au débiteur de l'obligation qu'il doit exécuter. Dans ce cas la mise en demeure ne conditionne pas le droit de mettre en œuvre les sanctions contractuelles, car celles-ci sont attachées à la persistance du manquement du débiteur. C'est le défaut d'obéissance de ce dernier qui implique que le créancier puisse mettre en œuvre ces sanctions¹.

En revanche, le mécanisme de ce type de mise en demeure se rapproche de celui de l'incombance lorsqu'une action en justice est entreprise par la suite. En effet, en tant qu'elle informe le débiteur de ce que la créance est échue, elle met le débiteur en état de demeure, et si l'inexécution perdure, elle permet au créancier de réclamer des dommages-intérêts moratoires en justice. La mise en demeure déclenche les intérêts moratoires². Elle s'apparente alors dans cette hypothèse à une exigence préalable à la possibilité de s'en prévaloir ultérieurement, car « *le créancier se verra [...] refuser les intérêts moratoires lorsqu'il n'aura*

¹ V. VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en droit français », in *Il contratto inadempito, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, 24-27 septembre 1997, a cura damages et intérêts Letizia Vacca*, édition G. Giappichelli editore-Torino, 1997, p. 135 et s. : « l'inexécution [tend à apparaître] comme la condition essentielle – et pratiquement la seule dans de nombreux cas – du droit à l'exécution forcée et à la réparation du dommage contractuel » ; adde GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, thèse préc., n° 216, p. 214 : « De fait, l'absence de sommation ne constitue pas un obstacle à l'exercice de l'action » ; n° 219, p. 216 : « Il faut abandonner l'idée que la mise en demeure est constitutive de l'inexécution. Aucune raison n'est assez forte, dans un système consensualiste, pour conduire à considérer que seul le débiteur rappelé à l'ordre contrevient à son engagement. C'est au regard du contenu de la promesse qu'il faut établir l'existence ou non d'un manquement. » ; n° 220, p. 216 : « la mora debitoris est souvent moins la condition de la mise en œuvre des remèdes qu'une conséquence de leur déclenchement : la demande en résolution ainsi que l'assignation en exécution forcée devant le tribunal constituent le débiteur en demeure ».

² V. art. 1146 C. civ.

*pas mis son débiteur en demeure de payer la somme due. Il n'obtiendra que les intérêts judiciaires à dater de la citation »*¹. Or, en cette deuxième dimension, la mise en demeure visant l'exécution se rapproche de celle constatant l'inexécution en ce qu'elle sert d'élément préalable à la revendication d'un droit en justice².

En effet, dans le deuxième type de mise en demeure révélé, c'est-à-dire celle qui intervient afin de constater l'inexécution, lorsque l'exécution n'est plus possible ou lorsqu'elle n'est plus voulue par le créancier, elle joue alors un rôle de préalable à la mise en œuvre de la sanction de l'inexécution. Des auteurs ont vu en cette mise en demeure un mode de preuve de l'inexécution du débiteur permettant au créancier de se prévaloir des conséquences préjudiciables qui en découlent³. Mais ce rôle ne vaut que lorsque le créancier assigne son débiteur en justice et que la mise en demeure s'inscrit dans un processus judiciaire. D'ailleurs, dans ce cadre, il est admis en jurisprudence que l'assignation en justice elle-même vaut mise en demeure du débiteur. Celle-ci n'a donc pas d'existence propre lorsqu'il s'agit pour le créancier de demander au juge qu'il prononce une sanction en raison de l'inexécution du débiteur. Elle s'apparente purement et simplement à la demande tendant au prononcé de la sanction. Contrairement à ce qui est reconnu en droit belge⁴, il n'y a pas de principe général en droit français qui poserait une obligation à la charge du créancier de mettre en demeure son débiteur préalablement à toute sanction civile. Ainsi, elle n'est pas nécessaire lorsque le créancier désire mettre en œuvre l'exception d'inexécution – il est vrai que cette mesure de justice privée s'apparente en elle-même à une sommation semblable à la mise en demeure – ou encore lorsqu'il veut obtenir l'exécution forcée de l'obligation par le débiteur, ou la résolution du contrat. Dans ces deux derniers cas il peut agir directement en justice.

En revanche, et au-delà de l'hypothèse déjà soulignée de l'obtention des dommages-intérêts moratoires, la mise en demeure semble nécessaire lorsque la sanction est automatique et ne nécessite pas d'intervention du juge. En effet, par exemple, le législateur l'impose à l'occasion de la mise en œuvre de la clause pénale à l'article 1230 du Code civil. Également, et bien que l'absence de disposition similaire puisse être regrettée la concernant, la clause résolutoire a fait l'objet d'un même encadrement en jurisprudence⁵.

¹ V. DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », *art. préc.*, n° 49.

² V. BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », *art. préc.*, spéc. n° 214.

³ V. not. LIBCHABER (R.), « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *art. préc.*, n° 18 et s. ; *adde* DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », *art. préc.*, n° 5.

⁴ V. Cass. belge, 9 avr. 1976, Pas., 1976, I, p. 887 ; *adde* DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », *art. préc.*, n° 6.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 27, *JCP G*, 2004, II, 10149, note TREPPOZ (É.), CCC, 2004, n° 55, note LEVENEUR (L.) : « *sauf dispense expresse et non équivoque, une telle clause [résolutoire] ne pouvait être acquise au créancier sans la délivrance préalable, et non intervenue en l'espèce, d'une mise en demeure restée sans effet ; [...] l'assignation en justice ne palliant aucunement l'absence de la sommation ainsi requise de celui qui, entendant se prévaloir d'une clause de résiliation, doit préciser au débiteur ses manquements et le délai dont il dispose pour les conjurer* ».

Or, comprise en tant que contrainte préalable à la revendication d'une sanction de l'inexécution, à défaut de laquelle le créancier perd le droit d'opposer cette sanction, la mise en demeure semble bien relever de la catégorie des incombances. Reste à souligner l'intérêt qu'il y aurait en la matière à ce que le législateur intervienne et consacre expressément une telle incombance pour la mise en œuvre de la clause résolutoire. Cela permettrait d'éviter le recours à la notion vague et trop large de bonne foi et à sa sanction aléatoire et tardive par les juges¹. Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit de consacrer cette jurisprudence en imposant une mise en demeure préalable à l'opposition de la clause résolutoire, ainsi qu'en cas de résolution unilatérale². Le texte n'est toutefois pas explicite sur les conséquences à l'égard du créancier en cas de revendication de la clause sans mise en demeure préalable. Pour l'heure, et en l'absence de disposition prévoyant la déchéance du droit d'invoquer la clause résolutoire pour défaut de mise en demeure, une autre solution préventive est envisageable qui consiste dans la possibilité pour le juge de déclarer irrecevable la demande en justice du créancier ayant empêché l'exécution sur le fondement de l'illégitimité de son intérêt à agir³.

En définitive, la mise en demeure n'est constitutive d'une incombance que lorsqu'elle intervient de manière préalable à la réclamation d'une sanction en raison de l'inexécution constatée par le créancier, en ce qu'elle conditionne alors son droit de bénéficier de cette sanction. Cet exemple montre donc que toute formalité ne doit pas être *ipso facto* qualifiée d'incombance.

Par ailleurs, toute incombance n'implique pas nécessairement l'accomplissement d'une formalité. Il en va précisément ainsi des incombances qui imposent une abstention au contractant, c'est-à-dire des incombances de ne pas faire.

252. Incombances de ne pas faire. La grande majorité des incombances sont des incombances de faire, car une diligence expresse est exigée du titulaire du droit à l'occasion de son exercice. Mais il se peut que le comportement conditionnant la possibilité de se prévaloir d'un avantage juridique soit une exigence d'abstention pesant sur le bénéficiaire.

Par exemple, en vertu de l'article 1178 du Code civil, le débiteur engagé sous la condition suspensive de la réalisation d'un événement doit s'abstenir de faire obstacle à la survenance de celui-ci. Si des incombances positives sont souvent prévues par les parties au

¹ V. *infra*, n° 310 et s.

² V. art. 1225 pour la clause résolutoire et 1226 pour la résolution unilatérale. Sur ces sanctions, V. *infra*, n° 603 et s.

³ V. *infra*, n° 544 et s. Il s'agit d'une application spéciale de la *mora creditoris*. Sur cette notion, V. *supra*, n° 156.

contrat¹, il existe, à défaut, un *minimum* légal : toute obligation conditionnelle implique une incombance de ne pas lui faire obstacle².

Un autre exemple d'incombance de ne pas faire peut être donné en la règle posée à l'article 2314 du Code civil³. La loi prévoit que la caution est déchargée de son obligation de payer le créancier si ce dernier a empêché, par son fait, la subrogation de celle-ci dans ses droits, hypothèques et privilèges. Or, le fait du créancier donnant lieu à l'application de cette disposition peut être de commission ou d'omission⁴. Le respect de cette règle va parfois imposer un comportement actif : certaines diligences sont exigées du créancier afin qu'il conserve ses droits préférentiels. Par exemple, la Cour de cassation a reconnu que le défaut de déclaration de la créance à la procédure collective, même s'il n'emporte plus son extinction, mais écarte le créancier de la participation à la distribution des dividendes, entraîne la décharge de la caution à concurrence du dividende dont le créancier aurait pu bénéficier s'il avait procédé à la déclaration⁵. Mais, par ailleurs, un fait de commission peut également mener le créancier à manquer à cette règle. Par exemple, un créancier qui décharge un cofidélisé par le biais d'une transaction perd par la même un droit préférentiel entraînant la décharge de la caution *solvens* à hauteur du droit perdu⁶. Cela implique qu'en amont une abstention soit attendue de la part du créancier. En effet, de manière générale, le *minimum* qui s'impose au créancier est de ne pas, par son fait, diminuer les sûretés et privilèges dont il bénéficie.

¹ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 56 : « *Conscientes du danger, les parties prévoient souvent dans leur accord l'obligation expresse à la charge du bénéficiaire de la condition de faire toutes les diligences en son pouvoir, nécessaires pour que courent réellement les chances de réalisation de la condition.* ». Par exemple, il est possible pour les parties de stipuler une clause de déchéance pour défaut de justification de la demande de prêt. V. Cass. civ. I, 4 juin 1996, *préc.* Pour un exposé des solutions très nuancées auxquelles cela conduit : V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 69 ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1105 : « *la multiplication des hypothèses où le débiteur est tenu d'un devoir positif résulte de ce que toute condition implique une obligation dont l'intensité varie en fonction des cas d'une obligation de ne pas faire obstacle à une obligation de faire.* » (C'est l'auteur qui souligne). L'auteur évoque pourtant le caractère inapproprié du terme obligation en l'occurrence. Il s'agit plus exactement d'incombances à la charge du débiteur bénéficiant d'une condition suspensive ; MAZEAUD (D.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *art. préc.*, spéc. n° 20.

² V. not. Cass. civ. III, 6 mai 2010, *préc.* ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 300. V. *supra*, n° 163 et s.

³ V. not. BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 1144.

⁴ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1280.

⁵ V. not. Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71113, J.-D. n° 2011-014300, Bull. civ. 2011, IV, n° 118, *JCP G*, 2011, 901, DISSAUX (N.) ; *JCP G*, 2011, doct. 1259, n° 7, obs. SIMLER (Ph.) ; Cass. civ. I, 3 juill. 2013, n° 12-21126, J.-D. n° 2013-13830, Bull. civ. 2013, I, n° 144, *JCP G*, 2013, doct. 1256, n° 6, obs. SIMLER (Ph.).

⁶ V. not. Cass. civ., 13 juin 1939, *DH*, 1939, p. 417 ; Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-12041, J.-D. n° 2003-020823, *JCP G*, 2004, I, 188, n° 30, obs. SIMLER (Ph.).

Finalement, à travers ces deux exemples, l'incombance de ne pas faire apparaît comme étant une exigence minimale, le « *degré zéro* »¹ de la contrainte pesant sur le titulaire du droit s'il entend pouvoir s'en prévaloir. Au-delà, des incombances de faire viennent généralement préciser l'attitude exacte que doit adopter le créancier et ainsi renforcer l'encadrement de son comportement².

Le problème qui se pose concernant les incombances de ne pas faire, est celui de leur rapprochement ostensible avec l'exigence générale et continue de bonne foi. En effet les deux règles susvisées ont pu être justifiées en doctrine par la notion de bonne foi³. Cependant elles s'en distinguent en ce que le comportement n'est pas ici dû de manière catégorique mais ne fait que conditionner la revendication d'un avantage juridique. Le fait qu'il s'agisse de contraintes d'abstention ne remet pas en cause leur caractère ponctuel et accessoire, car le comportement à observer est à envisager dans un laps de temps déterminé : la période qui précède l'exercice du droit. Il est lié à un avantage dont le contractant ne pourra se prévaloir qu'après avoir observé l'attitude attendue de lui. La contrainte ne pèse sur le titulaire du droit conditionné qu'en raison même du fait que ce droit existe et peut, par hypothèse, être exercé à tout moment par son bénéficiaire.

S'il est possible de distinguer des incombances de faire et de ne pas faire, cette distinction ne trouve cependant pas de véritable enjeu, excepté une vertu descriptive.

253. Enjeu descriptif de la distinction entre incombances de faire et de ne pas faire. Si la distinction entre les exigences d'action ou d'abstention trouve traditionnellement un enjeu quant à la détermination de la portée du comportement attendu, à savoir s'il est de moyens ou de résultat – et donc quant à la preuve du manquement – un tel intérêt ne se retrouve pas en matière d'incombance puisqu'il a été vu que cette exigence est nécessairement

¹ Terme emprunté à SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 303 (qui fait toutefois référence à un comportement actif comme degré zéro de la contrainte).

² Sur l'exemple de l'art. 2314 C. civ. et les incombances de faire qu'il met à la charge du créancier, V. not. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 297 et s.

³ Pour l'art. 1178 C. civ. V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1227 ; adde COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 56 ; GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *art. préc.*, n° 6 ; BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.* : cet article traduit, selon l'auteur, l'idée selon laquelle la bonne foi intervient au stade de l'accomplissement des obligations « pour neutraliser le comportement d'une partie qui, sans nier son obligation, viserait à la vider de sa substance » ; CHÉNÉDÉ (F.), « Charles Demolombe, la condition potestative, 2^e partie », *art. préc.*, spéc. n° 29 ; LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse préc., n° 338, p. 245 : selon cet auteur l'art. 1178 C. civ. est « le pendant de l'article 1134, alinéa 3 de ce même code dans le microcosme de la théorie de la condition ». Pour l'art. 2314 C. civ., V. not. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *art. préc.* ; BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des suretés*, op. cit., n° 628 ; BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *art. préc.*

de résultat¹. Quant à l'influence de la distinction vis-à-vis du régime de l'exécution forcée, celle-ci a déjà été nettement relativisée en matière d'obligations, et ne peut au surplus être un enjeu de la classification des incombances puisqu'il est de l'essence de cette contrainte de ne pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée².

En définitive, l'enjeu de cette typologie est simplement descriptif. En effet, elle permet de montrer que le contractant, y compris s'il n'est débiteur d'aucune obligation, peut être tout de même tenu d'adopter certains comportements actifs. L'assujettissement du contractant ne se traduit pas seulement par des exigences d'abstention, mais aussi, de manière positive par des contraintes qui le forcent à l'action³.

Et, à l'image de la distinction appliquée au devoir, cette classification permet de mettre au jour le fait que la caractérisation d'une action ou d'une abstention exigée du contractant ne détermine pas *a priori* la nature de la contrainte qui pèse sur lui. Ce n'est un critère de définition pour aucune de ces différentes contraintes. Une action ou une abstention peuvent être, selon les cas, et en raison d'autres critères, une obligation, un devoir, ou une incombance.

254. Incombance et fiction de volonté. Qu'il s'agisse d'une action ou d'une abstention, le comportement formant l'objet de l'incombance est généralement expressément exigé à peine de déchéance par le législateur. Cependant, il se peut parfois que l'incombance soit dissimulée derrière une fiction de volonté du contractant. Ainsi à côté des incombances apparentes doivent être mises en lumière des incombances dissimulées derrière des fictions d'acceptation ou de renonciation tacite.

2. Incombances apparentes et incombances dissimulées

255. La mise au jour d'incombances dissimulées derrière une fiction de volonté. De nombreux textes dissimulent derrière une fiction de volonté du contractant l'existence d'un comportement à sa charge conditionnant la possibilité de se prévaloir d'un avantage juridique.

Par exemple, l'agrération de la livraison peut être présumée, et « *la présomption confine parfois à la fiction de volonté* »⁴. Or, ce qui semble en réalité stigmatisé c'est le comportement incohérent de l'acheteur. Ainsi « *plutôt que de forcer (...) la volonté de l'acheteur, ne vaudrait-il pas mieux admettre que l'agrération prétendue constitue une*

¹ V. *supra*, n° 245.

² V. *infra*, n° 486 et s.

³ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., spéc. n° 291 et s.

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrération de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 48.

déchéance, l'interdiction de se prévaloir d'une volonté autre que celle qui semblait la sienne ? »¹. Ainsi, « dans l'agrément extinctive, la libération du vendeur se produit à la fois involontairement et à titre de peine : l'acheteur ne renonce pas à l'obligation de livraison impayée ; il se trouve frappé de déchéance pour avoir failli à certaines de ses incombances, en l'occurrence le contrôle de la livraison et le refus d'agrément de ses défaillances »². Si l'acheteur n'examine pas rapidement les marchandises, il perd le droit de se prévaloir des vices, c'est dire qu'il perd la possibilité d'opposer l'inexécution de l'obligation de livraison conforme.

Le même mécanisme est à l'œuvre en matière de vente à l'essai. En effet, l'agrément de l'acheteur est présumé donné lorsqu'il n'a pas exprimé son refus dans le délai octroyé pour procéder à l'essai³. Ainsi l'acheteur doit exprimer rapidement son refus pour éviter qu'un agrément tacite ne lui soit imputé⁴. Or, plutôt qu'une pseudo-volonté de donner l'agrément, il faudrait plutôt y voir la sanction d'une négligence de l'acheteur, qui ne s'est pas manifesté à temps. Si, alors que le délai s'est entièrement écoulé, l'acheteur ne s'exprime pas sur la chose objet de la vente, il est clairement négligent. Le fait que la jurisprudence déduise du silence de l'acheteur son agrément est en réalité une sanction de cette négligence : l'acheteur ne peut plus opposer sa faculté de refuser la vente au vendeur. Il a perdu le droit d'opposer son refus d'agrément en raison de son attitude négligente. Il est ainsi plus juste d'y voir une déchéance du droit d'opposer un refus d'agrément en raison du manquement à son incombance de faire connaître son avis sur la chose.

De nombreux autres exemples peuvent venir illustrer le fait que le législateur tend parfois à présenter la sanction d'une négligence sous l'angle d'une acceptation ou d'une renonciation tacite à un droit. Il en va ainsi notamment de l'article L. 112-2, al. 5 du Code des assurances. En effet, en vertu de cette disposition, lorsque l'assuré fait une proposition de modification du contrat à l'assureur, ce dernier est considéré comme l'ayant acceptée s'il ne la refuse pas dans les dix jours de la demande⁵. Selon ce texte, en l'absence de réponse la « proposition est considérée comme acceptée ». Le silence de l'assureur « vaut acceptation ». Il s'agit précisément d'une présomption d'acceptation, c'est à dire d'une fiction de volonté. Mais en réalité, le plus souvent l'assureur n'aura pas renoncé à son droit de refuser la proposition, il n'aura tout simplement pas réagi à temps. Plutôt que de voir en cette règle la manifestation d'une hypothétique volonté, il conviendrait plus justement de l'analyser comme

¹ V. *Ibid.*, n° 48, n° 73 et s., spéc. jurisprudence citée : n° 74, n. 52.

² V. *Ibid.*, n° 480.

³ V. DP, 1929, 1, 126 sous Cass. civ., 10 janv. 1928, *préc.* : « C'est ce que dit notamment le code civil allemand dans son art. 496 : « Lorsque la chose a été remise à l'acheteur dans le but d'en faire l'essai ou l'examen, son silence vaut agrément » (...) Il est d'ailleurs assez généralement admis en matière commerciale que celui qui a acheté une marchandise en se réservant de la rendre est présumé l'avoir acceptée s'il ne l'a pas restituée au vendeur dans le délai fixé par la convention ou par l'usage ».

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 48, 53, 60, 73 et s., et 495 et s.

⁵ Une disposition similaire existe en droit du travail, V. art. L. 1222-6 C. trav. V. *infra*, n° 162.

la sanction d'une incombance. En effet, il incombe à l'assureur de refuser la proposition dans un délai de dix jours, à défaut de quoi il n'est plus en mesure de refuser la proposition. Concrètement, il perd son droit de refuser la proposition. Il s'agit précisément d'une déchéance¹.

Le lien très étroit qui apparaît entre une interprétation subjective du comportement du contractant – c'est-à-dire basée sur sa volonté – et une appréciation plus objective de celui-ci – c'est-à-dire prenant en compte le non-respect d'un comportement préalablement attendu de lui – transparaît particulièrement dans certains textes qui, pour une même règle, évoquent tantôt une volonté tacite, tantôt la déchéance d'un droit. Il en va ainsi notamment quant à l'exercice du droit de préemption. En effet, l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme évoque une présomption de renonciation, tandis que l'article L. 145-19 du Code de commerce pose clairement une exigence d'information à la charge du bénéficiaire du droit à peine de déchéance². Ces formulations différentes pourraient laisser croire qu'il s'agit de sanctions différentes. Pourtant derrière ces expressions distinctes on peut se demander si les effets concrets sur le locataire ne sont pas identiques. Le fait de présumer que le locataire a renoncé à son droit pour ne pas avoir notifié son désir de préempter dans le délai légal tend à créer un effet de droit identique à celui qui serait résulté d'un refus de préempter, c'est-à-dire le fait de ne pouvoir préempter sans se contredire. La présomption de renonciation comme le refus de préempter entraînent l'impossibilité de préempter pour le futur. Or, ce n'est autre que l'effet de droit impliqué par une déchéance. Cette sanction implique, par définition, la perte de la prérogative concernée³. Ainsi, ces formulations concourent au même effet pour le locataire, à savoir qu'il ne peut plus exercer son droit de préemption. Il a perdu son droit de préempter. Seulement, le mécanisme de la déchéance rend la dimension répressive de la règle beaucoup plus visible.

Apparaît ainsi en filigrane l'intérêt de la révélation de l'existence d'incombances dissimulées derrière des règles interprétatives de volonté, à savoir qu'il serait opportun de rattacher un effet de droit à un fondement objectif qui ne subit pas les limites propres à l'interprétation.

256. L'opportunité du rattachement d'un effet de droit à un fondement objectif. Le professeur WICKER a pu démontrer que la méthode même de la fiction juridique

¹ V. *infra*, n° 425 et s.

² La déchéance est évoquée pour sanctionner le défaut de notification du changement de domicile au propriétaire. Mais il serait curieux que le texte prévoie expressément la déchéance comme sanction du défaut de notification du changement de domicile, sans que cette sanction ne soit envisagée pour les autres exigences de notification (notamment l'exigence de notifier, dans les trois mois, au propriétaire, son désir de bénéficier du droit de priorité). D'autant qu'aucune autre sanction n'est évoquée. Ce qui apparaît de manière implicite, c'est que le locataire perd, à l'échéance du délai de trois mois, la possibilité de revendiquer son droit de priorité puisque « *passé ce délai, le propriétaire peut disposer du local* ». Ainsi, il semble bien que le manquement à ces exigences de notification soit, à chaque fois, sanctionné par la déchéance du droit de priorité.

³ V. *infra*, n° 428 et s.

ne constitue pas un mode de raisonnement, « *mais l'expression d'un jugement de valeur porté sur un résultat de droit* »¹. Ainsi, la fiction juridique se trouve en elle-même « *dépourvue de toute vertu explicative* »². Au-delà, elle est d'ailleurs révélatrice « *d'une faille dans la construction juridique* », puisqu'elle est préférée à une explication concrète du phénomène observé³.

Le caractère artificiel du fondement de la fiction de volonté apparaît clairement lorsqu'il est rattaché à l'effet extinctif d'un droit⁴. En effet, c'est par un « *abus d'interprétation* »⁵, que le législateur semble déduire du silence ou de l'inertie du contractant une volonté de sa part, là où en réalité, non seulement il n'aura pas exprimé de volonté dans le sens retenu, mais au surplus aura le plus souvent eu une volonté tout à fait opposée. Apparaissent ici les limites d'un fondement qui s'explique par le profond attachement du droit contractuel français à la théorie de l'autonomie de la volonté.

En revanche, s'il est accepté que le contrat n'ait pas pour unique fondement la volonté des parties et que tous les effets de droit qui s'imposent aux contractants ne résultent pas nécessairement de leur accord mais puissent être le fait de prévisions objectives – notamment d'origine légale – alors il est possible d'expliquer autrement que par une fiction de volonté l'effet extinctif de droit.

Or, il existe des outils juridiques permettant d'expliquer objectivement l'effet extinctif d'un droit dans des hypothèses où le législateur recourt à une fiction de volonté. Précisément, l'incombance, accompagnée de la sanction spécifique de la déchéance, a une vertu explicative de l'extinction d'un droit⁶. Ce mécanisme est d'ailleurs reconnu et accepté depuis longtemps par des systèmes juridiques voisins⁷. En effet, il apparaît que « *dans les systèmes attachés à l'autonomie de la volonté, la déchéance s'opère sous couvert de renonciation tacite [tandis que] dans les systèmes ouverts au respect de la bonne foi, elle s'affirme en tant que telle* »⁸. Et s'il est vrai qu'entre présomption de volonté – c'est-à-dire une renonciation ou acceptation tacite – et manquement à une incombance – impliquant le prononcé d'une déchéance – le résultat est le même⁹, pourtant « *le deuxième fondement nous paraît bien préférable au premier, car il est plus simple, fondé sur des considérations objectives, et il évite de recourir à une fiction de volonté* »¹⁰. Le fondement de l'incombance a un caractère plus rigoureux que

¹ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 4.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 485 et s. ; *adde* DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 237 et s.

⁵ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 237.

⁶ V. *infra*, n° 419 et s.

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 486 et s. V. *infra*, n° 319 et s.

⁹ V. *Ibid.*, n° 487.

¹⁰ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 259.

¹⁰ V. *Ibid.*

celui de la fiction de volonté. Il met en évidence le mécanisme et la raison de l'extinction du droit. La déchéance comme sanction du manquement à une incombance permet d'expliquer que l'avantage est perdu parce que le contractant n'a pas adopté le comportement attendu de lui comme condition préalable à l'exercice de son droit.

257. Autres typologies possibles. Les propos qui précèdent ont eu pour objet de souligner les différentes formes sous lesquelles peut se présenter une incombance sans que cela n'ait fondamentalement un impact sur le régime qui y est appliqué. Mais, par ailleurs, il est possible de distinguer, parmi les incombances, certaines différences permettant de les classer selon leurs variations de régime.

B- Typologie des incombances influençant leur régime

258. Complément de typologie. La typologie des incombances peut être poursuivie sur la base de critères de classifications ayant une répercussion sur leur régime. En effet, tout d'abord, il apparaît qu'à l'image des obligations, mais contrairement au devoir, l'incombance peut être essentielle ou non (1). Ensuite, il apparaît utile de différencier les incombances selon qu'elles conditionnent ou non la revendication d'un droit de créance formant l'objet principal du contrat (2).

1. Incombances essentielles et non essentielles

259. Une classification commune aux obligations et aux incombances. Il a d'ores et déjà été vu que si les obligations peuvent être distinguées selon qu'elles revêtent un caractère essentiel ou simplement secondaire, il n'en va pas de même des devoirs contractuels qui sont nécessairement essentiels¹. Sur ce point, les incombances se rapprochent donc des obligations et se différencient des devoirs. En effet, il est possible de distinguer, au sein des incombances, des incombances essentielles et d'autres qui ne le sont pas. Une telle typologie a un impact quant à la détermination de la place laissée à la liberté des parties quant à l'aménagement de la contrainte dans le contrat. Précisément, il peut être avancé que s'il est impossible pour les parties d'exclure conventionnellement les incombances qui ont un caractère essentiel, elles peuvent cependant aménager celles qui ne revêtent pas une dimension impérative.

¹ V. *supra*, n° 195 et s.

260. L'impossibilité d'exclure conventionnellement les incombances essentielles. Certaines incombances sont essentielles car elles sont d'ordre public et participent de « l'édification [par le législateur] de régimes contractuels cohérents, ne laissant qu'une place limitée à la volonté des parties »¹. Ainsi, par exemple, les incombances qui s'imposent dans le cadre du contrat de travail sont d'ordre public, elles participent de la réglementation qu'implique la conclusion de ce type de contrat². Il en va de même des incombances qui découlent de la législation sur les baux, qu'il s'agisse des statuts spéciaux, ou de la loi du 6 juillet 1989 qui est d'ordre public³. Ou encore, des incombances peuvent être impératives en ce qu'elles font partie des règles protectrices des consommateurs. Il en va ainsi, par exemple, en matière d'assurance⁴ ou de cautionnement⁵. En raison de leur caractère essentiel ces incombances ne peuvent pas être écartées par la volonté des parties. Il leur est impossible d'exclure conventionnellement ces exigences comportementales qui s'imposent à elles par l'effet de la loi.

Par ailleurs, il est admis que les parties peuvent, en raison du principe de liberté contractuelle, stipuler des incombances spécifiques dans leur accord, dans la limite où elles ne constituent pas des clauses abusives⁶. Mais alors, tout comme ce qui a été dit concernant les devoirs de source volontaire⁷, étant donné que les parties incluent expressément cette nouvelle contrainte dans leur engagement, il n'est pas question que l'incombance soit exclue : soit elle est stipulée, soit elle ne l'est pas. Et son intégration au contenu contractuel implique nécessairement que les parties lui reconnaissent un caractère essentiel.

Mais toutes les incombances ne sont pas nécessairement essentielles.

261. La possibilité, limitée, d'exclure les incombances non essentielles. Il est des incombances qui ne revêtent pas de caractère impératif et qui peuvent donc être exclues par une stipulation expresse des parties.

Par exemple, la jurisprudence internationale semble admettre, sur le fondement de l'article 39-1) de la *Convention de Vienne* que le vendeur puisse renoncer à se prévaloir de la déchéance de l'acheteur⁸. La déchéance étant à son profit, et n'étant pas considérée comme

¹ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *art. préc.*, n° 139.

² V. *supra*, n° 162.

³ V. *supra*, n° 158.

⁴ V. *supra*, n° 157.

⁵ V. *supra*, n° 159.

⁶ V. *supra*, n° 168 et s.

⁷ V. *supra*, n° 130 et s.

⁸ La renonciation du vendeur à se prévaloir du caractère tardif de la dénonciation par l'acheteur du défaut de conformité de la marchandise est en principe admissible selon le droit uniforme de la vente internationale de marchandises (V. *Bundesgerichtshof*, 25 juin 1997, *D.*, 1998, somm. p. 309, obs WITZ (Cl.) et 25 nov. 1998, *D.*, 1999 p. 356 obs WITZ (Cl.)). Mais la simple ouverture de négociations au sujet des défauts constatés par l'acheteur ne saurait valoir renonciation du vendeur à se prévaloir du caractère tardif de la dénonciation des défauts : Tribunal régional supérieur d'Oldenbourg, 5 déc. 2000, *préc.*

étant d'ordre public¹, il est alors admis que le vendeur renonce à s'en prévaloir. Il en va de même en droit interne car l'article 1648 du Code civil n'est pas d'ordre public².

Pareillement, les clauses de renonciation à la conformité de la contenance sont licites, dès lors qu'elles n'atteignent pas la garantie d'éviction et qu'elles ne sont pas insérées dans des contrats conclus entre professionnels et consommateurs³. Elles sont très fréquentes en pratique⁴. De telles clauses écartent *de facto* l'incombance de dénonciation du défaut de conformité de la contenance.

Pour ajouter un autre exemple, les banquiers excluent souvent dans les conventions d'ouverture de compte, leur incombance de dresser protêt ou de présentation au paiement de la lettre de change dans un certain délai⁵. Le plus souvent ce sont des clauses en forme de renonciation à invoquer la déchéance qui sont stipulées. Mais l'exclusion de la sanction revient à exclure l'exigence comportementale qu'elle accompagne. Ces clauses d'exclusion bénéficient d'une validité de principe⁶. Cette validité trouve néanmoins d'importantes limites car la jurisprudence ne les considère applicables que si le banquier court véritablement le risque de ne pas pouvoir observer ses incombances⁷, ou si ces clauses l'autorisent à se montrer négligent alors que le recouvrement de la traite ne présente pas de véritable difficulté⁸.

Au surplus, la possibilité d'exclure conventionnellement certaines incombances est soumise à la limite générale du respect de la bonne foi par le contractant qui se prévaut de la clause d'exclusion de l'incombance⁹. Il apparaît ainsi que la mauvaise foi du contractant peut avoir pour effet de le rendre irrecevable à se prévaloir en justice du bénéfice d'une clause d'exclusion d'incombance, et donc de le soumettre – tout au moins en théorie – à l'observation de cette exigence. En pratique, le manquement à ce devoir général mènera donc à la prise en compte du manquement à une incombance puisque celle-ci n'aura pas pu être observée en raison de la clause d'exclusion : au manquement au devoir du contractant s'ajoute donc le manquement à l'incombance pouvant entraîner la perte du droit conditionné en plus des conséquences liées à la faute¹⁰. Cela met au jour une manifestation des interférences qui peuvent exister entre ces diverses exigences comportementales et leurs conséquences pour le contractant qui y est soumis.

¹ V. Cass. civ. I, 26 oct. 1983, n° 82-13560 ; 5 déc. 1995, n° 94-11135 : « la fin de non-recevoir résultant de l'expiration du bref délai, [...] n'est pas d'ordre public [...] elle ne peut être soulevée d'office par le juge ».

² V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 123.

³ V. COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 239. V. *supra*, n° 172.

⁴ V. *Ibid*, n° 236 : « En pratique, les parties stipulent le plus souvent, au moins dans les ventes immobilières, des clauses limitant ou excluant l'application des dispositions du Code civil. ».

⁵ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », op. cit., n° 123. V. *supra*, n° 160.

⁶ V. Cass. civ., 12 juill. 1864, *DP*, 1864, 1, p. 376 ; 4 janv. 1910, *DP*, 1911, 1, p. 104, *S.*, 1911, I, p. 521.

⁷ V. Cass. civ., 1^{er} mai 1872, *D.*, 1872, 1, p. 112 ; Cass. com., 12 juin 1978, *D.*, 1979, IR, p. 144.

⁸ V. Cass. com., 18 oct. 1971, *JCP G.*, 1972, II, 17053.

⁹ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », op. cit., n° 121 et s.

¹⁰ Sur la déchéance, V. *infra*, n° 414 et s.

Par ailleurs, s'il est possible pour les parties d'exclure certaines incombances de leur accord, il ne peut en revanche être envisagé qu'elles modalisent et aménagent la sanction qui y est attachée.

262. L'impossibilité de stipuler une clause de non-responsabilité pour inobservation d'une incombance. Il est impossible pour les parties de stipuler dans leur accord une clause de non-responsabilité en cas de manquement à une incombance, et ceci pour une double raison.

Tout d'abord, il ne peut être envisagé de réduire le montant de la réparation due en cas de manquement à une incombance puisque ce type de contrainte ne peut être sanctionné par la responsabilité civile de celui qui y manque, mais seulement par une déchéance¹.

Ensuite, la nature de peine privée de cette sanction doit s'opposer à ce qu'elle puisse faire l'objet d'un aménagement de la part des parties².

Ces remarques s'appliquent tant aux incombances essentielles qu'à celles qui ne le sont pas, puisqu'elles partagent une même nature et une même sanction. La seule différence qui existe entre ces incombances est donc relative à la possibilité de les écarter conventionnellement ou non.

Cette classification des incombances selon leur caractère essentiel ou éventuel a un impact évident quant à leur régime en ce qu'elle permet de mettre en avant le domaine de la liberté laissée aux parties dans l'aménagement de ce type de contrainte. Or, la typologie entreprise peut encore être complétée à l'aide d'un critère de classification ayant également une répercussion sur le régime des incombances. En effet, une distinction importante doit être faite entre les incombances conditionnant la revendication d'un droit de créance constituant l'objet principal du contrat et les autres.

2. Incombances conditionnant un droit accessoire ou un droit de créance formant l'objet principal du contrat

263. La prépondérance des incombances conditionnant l'exercice d'un droit accessoire au contrat. La très grande majorité – pour ne pas dire la quasi-intégralité – des incombances accompagne la mise en œuvre d'un droit simplement accessoire à l'objet du contrat.

Cela est assez apparent concernant les incombances conditionnant l'exercice d'un droit contractuel potestatif³. En effet, de tels droits s'insèrent de manière adventice dans le

¹ V. *infra*, n° 491 et s.

² V. *infra*, n° 422 et s. Mise à part, tout au plus, la possibilité d'aménager la charge de la preuve, V. *infra*, n° 449.

³ V. *supra*, n° 221 et s.

contrat. Ils ne constituent pas le cœur de l'échange mais précisent les pouvoirs dont disposent les contractants à l'occasion de l'exécution du contrat.

Par ailleurs, des incombances peuvent constituer la limite préalable à l'exercice d'un droit de créance accessoire au contrat, c'est-à-dire qu'elles conditionnent l'exigibilité d'une obligation accessoire¹. Or, le fait que l'incombance soit liée à la mise en œuvre d'un droit accessoire implique que son manquement, qui entraîne la déchéance du droit, ne peut avoir pour conséquence de heurter l'objet même de l'accord. Ainsi, l'inobservation de l'incombance ne saurait avoir, à elle seule, un impact sur la poursuite du contrat.

264. La conséquence : l'absence d'impact de l'inobservation de l'incombance sur la poursuite du contrat. L'incombance étant un préalable à l'exercice d'un droit, le comportement ne fait que conditionner la légitimité de l'exercice du droit strictement encadré. Le comportement est lié à la mise en œuvre d'un droit contractuel, et non à l'exécution même du contrat. Cela constitue d'ailleurs une différence majeure entre l'incombance et le devoir contractuel, qui sera plus précisément abordée à l'occasion de l'étude de la finalité de ces contraintes². Le manquement à l'incombance ne fait que remettre en cause la légitimité de l'exercice d'un droit attendu du contrat. Or, la perte du droit, en raison de l'importance de ce dernier dans le contrat, n'est pas de nature à attenter à l'intérêt même de l'acte conclu. Cette particularité de l'incombance justifie que son manquement ne porte pas atteinte à la possibilité de poursuivre la relation contractuelle.

Il en va néanmoins différemment lorsque l'incombance conditionne l'exercice d'un droit de créance formant l'objet principal du contrat.

265. L'existence d'incombances conditionnant l'exercice d'un droit principal. Il a été vu qu'il se peut que l'aléa justifiant une incombance porte sur le droit de créance principal au contrat³. Ainsi, par exemple, le droit du créancier de poursuivre la caution en paiement en cas de défaillance du débiteur principal est soumis à l'incombance préalable de ne pas, par son fait, nuire au pouvoir de subrogation de la caution. Une même incombance pèse sur l'assuré, qui ne doit pas empêcher la subrogation de l'assureur dans ses droits et actions contre les tiers, s'il ne veut pas être déchu de son droit à garantie. Or, dans ces hypothèses, si le manquement du créancier à son incombance implique la perte pure et simple du droit formant l'objet du contrat, cela implique que le manquement à l'incombance peut constituer une cause d'extinction du contrat.

¹ V. *supra*, n° 218.

² V. *infra*, n° 269 et s.

³ V. *supra*, n° 219.

266. La conséquence : l'inobservation de l'incombance cause autonome d'extinction du contrat. Lorsque l'incombance conditionne spécialement l'exercice d'un droit formant l'objet du contrat, la conséquence qui en découle est que son inobservation peut entraîner l'extinction du contrat.

Cette remarque peut être particulièrement bien illustrée à travers l'exemple du mécanisme de l'article 2314 du Code civil. Il est reconnu depuis longtemps en doctrine que cette disposition institue une cause autonome et singulière d'extinction du cautionnement par le fait du créancier¹. À première vue cependant une telle affirmation peut surprendre, car cette règle est assortie d'une sanction spécifique, à savoir la perte du droit de poursuivre la caution en paiement. Il est vrai que la jurisprudence a posé un principe de proportionnalité de la déchéance encourue par le créancier en cas de manquement à cette règle. Ainsi, la caution est normalement déchargée à proportion du gain manqué², c'est-à-dire à proportion de la valeur des droits préférentiels perdus. Dans ce cas le contrat de cautionnement n'est pas éteint. Il continue de produire ses effets et notamment le recours contre la caution est toujours possible pour le montant restant. Néanmoins, cette proportionnalité est peu appliquée en pratique car il revient au créancier de prouver que le droit préférentiel perdu est d'un montant inférieur à celui de l'engagement de la caution. Cette preuve étant difficile à rapporter, le plus souvent la décharge de la caution est totale. C'est dire que le créancier est totalement déchu de son droit de poursuivre la caution en paiement. Or, l'obligation au paiement de la caution constitue l'essence même du contrat de cautionnement. Si sa décharge est totale, il s'agit alors d'un mode spécifique d'extinction du cautionnement. Ainsi, le créancier peut causer l'extinction du cautionnement en raison du manquement à son incombance. Il s'agit d'une conséquence spécifique attachée au manquement à une telle contrainte, qui s'explique ici en ce que le droit conditionné par le comportement du créancier n'est ni plus ni moins que le droit de recours contre la caution, à savoir l'objet même du contrat de cautionnement. Si le créancier perd totalement ce recours, le contrat de cautionnement n'a plus de cause et ainsi prend fin³.

267. Conclusion de la section. L'étude de l'objet de l'incombance a tout d'abord mené à la recherche des éléments nécessaires à sa définition. Une fois ces éléments mis au jour, il a pu être envisagé de proposer une typologie des incombances à partir des caractères qui ne sont pas nécessaires à sa définition.

¹ V. MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc.

² V. Cass. civ. I, 24 févr. 1987, n° 85-12406 : « la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par la faute du créancier » ; 9 mai 1994, n° 91-21162 ; 15 déc. 1998, n°96-20626 ; 12 févr. 2002, n° 99-15944. La valeur de ces droits s'apprécie à la date de l'exigibilité de l'obligation de la caution (à la date de la défaillance du débiteur principal) : Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69623 et n° 09-72944.

³ Il s'agit d'une analyse objective de la cause comme fondement de la résolution. Sur les différentes appréciations possibles de la perte de cause du contrat justifiant la résolution, V. *infra*, n° 579 et s.

Cette exigence a pour caractéristique essentielle d'être *un élément préalable et adventice à l'exercice d'un droit empreint d'aléa en raison de la soumission de son exigibilité à la survenance d'un évènement incertain ou à cause de sa nature potestative, et qui s'impose au contractant afin de limiter les dangers liés à l'incertitude, dans l'hypothèse où il désire obtenir l'avantage qui y est attaché.*

Si la notion présente une incontestable unité, il est toutefois permis d'en montrer les différentes nuances à travers leur typologie. Bien qu'elles soient en grande majorité des contraintes de faire quelque chose, elles peuvent parfois consister en une exigence de ne pas faire. Par ailleurs, si elles sont généralement apparentes, elles sont parfois dissimulées derrière une fiction de volonté. Au-delà de ces distinctions relevant de leur apparence, les incombances peuvent encore être classées selon des caractéristiques ayant des répercussions sur leurs effets. Ainsi, en premier lieu, la place laissée à la liberté des parties quant à leur aménagement est très réduite lorsqu'elles ont un caractère essentiel, mais se trouve accrue lorsqu'elles ne revêtent pas de dimension impérative. Et, en second lieu, il se peut qu'une incombance assortisse l'exercice d'un droit formant l'objet principal d'un contrat et que son manquement ait ainsi un impact sur la poursuite de la relation contractuelle. Cette hypothèse est néanmoins rare, et cela n'est pas sans lien avec la finalité-même de l'incombance, dont il sera vu qu'elle se distingue, elle aussi, fortement de celle du devoir.

268. Conclusion du chapitre. L'analyse des contraintes comportementales pesant sur le contractant mène au constat de l'existence de différences profondes entre les devoirs et les incombances, et donc à la nécessité d'une distinction de ces deux concepts. Il est ainsi utile d'avoir recours à ces deux vocables pour désigner avec plus d'exactitude ces normes comportementales dont l'objet est clairement distinct.

En effet, tout d'abord, tandis qu'il est de l'essence du *devoir* d'être *une contrainte catégorique, dont l'observation ne relève pas d'un choix du contractant mais qui s'impose sans condition à peine de sanction, et qui pèse à tout instant sur le contractant*, l'*incombance* est *une contrainte accessoire à la revendication d'un droit et hypothétique, en ce qu'elle n'est due qu'à la condition que le titulaire du droit désire en bénéficier.*

Ensuite, et outre ces différences fondamentales, ces notions se distinguent en ce que certains de leurs caractères seront nécessaires à la définition de l'un et non de l'autre. Ainsi, si *le devoir présente nécessairement une dimension essentielle, impérative*, tel n'est pas le cas de *l'incombance* qui *peut être impérative ou non*. En revanche, *s'il est de l'essence des incombances d'être des contraintes accessoires et de résultat*, tel n'est pas toujours le cas des *devoirs contractuels*.

Enfin, s'il est vrai que *ces contraintes partagent la possibilité d'impliquer à la charge du contractant une action ou une abstention* – c'est-à-dire qu'elles peuvent être de faire ou de

ne pas faire – il s’agit là d’un point commun mineur, que ces contraintes partagent au surplus avec les obligations civiles.

L’étude de l’objet des devoirs et des incombances contractuels mène au constat de leur dissemblance. Or, il peut être à présent observé qu’à cela s’ajoute une différence quant à leur finalité. Ce double constat permet précisément de conclure à la différence de définition de ces deux notions.

Chapitre II

Une finalité distincte

269. Une finalité générale commune : encadrer le comportement du contractant. S'attacher à l'étude de la finalité du devoir et de l'incombance contractuels implique de comprendre ce vers quoi tendent ces contraintes comportementales, ce à quoi elles servent, leur objectif. L'étude de leur nature répond partiellement à cette question. En effet, il a été vu qu'il s'agit de contraintes de nature comportementale s'imposant aux parties au contrat¹. Or, cette nature comportementale commune implique une finalité générale commune, à savoir que les devoirs et incombances contractuels visent à encadrer le comportement du contractant à l'occasion de l'exécution du contrat. Ils participent de l'équilibre nécessaire aux rapports contractuels. Mais cette observation reste trop générale. Une étude plus précise du but particulier de chacune de ces exigences mène au constat que ces contraintes se distinguent par leur finalité.

270. Des finalités particulières distinctes. Au-delà de l'objectif général que partagent les exigences comportementales contractuelles, les devoirs et incombances ne visent pas directement la même finalité. En effet, en tant que contrainte catégorique permanente, le devoir contractuel a pour finalité directe d'assurer la réalisation de l'objectif contractuel. La finalité du devoir contractuel est directement liée au but contractuel (Section I). En revanche, en tant que contrainte encadrant l'exercice d'un droit, l'incombance a une finalité directe plus spécifique. Elle vise directement à assurer la légitimité de l'exercice d'un droit contractuel (Section II).

¹ V. *supra*, n° 26 et s.

Section I

Finalité du devoir contractuel

271. Une finalité directement attachée à celle du contrat. Contrairement à l'obligation, le devoir contractuel n'a pas de sens en lui-même, son observation n'apporte pas sa propre justification. Il n'a de sens qu'attaché au but du contrat. Il s'agit d'un comportement attendu du contractant à l'occasion de l'exécution des obligations permettant à ces dernières d'assurer l'utilité recherchée par chaque contractant à l'accord. En ce qu'il s'intègre au contenu du contrat, le devoir contractuel est une directive permettant d'orienter le comportement des parties dans le sens de la bonne fin du contrat¹. Il tend à préserver directement l'utilité du contrat (§1). Ainsi, la finalité du devoir contractuel rejoint celle du contrat. Une telle contrainte oriente le comportement des contractants dans le sens de la bonne poursuite du but contractuel. Or, ce lien entre but du contrat et devoir contractuel peut se traduire par la notion de cause. En effet, au stade de l'exécution du contrat, la cause permet l'appréciation de la compatibilité du comportement adopté par le contractant avec celui qui est attendu de lui². En tant que traduction juridique de l'intérêt du contrat la notion de cause s'avère être un instrument technique adéquat permettant au juge de jauger le maintien de son utilité³. Si le manquement au devoir vient priver le contrat de son utilité objective, il le prive par là même de cause. Ainsi, la cause peut être proposée comme instrument de contrôle de l'observation du devoir contractuel (§2).

§1- Le maintien de l'utilité du contrat assuré par l'observation du devoir

272. Un instrument technique au service de l'utilité du contrat. Parfois prévu par les parties, le devoir est néanmoins souvent sanctionné par le juge sur la base de certaines dispositions légales. Il traduit alors un besoin pour ce dernier de recourir à un moyen technique lui permettant de jauger le comportement des contractants lors de l'exécution du contrat, c'est-à-dire de prendre en compte les conditions dans lesquelles la ou les prestations

¹ *Contra*, V. not. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 117 et s. ; *adde* ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, thèse préc., n° 211 et s.

² V. not. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 320 et s.

³ V. not. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 152 et s. ; *adde* WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 98 et s, 107 et s. ; « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.* ; ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 85 et s.

sont accomplies. Si les obligations assurent la fonction économique du contrat¹, il se peut néanmoins que l'utilité de ce dernier soit compromise alors même que les obligations sont exécutées. En effet, le manquement à une obligation peut ne pas prêter spécialement à conséquence, notamment parce qu'il ne cause pas de préjudice au créancier, alors que le contrat perd par ailleurs son utilité objective. Une partie peut, par exemple, adopter un comportement menaçant l'avenir du contrat, sa bonne poursuite². Ainsi, l'utilité du contrat ne se réduit pas à la simple exécution des obligations. Il faut, au-delà, prendre en compte les conditions dans lesquelles ces obligations sont exécutées. Le devoir contractuel apparaît alors comme un outil permettant au juge de contrôler le maintien de l'utilité du contrat, sans se limiter au constat de l'exécution des obligations. Après avoir expliqué ce qu'il faut entendre par l'utilité du contrat (A), le rôle des devoirs contractuels quant à la préservation de cette utilité pourra être montré (B).

A- La notion d'utilité du contrat

273. Utilitarisme et science juridique. Bien qu'elle trouve des précurseurs³, la philosophie utilitariste est véritablement née avec Jérémie BENTHAM, philosophe et juriste britannique, à la fin du XVIII^e siècle⁴. Il s'agit d'une philosophie morale⁵ dont la particularité est qu'elle prend en compte « *un bien qui se voit et se touche, se mesure et se pèse* »⁶. En effet, l'utilitarisme se propose comme étant un système de pensée concret, impliquant un calcul permanent des avantages et des inconvénients liés à l'action de l'individu⁷. À l'échelle de la société, l'utilitarisme se résume à la recherche du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. À l'échelle de l'individu, le principe d'utilité veut que ce dernier agisse toujours en fonction de ce qui lui procurera le maximum d'avantages, pour un minimum de désagréments. L'utilitariste « *assimile le bien à l'utile* »⁸. Il « *considère que les individus ont avant toute chose des intérêts* »⁹.

¹ V. not. ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, spéc. n° 138.

² V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 449.

³ HOBBS, HUME, LA METTRIE, ou encore HELVETIUS sont généralement cités comme étant des précurseurs de l'utilitarisme. V. CANTO-SPERBER (M.), et OGIER (R.), *La philosophie morale*, op. cit., V° Devoir ; LE SENNE (R.), *Traité de morale générale*, PUF, 1942, p. 216 et s. et 391 et s.

⁴ V. BENTHAM (J.), *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t.1, *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont, Bruxelles, 3^{ème} éd., 1840.

⁵ BENTHAM a défendu le principe d'utilité comme étant le moyen d'accéder au bonheur.

⁶ V. LE SENNE (R.), *Traité de morale générale*, op. cit., p. 216 et s.

⁷ V. HALEVY (E.), *La formation du radicalisme philosophique*, t. I, PUF, 1995, p. 38 et 39 : « *par le principe d'utilité on entend le principe qui approuve ou désapprouve une action quelconque, selon la tendance qu'elle paraît avoir à augmenter ou diminuer le bonheur de la partie intéressée* ».

⁸ V. *Ibid.*

⁹ V. GODIN (Ch.), *La justice*, Questions de philosophie, éd. du temps, 2001, p. 69.

Les excès de cette théorie ont souvent été dénoncés, et notamment le fait de refuser de prendre en compte tout principe moral supérieur, en particulier celui de la justice¹. Il est vrai que les idées d'utilité et de justice sont non seulement compatibles mais elles sont au surplus complémentaires. L'idéal de justice ne peut être atteint si le système ne présente pas d'utilité pour les individus. Et parallèlement, l'utilité sans la justice est dépourvue de sens². En effet, si pour atteindre le juste il faut l'utile³, l'utile n'a de sens que s'il s'associe à la recherche de la justice⁴. Cette observation se retrouve à l'échelle du contrat. Ce dernier est juste lorsqu'il remplit l'utilité recherchée, c'est-à-dire lorsque les contractants tiennent leur parole. Et, à cette utilité individuellement comprise, doit être associée la recherche d'une certaine équité dans l'échange, en ce que le contrat est le siège d'une relation juridique qui interagit avec l'ordre social. Ainsi, tout en reconnaissant ses limites, de nombreux juristes s'appuient clairement sur la théorie utilitariste. Notamment, la notion d'intérêt qui y trouve une place centrale, et qui a été réintroduite dans la science juridique par IHERING⁵, séduit aujourd'hui plusieurs auteurs quant à sa capacité explicative du fondement du contrat⁶.

274. Utilitarisme et contrat. Si les partisans du volontarisme juridique ont cherché à expliquer la force obligatoire du contrat par la rencontre des volontés des contractants, l'évolution du droit positif offre de multiples exemples où les parties se trouvent soumises à des règles qu'elles n'ont pas prévu, et donc pas voulu⁷. En effet, le contenu du contrat ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties contractantes, il faut également prendre en compte le rôle de la loi et de la jurisprudence dans la détermination de ce contenu⁸. Or,

¹ V. not. RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Points, 2009 ; VILLEY (M.), « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ*, 1981, p. 166 et s. ; GAUTIER (P.Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *art. préc.*

² V. VILLEY (M.), « Critique de l'utilitarisme juridique », *art. préc.*

³ V. GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, *op. cit.*, spéc. n° 16, 71, et 165.

⁴ V. VILLEY (M.), « Critique de l'utilitarisme juridique », *art. préc.* : « l'étude des fins [...] seule donne son sens à l'utilité » ; *adde* « Contre l'humanisme juridique », *APD*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, S., 1968, p. 199 et s. D'ailleurs SAINT THOMAS D'AQUIN considère la loi humaine comme juste lorsqu'elle est orientée vers le bien commun du peuple auquel elle est destinée (V. GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. p. 1 et s.).

⁵ V. L'auteur a notamment défini le droit subjectif comme étant « un intérêt juridiquement protégé » : VON IHERING (R.), *L'esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 326 ; *La lutte pour le droit*, prés. O. Jouanjan, D., 2006, spéc. p. 40 et s. ; *adde* COULOMBEL (P.), « Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », *RTD Civ.*, 1957, p. 609 et s.

⁶ V. not. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse préc., spéc. p. 141 et 351 ; *adde* CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 1, p. 18 ; ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965 ; HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc. ; GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. p. 1 et s. ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc. ; ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc. ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse préc.

⁷ V. *supra*, n° 16 et s.

⁸ V. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse préc., p. 93 et s. ; *adde* MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat*,

précisément, la notion d'intérêt permet de comprendre que le contenu contractuel ne se limite pas à ce qu'ont voulu les parties, et peut intégrer des données qui leur sont extérieures mais qui s'avèrent nécessaires à la réalisation de leur objectif dans le respect de l'ordre social¹.

Par ailleurs, « *la volonté ne s'exerce jamais à vide, pour le seul plaisir de s'exercer. Vouloir juridiquement, c'est vouloir pour un but, et pour un but pratique* »². En effet, chaque partie conclut en raison d'un besoin qui lui est propre. Que ce soit acquérir une chose, exercer une profession, profiter d'un loisir, etc., le contractant s'engage afin d'atteindre cet objectif. Le contrat revêt une utilité concrète pour le contractant. Il est pour lui un moyen afin d'atteindre un certain résultat³. Le « *contrat n'est pas une fin en soi* »⁴, mais « *correspond bien à une rencontre de comportements mus par des intérêts* »⁵. Ainsi, la notion d'intérêt permet d'appréhender ce but pratique recherché par les parties au contrat. C'est pourquoi il a pu être justement avancé que « *la vision utilitariste, au moins dans son pendant descriptif, saisit dans une large mesure ce qui se produit au sein du contrat* »⁶. Reste à savoir ce qui est appréhendé à travers la prise en compte de l'utilité du contrat.

275. Utilité et notion d'intérêt du contrat. Un auteur a pu mettre en avant l'ambiguïté de la notion d'utilité du contrat, sa définition pouvant varier « *selon l'idée que l'on se fait du contrat* »⁷. M. GÉNICON a ainsi dégagé trois conceptions possibles de l'utilité auxquelles le juge peut se référer, à savoir l'« *utilité convenue* », résultant de la volonté des parties, l'« *utilité subjective* », qui n'est autre que l'utilité du contrat pour le créancier, et enfin, l'« *utilité objective* », qui est « *celle que définit librement le juge* »⁸. En réalité, la situation d'impartialité du juge l'amènera naturellement à prendre en compte, au-delà du seul intérêt subjectif des parties, des considérations d'ordre objectif. On retrouve alors, à travers la notion d'utilité du contrat, l'interaction entre subjectivisme et objectivisme au sein de l'acte juridique⁹. En effet, la seule appréciation de l'utilité du contrat convenue par les parties

Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc., n° 5 : « Tout n'est pas contractuel dans le contrat. ».

¹ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse préc.*, n° 34 et s.

² V. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse préc.*, p. 140.

³ V. OPPETIT (B.), « Droit et économie », *APD*, t. 37, Droit et économie, 1992, p. 17 et s. : « le contrat constitue le moyen juridique permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses besoins ».

⁴ V. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc.*, n° 83 ; adde STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 665.

⁵ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, n° 81.

⁶ V. *Ibid.* L'auteur fait référence à la formule explicite de Cambacérès parlant du droit de contracter comme de la « *faculté de choisir le moyen de son bonheur* » (V. CAMBACÉRÈS (J.-J. R. de), *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 2^{ème} projet de Code civil au nom du Comité de législation*, 1794 ; FENET (P. A.), *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1828, p. 108), et met en avant le fait que les mots « intérêt » et « utilité » sont très fréquemment employés dans le Code civil (V. *thèse préc.*, n° 83, n. 24).

⁷ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 435.

⁸ V. *Ibid.*, n° 436.

⁹ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse préc.*

présente quelques limites. Tout d'abord, cette utilité se résume à la prise en compte de ce qui a fait l'objet d'une rencontre des volontés des parties à l'exclusion des effets non subjectifs du contrat, de plus, le juge se trouve naturellement confronté à la problématique de l'interprétation des volontés¹. Par ailleurs, l'unique prise en compte de l'utilité subjective, c'est à dire de l'intérêt du créancier au contrat – non nécessairement contractualisé – reviendrait à « *s'en remettre totalement aux desiderata de ce dernier* », et rendrait de ce fait l'intervention du juge inutile². Si ces éléments sont appréhendés par le juge, c'est en complément de la prise en compte de données objectives lui permettant d'assurer un certain équilibre dans l'échange. En effet, « *c'est une question d'équilibre qui se pose à un juge tiraillé entre le contrat-acte de prévision et le contrat-opération efficace, entre l'utilité convenue et l'utilité objective* »³. Son rôle consiste précisément à mettre tous les intérêts en présence « *dans sa balance* »⁴, afin de chercher une « *harmonie* » entre ces intérêts, « *le bon partage* »⁵. La bonne fin du contrat correspond à cette idée d'un contrat qui remplit à la fois son utilité économique pour chaque partie et qui reste globalement équitable et juste d'un point de vue individuel et social. Si la bonne fin du contrat consiste pour les parties en la satisfaction du besoin recherché par la conclusion de l'acte, elle ne saurait s'y réduire, car le créancier peut obtenir ce qu'il attend de l'échange économique tout en portant atteinte à l'intérêt du contrat pour l'autre partie, voire en attendant à l'intérêt général. Ainsi, le juge doit s'assurer du maintien de l'utilité du contrat pour chaque partie⁶, tout en veillant à la protection de l'ordre social⁷. Or c'est précisément cette interaction que la notion d'intérêt du contrat, entendue de manière abstraite⁸, peut traduire⁹. L'intérêt du contrat comprend tant les termes de l'échange propre à assurer l'utilité économique du contrat, que les règles de comportement qui l'encadrent et qui assurent son utilité véritable. L'intérêt objectif du contrat n'est autre que

¹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 471.

² V. *Ibid.*, n° 474 ; *adde* LÉCUYER (H.), « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 44 et s.

³ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 477.

⁴ V. VILLEY (M.), « Critique de l'utilitarisme juridique », *art. préc.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. not. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, *op. cit.*, n° 10 et s. ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 82. ; FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 425 ; JAMIN (Ch.), « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », *art. préc.* ; AYNÈS (L.), « A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003, p. 323 et s.

⁷ V. not. PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc., p. 81 et s. ; *adde* FAGES (B.), « Le contrat est-il encore la « chose » des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 153 et s., spéc. n° 8 et s.

⁸ V. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse préc., n° 80 : « L'intérêt dans le contrat est conçu comme une notion abstraite. Comme l'intérêt général, le contrat repose sur un mécanisme qui peut être conceptualisé autour de la notion d'intérêt. » ; *adde* ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 92.

⁹ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 34 : « L'intérêt c'est finalement la projection objective de la volonté à travers le prisme déformant du milieu objectif qui s'y intègre, la transforme, est transformé par elle ; l'intérêt n'est finalement qu'une « sphère d'équilibre » à contenu variable dans certaines limites. ».

le but contractuel globalement appréhendé¹. Intérêt que les devoirs contractuels ont précisément pour rôle de préserver à l'occasion de l'exécution du contrat.

B- Les devoirs contractuels au service de l'utilité du contrat

276. Le lien entre l'utile et le devoir. D'un point de vue philosophique, la notion de devoir n'est pas étrangère à une approche utilitariste des relations humaines. D'ailleurs, Jeremy BENTHAM a édifié le concept de déontologie sur le principe d'utilité². En effet, l'auteur définit la déontologie comme étant « *l'art de faire ce qu'il est convenable de faire* »³. Les règles qui la composent vont « *indiquer dans le détail de la vie concrète comment le principe d'utilité s'applique* »⁴. C'est-à-dire que le devoir vise à produire « *la plus grande quantité possible de bonheur au bénéfice de ceux dont l'intérêt est recherché* »⁵. Ainsi, selon la philosophie utilitariste, « *la déontologie est un ensemble de devoirs destinés à permettre à l'action humaine de réaliser le principe d'utilité* »⁶.

Si juridiquement, le terme « *déontologie* » a une « *forte connotation professionnelle* »⁷, il a cependant pu être démontré que l'existence de devoirs juridiques ne se réduit pas à la circonstance de l'exercice d'une profession déterminée⁸. Précisément, des devoirs juridiques s'imposent aux contractants, tant lors de la formation de l'acte, que lors de son exécution⁹. Dans ce dernier cas, ils en intègrent le contenu et apparaissent comme autant de contraintes visant à assurer l'utilité du contrat pour les contractants. C'est ainsi qu'il peut être avancé que le devoir contractuel est une technique d'orientation du comportement des parties dans la poursuite de l'intérêt du contrat.

277. Intérêt du contrat et devoir contractuel. Assurer l'utilité du contrat, et donc le respect de sa force obligatoire est une exigence supérieure, qui va parfois primer l'exécution de ce qui a été formellement prévu, et cela passe techniquement par l'observation des devoirs contractuels. En effet, pour paraphraser POTHIER, s'engager à exécuter le

¹ Sur la notion d'intérêt du contrat, V. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc.*, n° 73 et s., 80 et s. ; sur l'importance du but pratique poursuivi par les parties, V. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse préc.*, n° 201 et s. et 339 et s.

² V. BENTHAM (J.), *Déontologie ou Science de la morale*, prés. F. Dagognet, encre marine, 2006.

³ V. *Ibid.*, t. I, p. 29.

⁴ V. LE SENNE (R.), *Traité de morale générale, op. cit.*, p. 223.

⁵ V. BENTHAM (J.), *Introduction aux Principes de la morale et de la législation*, Librairie philosophique J. Vrin, 2011.

⁶ V. AYNÈS (L.), « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence devant la Cour de cassation, 11 mai 2006, Cycle Droit et technique de cassation, <http://www.courdecassation.fr>.

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. *supra*, n° 117 et s.

⁹ V. AYNÈS (L.), « Vers une déontologie du contrat ? », *art. préc.*

contrat, c'est s'engager à l'exécuter utilement¹, c'est à dire que les parties ne doivent pas, par leur comportement, annihiler l'intérêt du contrat. Les devoirs contractuels permettent justement d'assurer ce maintien de l'utilité du contrat lors de son exécution. S'il se peut que le devoir contractuel relève de l'utilité convenue, il est le plus souvent de source objective et s'avère alors être un instrument très utile entre les mains du juge afin de préserver, en amont, l'intérêt du contrat par l'orientation du comportement des parties, ou bien de constater, en aval, son échec en raison de l'adoption d'un comportement fautif. En effet, les devoirs contractuels qui complètent le contenu du contrat, notamment sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, en fonction de son type, de sa nature, sont des manifestations techniques de ce que les obligations ne suffisent pas toujours à assurer l'utilité du contrat pour les parties². Le devoir a pour objectif de fixer un repère de comportement, il détermine l'attitude modèle que le contractant doit adopter lors de l'exécution du contrat. Il est l'instrument technique visant à faciliter l'exécution du contrat en orientant le comportement des parties, et permettant au juge de réguler leur attitude en vue d'assurer le maintien de l'utilité du contrat. Le comportement du contractant doit correspondre à la finalité attendue du contrat par le cocontractant. Il doit être compatible avec la lettre contractuelle. Il assure le maintien de l'utilité objective du contrat en jouant un rôle de tuteur de l'exécution des obligations contractuelles. En tant que directive comportementale, le devoir contractuel a pour finalité de permettre l'adoption d'un comportement compatible avec la bonne fin du contrat. Il vise directement à permettre au contrat d'atteindre son but.

Ce lien entre but du contrat et finalité du devoir peut être plus précisément observé à travers divers exemples de devoirs contractuels.

278. Sécurité et but du contrat. Le devoir de sécurité imposé au transporteur de personnes par la jurisprudence depuis le début du XX^e siècle illustre assez clairement le fait que le juge ne se réfère pas uniquement à la volonté des parties pour assurer l'utilité du contrat, car il est bien évident par exemple, que le passager d'un train n'aura pas voulu imposer à la SNCF une obligation de sécurité ou que le transporteur ait entendu assumer cette charge. Le juge apprécie plus globalement l'opportunité d'un comportement en vue de la bonne fin du contrat, et le devoir de sécurité traduit alors techniquement le fait qu'il est dans l'intérêt du contractant que sa sécurité soit assurée lors de l'exécution de la prestation de transport³. En effet, il est généralement avancé que le critère permettant de déterminer l'existence d'un devoir contractuel de sécurité est le fait que « *l'exécution du contrat expose le créancier à des risques particuliers de dommages auxquels les tiers ne sont pas*

¹ V. POTHIER (R.-J.), *De la vente*, Paris, 1825, n° 202.

² V. FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, thèse préc., n° 398 et s, 625 et s. : l'auteur met spécialement en évidence le lien entre la bonne foi et l'objectif d'équilibre contractuel.

³ V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, spéc. p. 345.

normalement exposés »¹. Précisément, le devoir contractuel de sécurité s'avère nécessairement lié aux conditions dans lesquelles est exécutée la prestation. Le devoir de sécurité est alors lié à l'utilité particulière du contrat. Les décisions jurisprudentielles qui reconnaissent un devoir de sécurité à la charge du débiteur à l'occasion de l'exécution de sa prestation traduisent la nécessité d'assurer l'utilité particulière du contrat pour le créancier. En effet, le contrat perd toute utilité pour ce dernier s'il subit un dommage corporel à l'occasion de l'exécution de l'une de ses obligations par le débiteur. D'ailleurs, la plupart des auteurs proposent que cette exigence contractuelle de sécurité soit reconnue dans tous les cas où l'exécution de la prestation essentielle présente un danger pour la personne du créancier². Le lien entre le devoir de sécurité et la poursuite de la bonne fin du contrat est ainsi souligné. Notamment, M. FAGES a souligné que la norme de sécurité « ajoutée » à la plupart des contrats de prestation de service par le juge vise à préserver la bonne fin du contrat, c'est-à-dire la correcte exécution de la prestation³. Le devoir de sécurité s'impose au débiteur à l'occasion de l'exécution du contrat car le but contractuel ne saurait être obtenu s'il venait à porter atteinte à l'intégrité corporelle du cocontractant. Et plus largement, aucun contrat ne saurait être utile si l'une des parties venait à subir un dommage corporel du fait du comportement du cocontractant. Ainsi, par exemple, les juges du droit ont considéré que les violences portées par une commerçante exploitant un fonds de commerce d'hôtel sur des occupants de cet hôtel justifiaient la résiliation du bail, à la demande du propriétaire de l'immeuble⁴. Cette attitude constitue pour la Haute Cour, un manquement de la contractante à son devoir d'user raisonnablement de la chose. Il ne s'agit pas d'une obligation qui est ici exigée du preneur, mais plus certainement d'une exigence de comportement. En commettant des violences sur des occupants de l'hôtel, la commerçante contrevient à son devoir de sécurité, qui veut qu'elle respecte l'intégrité physique d'autrui. En l'espèce, ce devoir n'est pas respecté. Même si ce n'est pas le cocontractant qui est victime des violences, le manquement au devoir de sécurité rejaillit sur le contrat, dont la résiliation par les juges du fond est confirmée par les juges du droit. Le devoir contractuel de sécurité a ainsi une finalité qui lui est propre et qui fait sa particularité vis-à-vis des normes issues des articles 1382, 1383, et suivants du Code civil. Il assure, en plus de la protection de la personne du contractant, la pérennité du lien contractuel.

Ce maintien de l'utilité du contrat au cours de son exécution est également la finalité du devoir contractuel de bonne foi.

¹ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 501.

² V. not. LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », in Et. P. Catala, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 543 et s. ; ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, *thèse préc.*, n° 341.

³ V. FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, *thèse préc.*, n° 570.

⁴ V. not. Cass. civ. III, 2 juill. 1997, n° 95-16632.

279. Bonne foi et but du contrat. Plus encore que le devoir de sécurité, la bonne foi exprime assez clairement l'exigence d'une exécution utile du contrat. Ce dernier ne doit pas être l'occasion de porter tort au cocontractant, même si ce tort résulte du respect scrupuleux des stipulations contractuelles. Cette contrainte implique ainsi une recherche de la meilleure exécution possible du contrat, c'est-à-dire dans le respect de la finalité du contrat¹. En effet, « *pour exécuter de bonne foi, le débiteur doit, sans s'en tenir strictement à la lettre du contrat, fournir les prestations nécessaires à l'utilité du contrat, exécuter utilement sa contrepartie, « au mieux des intérêts » de son cocontractant* »². Le comportement du contractant doit véritablement permettre la satisfaction du besoin attendu au contrat, ainsi « *c'est [...] l'utilité du contrat, sa finalité, qui fournit la référence d'une exécution de bonne foi* »³.

Cette affirmation résulte de l'observation de la jurisprudence contemporaine, dont il a été remarqué qu'elle a d'ores et déjà entrepris, en se fondant sur la bonne foi, une véritable « *œuvre de concrétisation du contrat à partir de la considération de son utilité particulière pour les parties* »⁴.

Par exemple, l'assureur à un contrat d'assurance vie multi-supports méconnaît son « *obligation d'exécuter le contrat de bonne foi* » si, en supprimant certains supports dans la poursuite de « *la préservation de ses seuls intérêts* », il prive de façon déloyale l'assuré de la possibilité de placer des fonds sur les supports en actions les plus performants, faisant ainsi « *perdre tout intérêt [...] au contrat lui-même qui était privé de la spécificité qui poussait à le souscrire* »⁵.

De même, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, la bonne foi implique à la charge de l'entrepreneur un devoir d'adapter les moyens d'exécution du contrat aux exigences du cocontractant⁶. En l'espèce il s'agissait d'une commande portant sur la peinture de cuves sans sablage. Ainsi, l'entrepreneur ne peut soutenir avoir exécuté ses obligations, s'il n'a pas appliqué « *d'autres procédés que le sablage [qui] permettaient d'obtenir le résultat escompté par son cocontractant* » (à savoir que la peinture ne décolle pas par la suite).

¹ V. not. DAUCHY (P.), « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », *art. préc.* ; *adde* GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 288.

² V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, n° 332 ; *adde* jurisprudence citée en n. 104 (Cass. civ. I, 11 juin 1996, *préc.* ; déjà Cass. civ., 28 nov. 1905, *D.*, 1909, I, 193, un transporteur doit choisir l'itinéraire le plus court ; Cass. Req., 19 janv. 1925, *DH*, 1925, 77, un électricien, le branchement le plus court.).

³ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, n° 332 ; *adde* JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, n° 163 : « *est de bonne foi au sens de l'article 1134, al. 3 le contractant dont le comportement effectif est en harmonie avec le but assigné à la convention* ».

⁴ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 3.

⁵ V. Cass. civ. II, 8 nov. 2007, n° 06-19765.

⁶ V. Cass. com., 31 mars 1992, *RJDA*, 1992, n° 552, p. 447, *RTD Civ.*, 1992, 760, obs. MESTRE (J.).

La chambre sociale de la Cour de cassation a également pu énoncer à l'aide d'un attendu de principe que « *la loyauté, qui doit présider aux relations de travail, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute* »¹. Ainsi, l'employeur qui met délibérément le salarié dans l'impossibilité d'exécuter son travail, et qui provoque donc la perte d'utilité du contrat tant pour lui que pour le cocontractant, manque à l'exécution de bonne foi du contrat de travail².

Le but contractuel variant d'un type de contrat à l'autre, le devoir de bonne foi est alors plus ou moins exigeant selon la nature du contrat, la qualité du contractant, la durée des relations unissant les parties, etc. Il est vrai que « *difficilement perceptible dans le contrat-permutation tant ce modèle lie des intérêts contraires, la proposition prend en revanche, toute sa signification dans le contrat-coopération [en vertu duquel] les parties s'engagent à enchaîner leurs prestations de manière à mettre utilement en relation leurs actifs complémentaires* »³. Par exemple, le contrat d'édition, qui est un contrat-coopération⁴, implique à la charge des parties un comportement compatible avec le maintien de la relation de confiance créée entre l'éditeur et l'auteur. Manque alors à ce devoir, en ce qu'il ne préserve pas les intérêts dont l'auteur lui a confié la charge, l'éditeur qui opère des prélèvements injustifiés et occultes à l'occasion de la négociation des droits de l'auteur à l'étranger afin d'en tirer des profits illégitimes⁵.

Pareillement, un mandat d'intérêt commun implique une « *obligation de loyauté, essentielle* » du mandataire à l'égard du mandant, même en l'absence de relations d'exclusivité, « *ce qui implique, conformément à l'article L. 134-3 du Code de commerce, de l'informer* », le comportement inverse constituant « *une faute grave de nature à provoquer la rupture du contrat* »⁶.

Ainsi, l'exigence de bonne foi est toujours considérée par référence à l'acte dans lequel elle s'insère. « *Elle ne saurait [...] être appréciée abstraction faite de cette convention* »⁷. C'est le but poursuivi par les parties qui vient justifier la portée des contraintes qui s'imposent à elles pour l'atteindre.

280. Exercice non abusif d'un droit et but du contrat. Quand ils condamnent le comportement du contractant dans l'exercice de sa prérogative sur le chef de l'abus, les juges

¹ V. Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 89-41052.

² V. Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-42210, Bull. civ. V, n° 169.

³ V. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, thèse préc.*, n° 437.

⁴ V. *Ibid.*, n° 119 et s.

⁵ V. CA Paris, 1^{re} ch. G., 9 sept. 1998, *SA Dargaud éditeur c/ Uderzo et a.*, JCP G, 1999, II, 10181, note LUCAS (A.) ; Cass. civ. I, 11 janv. 2000, n° 98-20446.

⁶ V. Cass. com., 15 mai 2007, *préc.*

⁷ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, n° 164.

font presque toujours référence dans leur visa à l'article 1134, al. 3 du Code civil¹. Il est ainsi vrai qu'« *un lien très intime existe entre la bonne foi et l'abus de droit* »². L'abus de droit est précisément une manifestation spéciale de l'exigence plus large de bonne foi, qui sert depuis plusieurs années de fondement pour la sanction de l'usage excessif ou illégitime d'un droit par un contractant³. L'abus de droit a fait l'objet de célèbres controverses, tant relatives à la réalité du concept⁴, qu'à sa définition⁵. Pour autant, la théorie de l'abus de droit a été abondamment utilisée par les tribunaux depuis le XIX^e siècle⁶. A l'origine développée en droit des biens, notamment comme limite au droit de propriété, cette théorie a depuis été employée en jurisprudence dans d'autres domaines, et trouve aujourd'hui particulièrement matière à s'épanouir en droit des contrats⁷. Son développement en ce domaine s'explique notamment du fait que le contenu du contrat s'est diversifié, et qu'il est de plus en plus le réceptacle de clauses octroyant à l'une des parties au contrat le pouvoir d'influer de manière unilatérale sur la situation contractuelle⁸. En effet, la notion d'abus de droit s'avère d'autant

¹ V. not. Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 espèces), *arrêts préc.* ; CA Paris, 24 oct. 2000, *préc.* : « *l'obligation de bonne foi implique que chaque partie s'abstienne de tout abus* ». C'est également le cas de la jurisprudence belge, V. not. Cass. belge, 19 sept. 1983, *Pas.*, 1984, I, 55 : « *Le principe de l'exécution de bonne foi consacré par l'article 1134 du Code civil interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci* » ; *adde* VAN OMMESELAGUE (P.), « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, spéc. n° 19 et s., p. 899 et s.

² V. CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », *Rép. Civ. D.*, juin 2015, n° 81 ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 62 et s. Pour une même observation en droit belge, V. not. STIJNS (S.), « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? *Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels* », *JT*, 1990, p. 33 et s. ; *adde* FONTAINE (M.), « Portée et limites du principe de la convention-loi », *art. préc.*, spéc. p. 179 et s.

³ V. not. CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », *art. préc.* ; *adde* BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », *art. préc.*, spéc. p. 297 ; ANCEL (P.), « critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, p. 30 et s. ; FAGES (B.), « L'abus dans les contrats de distribution », *cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, p. 11 et s.

⁴ Selon Marcel PLANIOL et Georges RIPERT les notions de droit et d'abus sont antinomiques, V. PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 871 ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 91. Tandis que Louis JOSSERAND a pu défendre le principe de la relativité des droits, V. JOSSERAND (L.), *De l'abus des droits, op. cit.* ; *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'Abus des droits*, 2^e éd., D., 1939.

⁵ Sur la discussion entre le critère subjectif (intention de nuire) et le critère objectif (exercice antisocial du droit) de l'abus de droit, V. not. CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », *art. préc.*, n° 25 et s. ; *adde* GHESTIN (J.), « L'abus dans les contrats », *GP*, 20 août 1981, *doct.*, p. 379 s. ; MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *art. préc.*, spéc. p. 232 et s.

⁶ V. not. *L'abus dans le droit des affaires*, (ss. dir. de) J. Mestre, dossier *Dr. et patr.*, n° 83, juin 2000, p. 37 et s.

⁷ Mais même réduite au domaine du droit des contrats, la notion d'abus reste vaste. En effet « *depuis une vingtaine d'années, la qualification d'abus se multiplie dans toutes les directions* » (STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 2). D'une part, il est possible de relever un accroissement important des références à l'abus par la jurisprudence à tous les stades de la relation contractuelle (c'est ainsi qu'ont été sanctionnées les ruptures abusives des pourparlers, l'abus par déloyauté dans l'exécution du contrat, ou encore l'abus post-contractuel dans l'invocation d'une clause de non-concurrence), et d'autre part, le législateur a consacré la notion de clause abusive à l'art. L. 132-1 C. consom. Cependant, ces différentes utilisations du terme ne correspondent pas toujours à une même réalité : il s'agit parfois de sanctionner un abus de liberté et non l'exercice d'un droit.

⁸ V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*, spéc. n° 7 et 8. Sur l'étude du phénomène de l'unilatéralisme en matière contractuelle, V. not. *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (ss. dir. de) D. Mazeaud et Ch. Jamin, Paris, Economica, 1999 ; ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, thèse préc.* ; LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les*

plus nécessaire en matière contractuelle que le contrat, acte pourtant par essence bilatéral, est aujourd'hui le siège d'un phénomène d'unilatéralisme, porteur d'éventuels excès. L'unilatéralisme désigne les hypothèses dans lesquelles l'un des contractants va pouvoir, par la manifestation de sa seule volonté, apporter une modification relative à la relation contractuelle, et donc à la situation du cocontractant. Le phénomène de l'unilatéralisme dans le contrat est alors clairement à rapprocher de celui de la potestativité du droit. Précisément, il a été vu que le contrat peut contenir des droits potestatifs, c'est-à-dire des droits qui confèrent le pouvoir à l'une des parties de modifier une situation juridique, sans que le cocontractant ne puisse faire autre chose que de se soumettre à cette volonté¹. Ces droits peuvent concerner tant la manifestation de la volonté de contracter – tels sont les exemples du droit de repentir, de renonciation, ou de la clause d'essai – que les conditions d'exécution du contrat – il en va ainsi par exemple de la clause de fixation unilatérale du prix, ou de la clause d'agrément – que les modalités liées à la fin de la relation contractuelle – par exemple, le droit d'invoquer la clause résolutoire. L'un des points communs entre les différents droits potestatifs est qu'ils s'exercent par un acte unilatéral de volonté de leur titulaire.

Or, cette capacité d'un seul à émettre une décision impactant la situation du cocontractant fait l'objet de méfiance en droit des contrats. En effet, « *acte unilatéral et contrat sont traditionnellement conçus comme opposés* »². De plus, il est généralement craint que le titulaire de l'avantage en question n'exploite à outrance sa position de supériorité et perturbe ainsi l'équilibre de l'accord initial³. Car, « *si unilatéral n'est pas synonyme d'arbitraire, il est une voie grande ouverte à l'opportunisme* »⁴.

C'est pourquoi il est généralement avancé qu'il faut des limites à l'unilatéralisme dans le contrat⁵, c'est-à-dire des conditions encadrant l'exercice des droits potestatifs intégrés dans

transformations du droit privé des rapports contractuels, thèse préc. Il est cependant à noter que la jurisprudence semble depuis peu porter un frein à l'encadrement de l'exercice d'une prérogative contractuelle par le recours à la notion de bonne foi, considérant certains droits comme relevant d'un usage discrétionnaire pour leur titulaire. En ce sens, V. not. Cass. civ. II, 25 févr. 2010, n° 09-11352, *RDC*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 814 obs. LAITHIER (Y.-M.) : « *l'exercice de cette faculté [de renonciation] est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise* » ; 7 mars 2006, Bull. civ. 2006, II, n° 63 ; 10 juill. 2008, Bull. civ. 2008, II, n° 177 ; 9 juill. 2009, Bull. civ. 2009, II, n° 189 ; 4 févr. 2010, *JCP G*, 2010, 428, obs. KULLMANN (J.).

¹ V. *supra*, n° 221 et s.

² V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 390 (l'auteur cite MARTIN de la MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral : Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, S., 1951).

³ Le thème de l'équilibre contractuel est au cœur de la question de l'unilatéralisme dans le contrat : V. *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.* ; ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, thèse préc.*, n° 5.

⁴ V. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc.*, n° 1254.

⁵ V. not. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 21 et s. : « *L'unilatéralité ne peut rester pure dans le contrat comme elle l'était dans le temps de l'avant-contrat car elle doit subir la loi contractuelle de la commutativité* » ; adde JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 87 et s.

l'acte¹. Ceci justifie que les prérogatives diverses dont dispose le contractant soient contrebalancées par les différentes contraintes qu'implique également le contrat et qui permettent d'assurer la fonction d'équilibre associée à cet acte juridique².

Or, en tant qu'il « *fait partie de ces mécanismes correcteurs généraux du droit* »³, et qu'il suppose nécessairement l'existence d'un droit, l'abus de droit est justement utilisé par la jurisprudence comme fondement de la sanction d'un usage excessif ou détourné de tout droit⁴, et spécialement d'un droit potestatif⁵. La doctrine relève ainsi régulièrement la capacité de cette notion à permettre un contrôle de l'unilatéralisme dans le contrat. En tant qu'elle est comprise dans l'accord conclu par les parties, « *il existe une attente légitime que la prérogative créée soit mise au service de l'opération contractuelle* »⁶.

Plus largement, l'abus de droit est la manifestation de la bonne foi dans sa fonction « limitative », qui impose au créancier de ne pas exiger plus que ce qui lui suffit, et de ne pas nuire au débiteur en exerçant son droit. En effet, le débiteur qui se verrait contraint à des sacrifices non nécessaires au regard de la bonne poursuite de l'objectif contractuel perdrait tout intérêt à la relation contractuelle. La sanction de l'abus renvoie ainsi directement à l'objectif d'assurer la bonne poursuite de la relation contractuelle⁷. Le fait que l'opération soit perturbée par l'exercice d'une clause de pouvoir traduit un abus qui doit justifier une sanction proprement contractuelle. Le lien entre l'exercice abusif d'un droit contractuel et l'atteinte portée à l'utilité du contrat pour le cocontractant se traduit d'ailleurs parfois concrètement par le prononcé de la résolution du contrat⁸.

Le devoir de ne pas commettre d'abus dans l'invocation de son droit contractuel permet ainsi, au-delà de la stricte exécution des obligations, d'encadrer, de diriger le comportement du contractant, afin d'assurer la préservation de l'utilité du contrat.

Un même lien peut être mis au jour entre le devoir de renégocier un contrat devenu déséquilibré par l'effet d'un changement de circonstances, et l'objectif de préservation de son utilité.

281. Renégociation et but du contrat. Le devoir de renégocier traduit très clairement le lien qui existe entre le devoir et la recherche du maintien de l'utilité du contrat. Déjà DEMOGUE remarquait en son temps que « *le contrat étant chose vivante et non pas*

¹ V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 390 et s.

² V. GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 314.

³ V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Et. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s., spéc. p. 321 et s.

⁴ Sur la distinction entre l'abus par déloyauté et l'« abus par détournement », V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* ; HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 404 et s.

⁵ V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*, spéc. n° 18 et s.

⁶ V. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 410.

⁷ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, n° 332, spéc. n. 105 et 106.

⁸ V. *infra*, n° 581 et s.

pétrifiée, il doit s'adapter aux circonstances nouvelles pour que le but du contrat soit atteint »¹. Et précisément, le devoir de renégocier se présente comme l'instrument technique permettant cette adaptation du contrat à l'évolution des circonstances. Il est le moyen permettant au contrat de conserver un certain équilibre et donc son intérêt pour chaque partie. En effet, une telle exigence de comportement vise directement à permettre la pérennité du lien contractuel en s'assurant de son adaptation face à l'imprévu. Le devoir de renégocier permet que le contrat puisse perdurer dans des conditions supportables pour le débiteur et non qu'il soit définitivement voué à l'échec en raison de l'impossibilité pour ce dernier d'exécuter ses obligations sans se ruiner². Ainsi, l'opposition à la renégociation, c'est-à-dire le manquement au devoir de renégocier est un comportement clairement incompatible avec la poursuite du but contractuel³. Or, précisément ce devoir a pu être imposé par la jurisprudence au contractant, tantôt sur le fondement de la bonne foi⁴, tantôt sur celui de la cause⁵. Au surplus, il est sur ce point assez évocateur que l'Avant-projet CATALA se fonde précisément sur la perte d'intérêt du contrat pour permettre au contractant de demander au juge une renégociation⁶. Cela témoigne assez concrètement du fait que ce devoir particulier a pour finalité directe de faire en sorte que le contrat conserve son intérêt en dépit de l'évolution des circonstances extérieures impactant son économie initiale. En tant que manifestation spécifique du devoir de coopération, le devoir de renégocier un contrat devenu déséquilibré impose aux parties « *d'adapter le contenu du contrat de telle sorte qu'il puisse servir utilement les intérêts économiques des partenaires* »⁷.

282. Le caractère non décisif de la critique relative au risque d'arbitraire du juge. Il est parfois fait critique, en doctrine, du risque d'arbitraire lié au pouvoir accordé au juge quant à la sanction des comportements contractuels sur le terrain de la bonne foi, et plus

¹ V. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 21 ; adde « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD Civ.*, 1907, p. 261 et s. ; DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, thèse préc., p. 124 et s. Il faudrait ajouter à cela l'hypothèse où la modification unilatérale par un contractant d'un élément affectant l'économie initiale du contrat viendrait perturber son utilité pour l'autre partie. Cela doit pouvoir justifier que s'impose à lui un devoir d'en renégocier les termes avec l'autre partie. C'est précisément ce qu'a admis la jurisprudence dans l'arrêt Huard : V. Cass. com., 3 nov. 1992, préc.

² V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 38 : « *il suffirait d'admettre que tout changement de circonstances retirant toute utilité au contrat pour l'une des parties, ou rendant cette utilité dérisoire, impose une obligation d'adaptation* ».

³ V. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc., n° 797 et s., spéc. n° 798 : « *Plutôt que de rester sur un constat de blocage et résilier la convention, la bonne foi commande aux parties de négocier afin d'adapter leur contrat à la conjoncture nouvelle. Partant, la bonne foi se place au service du but contractuel* ».

⁴ V. not. Cass. com., 24 nov. 1998, préc. ; CA Nancy, 26 sept. 2007, préc.

⁵ V. not. Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *JCP G*, 2010, 1056, FAVARIO (T.) ; comp. Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29453, *RDC*, 2014, p. 345, note LAITHIER (Y.-M.) ; *JCP G*, 27 oct. 2014, 1116, n° 44, p. 1970 et s. note GHESTIN (J.) ; *JCP E*, 14 mai 2015, 1224, n° 20, p. 19 et s., ét. DELANGLE (Ch.).

⁶ V. art. 1135-2 et 1135-3 ; CATALA (P.), « La renégociation des contrats », in *Et. P. Didier*, *Economica*, 2008.

⁷ V. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse préc., spéc. n° 453.

largement, d'un certain sentiment de désordre face à la « découverte » foisonnante des divers devoirs contractuels par la jurisprudence, clairement détachés de la volonté des parties. Nombreux sont les auteurs qui redoutent en cela une grave remise en cause du principe de sécurité juridique. Si cette critique est *a priori* légitime, elle se heurte toutefois, selon nous, à trois limites importantes.

Tout d'abord, GOUNOT a très justement pu souligner le fait que c'est une illusion de croire qu'il soit possible de se passer de l'arbitraire du juge¹. Ce dernier n'est pas une machine appliquant froidement la loi, mais un être doté de raison et de sensibilité. Ainsi, une certaine dose d'imprévu, d'aléa s'attache nécessairement à ses décisions. L'important n'est donc pas d'éradiquer l'arbitraire de l'homme qui tranche un conflit – chose qui est impossible – mais de « *limiter et [...] discipliner cet arbitraire* »².

Ensuite, il semble, au regard de la jurisprudence rendue, que le juge ne fasse pas un recours excessif aux diverses exigences comportementales évoquées³, et la Cour de cassation a d'ailleurs aujourd'hui plutôt tendance à réfréner les recours à la bonne foi⁴.

Enfin, même à supposer qu'il n'y ait pas une telle modération de la part du juge, la crainte relative à son arbitraire peut être justement apaisée si l'on veut bien accepter que l'utilité du contrat puisse constituer un repère objectif permettant d'encadrer les interventions du juge relatives à la sanction des devoirs contractuels. En effet, l'arbitraire du magistrat peut être préservé par le recours à cette idée de but inhérent au contrat. Or, il est une notion propre à la théorie du contrat qui est à même de rendre compte de la dimension finaliste de l'acte juridique : il s'agit de la cause. En effet, la notion de cause permet d'appréhender juridiquement le but du contrat.

283. La cause comme traduction juridique du but contractuel. Le devoir étant un moyen permettant de favoriser la bonne poursuite du but contractuel, son manquement peut être révélé lorsque ce but n'est pas atteint, c'est-à-dire lorsque le contrat n'a plus de cause au stade de son exécution. La notion de cause peut, en effet, être proposée comme instrument de contrôle de l'observation du devoir contractuel. La cause du contrat offre un repère technique pour le contrôle opéré par la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond, en tant que critère d'appréciation du manquement au devoir contractuel.

¹ V. GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse préc., p. 216 et s.

² V. *Ibid.*

³ V. MAZEAUD (D.) « La cause », in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, D., 2004, p. 451 et s.

⁴ Ce recul s'est par exemple manifesté à travers le tempérament apporté à la bonne foi précontractuelle avec l'arrêt Baldus du 3 mai 2000 (V. Cass. civ. I, 3 mai 2000, n° 98-11381, Bull. civ. I, n° 131), et l'exclusion de la bonne foi post-contractuelle par un arrêt de 2005 (V. Cass. civ. III, 14 sept. 2005, *préc.*). Au stade de l'exécution du contrat, ce recul de l'exigence de bonne foi est clairement traduit par la jurisprudence « Les Maréchaux » de 2007 (V. Cass. com., 10 juill. 2007, *préc.*).

§2- La cause comme instrument de contrôle de l'observation du devoir

284. L'observation du devoir ou la préservation de la cause du contrat lors de son exécution. La cause, qui est l'instrument juridique par excellence permettant d'insuffler de la morale dans le contrat¹, n'est pas sans lien avec la caractérisation de devoirs contractuels qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat. Quelques observations préliminaires sur la notion de cause (A) permettront de démontrer par la suite qu'en tant qu'il a pour objectif la réussite du but contractuel, le devoir vise directement le maintien de la cause du contrat tout au long de son existence. Cette dernière apparaît alors comme étant un critère utile pour le juge afin qu'il contrôle l'observation du devoir (B).

A- La notion de cause

285. Évolution historique de la notion de cause. Si la notion de cause était connue du droit romain², il semble que le recours qui y était fait revêtait déjà à cette époque une certaine complexité. En effet, Henri CAPITANT a souligné que la « *causa* » pouvait être comprise de quatre manières différentes³. Le contrat ayant, en droit romain, un caractère formaliste et strict, la notion de cause y désignait le plus souvent la cause efficiente, c'est-à-dire l'élément générateur de l'obligation, à savoir l'acte juridique⁴. Mais elle a tout de même été également comprise dans son sens de cause finale, comme but de l'engagement⁵.

Reprise par le droit canon, la notion de cause, clairement entendue dans son sens finaliste, a été utilisée comme instrument de moralisation et d'équité dans les relations contractuelles, cette notion permettant au juge de vérifier l'équivalence de l'obligation à exécuter, ainsi que la conformité du but recherché par les parties avec la morale chrétienne⁶.

Au XVI^e siècle, DOMAT a proposé une systématisation de la notion de cause, en mettant en lumière le lien existant entre la cause et le type de contrat, la cause étant toujours la même dans les contrats de même espèce⁷. Cette théorie a pu être reprise et affinée par la suite,

¹ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 335 : selon ces auteurs, les tribunaux font « usage de la cause afin de faire régner un minimum de justice et de moralité au sein des contrats ».

² V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 40 et s.

³ V. thèse préc., n° 56.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 333.

⁵ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 56 : Tantôt le terme de « *causa* » visait l'exécution de l'obligation de l'une des parties dans les contrats synallagmatiques non consensuels, tantôt il désignait spécialement en matière de libéralité l'*animus donandi*, et pouvait parfois révéler plus généralement le but visé par celui qui accomplissait l'acte.

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 335.

⁷ V. not. BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, op. cit., p. 136 et 137 ; adde STARK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations*, t. 2 : *Le contrat*, Litec, 6^e éd., 1998, p. 297, n° 822 : « la cause varie selon les contrats, elle ne varie pas selon les contractants » ; MARTY (G.) et

et a notamment permis d'affirmer, dans le cadre spécifique des contrats synallagmatiques que l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre¹. Par ailleurs, DOMAT a construit une distinction entre la *causa remota*, c'est-à-dire la cause lointaine, qui ne doit pas être prise en compte par le juge, et la *causa proxima*, qui est le mobile immédiat et direct, que seul le juge doit analyser². Cette distinction entre la cause et le motif sera reprise par POTHIER³. La théorie classique de la cause est ainsi marquée d'une volonté de limiter la prise en compte des mobiles, pour se cantonner à l'appréhension de la cause de manière objective et abstraite⁴.

Codifiée en 1804 aux articles 1108 et 1131 à 1133 du Code civil⁵, et posée comme condition de validité du contrat, la cause n'en a pas moins conservé son « *caractère énigmatique* »⁶, le Code n'en proposant aucune définition⁷. Il est vrai que celle-ci s'avère particulièrement non aisée⁸. Néanmoins, « *sur un point au moins, la théorie de la cause génère un consensus : la cause dont traitent les articles 1108 et 1131 à 1133 du Code civil est la cause finale* »⁹.

À la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e siècle, un fort courant anticausaliste a plaidé pour la suppression de cette notion arguant, notamment, de son inutilité en raison du fait qu'elle recouperait les notions d'objet ou de consentement¹⁰. La notion a toutefois survécu et de nombreuses théories ont été construites afin de justifier techniquement ce concept controversé et spécifique au droit français¹¹.

C'est une théorie dualiste de la cause qui est aujourd'hui majoritairement reconnue en doctrine. En vertu de cette théorie, il conviendrait de distinguer la « cause de l'obligation », ou « cause objective », correspondant à la conception classique de la notion et servant à apprécier l'existence de la cause, de la « cause du contrat », ou « cause subjective », qui

RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. 2, *op. cit.*, n° 173, p. 157 : la cause est ainsi « *l'avantage de chaque partie dans les contrats à titre onéreux, les obligations réciproques dans les contrats synallagmatiques ou une prestation préalable dans les contrats unilatéraux ou enfin « l'animus donandi » dans les actes à titre gratuit* ».

¹ V. not. DEMOLOMBE (Ch.), *Cours de Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 330.

² V. DOMAT (J.), *Lois civiles dans leur ordre naturel*, l. 2, t. 1, Paris, 1767, sect. 1, n° 5.

³ V. POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 42 et s., p. 24.

⁴ Sur cette analyse, V. PIETTE (G.), *La correction du contrat, thèse préc.*, n° 499 et s.

⁵ Ces articles posent la double exigence d'existence et de licéité de la cause.

⁶ V. MAZEAUD (D.), « La cause », *art. préc.*

⁷ V. *Ibid.*, spéc. n° 2.

⁸ V. *Ibid.*

⁹ V. PIETTE (G.), *La correction du contrat, thèse préc.*, n° 495.

¹⁰ V. not. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, n° 1037. Ce courant trouve sa source dans la théorie d'un auteur belge : ERNST (A.-N.-J.), « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? », *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, t. 1, 1826, p. 250 et s. ; Pour un exposé des arguments principaux de la théorie anticausaliste, V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse préc.*, n° 135.

¹¹ Pour un exposé de ces théories modernes de la cause, V. PIETTE (G.), *La correction du contrat, thèse préc.*, n° 505 et s.

désigne le motif ayant déterminé chaque partie à contracter et qui sert à apprécier la licéité de la cause¹.

Mais l'évolution moderne de la notion de cause semble relativiser cette analyse dualiste.

286. Évolution moderne de la notion de cause. Depuis quelques dizaines d'années, la jurisprudence s'est véritablement emparée de la notion de cause au point de lui donner de multiples applications, qui ne lui étaient pas classiquement reconnues. En effet, depuis la fin du XX^e siècle, les juges se servent de la cause comme d'un instrument de contrôle de l'utilité du contrat², ainsi que de sa cohérence³. À travers ces différentes décisions, il apparaît que « *les tribunaux se montrent attentifs à l'intérêt effectif que présente le contrat pour chacun de ses auteurs ; et ils n'hésitent plus à en prononcer l'annulation ou la correction, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, si cet intérêt fait défaut* »⁴.

Cette évolution récente de la notion de cause a provoqué des réactions très diverses en doctrine, qui révèlent d'ailleurs le lien fort qui existe entre la notion de cause et la philosophie du contrat⁵. En effet, cette notion trouve une « *dimension politique, voire idéologique* »⁶. Aussi, les auteurs qui ne voient pas en la volonté le fondement unique et décisif de la force obligatoire du contrat⁷, et qui mettent en avant l'exigence de justice contractuelle⁸ vont généralement reconnaître le bienfondé des dernières décisions jurisprudentielles qui donnent une plus grande portée à la notion de cause, et redouter sa très probable disparition future⁹. En revanche, les auteurs qui sont attachés à la théorie volontariste, et qui défendent avant tout le

¹ V. MAZEAUD (H., L. et J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 253 et s. Cette théorie aurait trouvé sa consécration jurisprudentielle dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation : V. Cass. civ. I, 12 juill. 1989, *D.*, 1989, IR, 216 ; *JCP G*, 1990, II, 21546, note DAGORNE-LABBÉ (Y.) ; *RTD Civ.*, 1990, 468, obs. MESTRE (J.) ; *Defr.* 1990, art. 34750, p. 358, obs. AUBERT (J.-L.).

² V. not. Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. civ. III, n° 338 ; 21 déc. 1981, Bull. civ. IV, n° 450 ; Cass. civ. I, 16 déc. 1997, *JCP G*, 1998, II, 10018, concl. SARGOS (P.) ; *D.*, 1998, jur., 287, note LAMBERT-FAIVRE (Y.) ; Trib. mixte com. Basse Terre, 17 mars 1993, *D.*, 1993, jur. 449, note DIENER (P.) ; *RTD Civ.*, 1994, 95, obs. MESTRE (J.) ; *D.*, 1994, chr. 347, note DIENER (P.) ; *D.*, 1995, chr. 34, obs. MESTRE (J.) ; Cass. civ. I, 3 juill. 1996, n° 94-14800, *D.*, 1997, jur. 500, note REIGNE (Ph.) ; *RTD Civ.*, 1996, 903, obs. MESTRE (J.) ; *JCP G*, 1997, I, 4015, obs. LABARTHE (F.) ; *Defr.* 1996, p. 1015, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452.

³ V. not. Cass. com., 22 oct. 1996, *préc.* ; 5 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 157 ; 18 déc. 2007, Bull. civ. n° 265 ; 29 juin 2010, n° 09-11841.

⁴ V. PIETTE (G.), *La correction du contrat, thèse préc.*, n° 561.

⁵ V. not. WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes, op. cit.*, p. 107 et s., spéc. n° 3 ; *adde* « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.*, 2015, p. 1557.

⁶ V. MAZEAUD (D.), « La cause », *art. préc.*, n° 6.

⁷ V. not. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse préc.* ; *adde* WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, thèse préc.*

⁸ V. not. MAZEAUD (D.), « La cause », *art. préc.*

⁹ V. not. MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291 et s., n° 9 ; *adde* « La cause, une notion dans le vent », *D.*, 2013, n° 10, p. 686 et s. ; GÉNICON (T.), « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC*, oct. 2013, p. 1321 et s.

principe de liberté contractuelle, vont avoir tendance à cantonner la cause dans son rôle classique, à savoir en tant qu'instrument de contrôle de l'existence d'une contrepartie à l'obligation¹, voire à plaider pour sa disparition pure et simple du droit français². Ce dernier souhait trouvera *a priori* satisfaction avec l'adoption du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

287. Le projet de suppression de la cause du Code civil. La notion de cause, qui a survécu jusqu'à présent en droit français, est aujourd'hui clairement menacée. Elle l'est par l'eupéanisation du droit des contrats, car il s'agit d'une particularité du droit français qui est, « à de très rares exceptions près [...] ignorée par les autres systèmes juridiques »³. Ainsi, ni les *Principes du droit européen du contrat*, élaborés par la Commission Lando, ni l'*avant-projet du Code européen des contrats* ne reprennent la notion de cause⁴. Par ailleurs, la perspective d'harmonisation européenne du droit des contrats, ajoutée aux critiques d'une partie de la doctrine jugeant la cause passéiste, trop complexe et donc source d'insécurité, voire inutile au regard de l'existence d'autres instruments permettant de protéger la partie faible au contrat⁵, a influencé les rédacteurs du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, qui ont évacué la cause des conditions de validité du contrat⁶. En effet, en vertu de l'article 1127 du projet, « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ». Les notions d'objet et de cause sont fondues dans l'expression nouvelle de « contenu licite et certain » du contrat. Si l'objet réapparaît par la suite, le mot « cause » est, quant à lui, totalement exclu⁷.

Pourtant, cette suppression serait, pour une large part, davantage formelle que substantielle, car l'empreinte de la cause est particulièrement forte dans le projet⁸. De l'aveu

¹ V. not. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, thèse préc.*, n° 57 et s.

² V. not. AYNÈS (L.), « La cause, inutile et dangereuse », *dr. et patr.*, oct. 2014, p. 40 et s.

³ V. MAZEAUD (D.), « La cause », *art. préc.*, n° 5.

⁴ V. MAZEAUD (D.), « La commission Lando : Le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 2001, p. 141 et s. ; CERMOLACCE (A.), « Questions non traitées », in *Regard croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 239 et s. ; MAZEAUD (D.), « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats*, (ss dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, D., 2003, p. 81 et s.

⁵ Sur l'exposé des arguments à l'appui de la suppression de la cause et leur critique, V. BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 12 févr. 2015, n° 6, p. 335 et s.

⁶ Déjà sur les oppositions dans les avant-projets de réforme doctrinaux, V. not. BOUCARD (H.), « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 27 et s., spéc. n° 6 et s.

⁷ V. art. 1162 et s. du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁸ V. not. WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *art. préc.*

même de ses rédacteurs, la cause y serait toujours sous-entendue¹. Plusieurs de ses fonctions sont clairement maintenues. Tout d'abord, ses fonctions traditionnelles sont conservées à travers la prise en compte de « *la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage* » dans les contrats à titre onéreux, à l'article 1167², et le contrôle de la licéité du contrat qui « *ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but* », à l'article 1161³. Ensuite, un article 1168 viendrait consacrer la solution de la célèbre jurisprudence Chronopost⁴, qui a contribué à la mise au jour de l'intérêt de la cause quant au contrôle de la cohérence interne du contrat⁵. Aussi, en raison de la consécration de ces règles, la référence à la cause ne saurait véritablement disparaître : elle sera toujours conservée par les auteurs soucieux de revenir sur l'explication du fondement technique de ces dispositions.

Il est néanmoins vrai que les autres avancées permises sur le fondement de la cause, notamment son rôle au stade de l'exécution du contrat, seraient probablement abandonnées si ce projet venait à être adopté⁶. La disparition d'une notion au si riche potentiel apparaît ainsi particulièrement regrettable.

288. Une suppression non souhaitable. Tant d'un point de vue de politique que de technique juridique, la suppression de la cause n'est pas chose souhaitable⁷.

En premier lieu, l'argument de politique juridique selon lequel le droit français serait, grâce à la suppression de la cause, davantage attractif auprès des pays étrangers peut être discuté puisqu'il y aurait une certaine incohérence à se séparer, pour une telle raison, d'une notion qui est un véritable symbole de la culture civiliste hexagonale, et qui a été de ce fait adoptée dans d'autres systèmes juridiques⁸. De plus, la cause présente l'atout de construire un

¹ V. art. 8 L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures autorisant le Gouvernement à réformer le droit des obligations par ordonnance : « *Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de « cause » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence* ».

² V. art. 1167 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

³ V. art. 1161 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁴ V. Cass. com., 22 oct. 1996, *préc.*

⁵ V. art. 1168 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

⁶ V. not. MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *art. préc.*, n° 8.

⁷ En ce sens, V. not. *Ibid* ; adde BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.* ; WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *art. préc.*

⁸ En ce sens, V. not. WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *art. préc.*, n° 2 ; adde BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, n° 12.

pont entre le droit privé et le droit public, aussi sa suppression risque-t-elle de nuire aux échanges entre ces deux branches du droit interne¹.

En second lieu, et d'un point de vue technique, l'éradication de la cause du Code civil poserait plusieurs difficultés. Tout d'abord, la cause a mené à des solutions nouvelles qui sans elle, ne seraient pas aujourd'hui consacrées dans le projet de réforme. Par sa souplesse et sa capacité d'adaptation, cette notion technique a permis des avancées certaines quant à la protection du contractant en situation de faiblesse². Aussi, son remplacement par des concepts soit trop étroits – la contrepartie convenue ne correspond qu'au schéma du contrat à titre onéreux et commutatif – soit pas assez largement utilisés – le concept de but est suffisamment englobant mais sa place serait *a priori* réduite à la question de la licéité du contrat lors de sa formation – laisse craindre pour l'avenir un appauvrissement de la créativité jurisprudentielle et un risque d'inflation législative en compensation du cloisonnement opéré³. D'ailleurs, et ensuite, la simplification souhaitée ne serait qu'apparente, car l'utilisation de la notion de but pourrait tout aussi bien mener à des discussions et à des propositions d'ouverture⁴. En effet, tout comme la cause issue de l'article 1131 du Code civil a été interprétée comme dépassant le stade de la validité du contrat, et notamment comme étant un concept explicatif de mécanismes attachés à l'exécution, rien n'interdit de penser qu'un potentiel similaire puisse être attribué à l'avenir à la notion de but qui la remplace dans l'article 1161 du projet. Le but, comme l'intérêt, sont des termes suffisamment larges pour rendre compte des diverses fonctions de la cause finale⁵. En effet, et enfin, c'est parce que l'idée de fin est consubstantielle à celle d'engagement que les rédacteurs n'ont pas pu échapper à la référence au but du contrat : les hommes s'engagent en vue d'un certain résultat, d'un certain objectif⁶. La cause, comprise comme le but poursuivi, est une donnée essentielle à la compréhension du phénomène contractuel. Elle offre une clé de lecture du fondement obligatoire du contrat.

289. La cause comme notion explicative du fondement du contrat. La volonté dispose d'une compétence créatrice certaine en matière contractuelle. Elle est une « *condition de base* » de l'existence du contrat⁷. Mais si la rencontre des volontés des parties permet la

¹ V. not. CHÉNEDÉ (F.), « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », CCC, 2008, ét. 11 ; *adde* BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, n° 12.

² V. not. BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, n° 9

³ V. not. MAZEAUD (D.), « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *art. préc.*, n° 9 ; BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, n° 14.

⁴ V. not. WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *art. préc.*, n° 10 et s.

⁵ V. not. BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *art. préc.*, n° 9 : « le but, n'est-ce pas la cause ? ».

⁶ V. not. WICKER (G.), « La suppression de la cause et les solutions alternatives », *art. préc.*

⁷ V. RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse préc., p. 6 ; *adde* GHESTIN (J.), « Avant-propos », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 1 et s. : « Les volontés sont le « moteur », l'élément subjectif dynamique sans lequel le contrat ne peut naître ».

création du contrat, c'est uniquement parce que le droit objectif, c'est-à-dire des règles juridiques supérieures, le permettent¹. L'expression de la subjectivité des contractants demeure sous le contrôle du droit objectif². Au stade de la formation de l'acte, cette interaction des éléments objectifs et subjectifs permet d'exprimer le but recherché au moyen de la conclusion du contrat. En effet, les parties au contrat recherchent un but qu'elles comptent atteindre au moyen des règles de droit, c'est-à-dire par le biais de la conclusion de l'acte envisagé³. Ce sont les effets liés à la conclusion du contrat qui permettront aux parties d'atteindre leurs fins. Les contractants ont un intérêt à la conclusion du contrat, et c'est dans la poursuite de cet intérêt qu'ils s'accordent à ce que des règles, tant prévues spécifiquement par eux, que par l'ordre juridique, s'imposent au cours d'une certaine période. C'est la recherche d'un effet de droit par le biais de la manifestation de la volonté qui va alors caractériser l'acte juridique⁴. Or, il a pu être démontré par quelques membres de la doctrine contemporaine que la notion de cause a une capacité explicative de « *cette interdépendance inextricable entre le subjectif et l'objectif* »⁵ qui se trouve au fondement du contrat et a ainsi été proposée comme critère de l'acte juridique⁶. En particulier, M. HAUSER a pu mettre en lumière le fait que la cause n'étant « *ni spécialement objective dans son existence, ni spécialement subjective, elle n'est qu'un lien qui exprime la liberté de l'acte et son insertion dans le droit objectif* »⁷. En tant que « *force justificative dans le Droit* »⁸, la notion de cause s'avère alors propre « *à établir un équilibre entre les différents éléments visant à assurer par des techniques dont elle est le point de rencontre l'acceptation de l'acte juridique par le droit objectif* »⁹, et doit ainsi remplacer la volonté comme critère de l'acte juridique¹⁰. Comprise de la sorte, la notion de cause permet de rendre compte, sur le plan juridique, de l'intérêt du contrat.

¹ V. RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse préc., n° 420 ; *adde* « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *APD*, t. 13, 1968, p. 41 et s. ; TERRÉ (F.), « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD*, t. 13, 1968, p. 71 et s.

² V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*, p. 68 ; *adde* MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 78 : « la volonté des parties demeure le fondement du contrat, à ceci près qu'elle n'est pas souveraine, mais contrôlée ».

³ V. ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *art. préc.*, p. 16.

⁴ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 155 ; *adde* WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 93 et s.

⁵ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 52.

⁶ V. not. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 152 et s. ; *adde* WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 98 et s.

⁷ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 154.

⁸ V. *Ibid.*, n° 159.

⁹ V. *Ibid.*

¹⁰ V. *Ibid.*, n° 106.

290. Le lien entre la cause et la notion d'intérêt du contrat. Le fait de définir la cause comme un intérêt n'est pas nouveau¹. Une telle définition se trouve d'ailleurs consacrée par le *Vocabulaire Capitant*, qui retient que la cause est l'« *intérêt de l'acte juridique pour son auteur* »². Cette définition montre le lien étroit qui existe entre cette condition de validité du contrat et la finalité de sa conclusion pour la partie contractante. L'intérêt se relie à la cause en ce qu'il « *implique ainsi un mouvement de finalité* »³. Et tout comme la notion d'intérêt⁴, la notion de cause ne saurait se réduire à son pendant subjectif, qui réside en l'utilité, le besoin que l'acte doit satisfaire pour chaque partie, elle inclut également la dimension objective du Droit qui permet aux parties d'atteindre le but visé⁵. Cette idée se trouve relayée par des membres de la doctrine contemporaine, qui voient en l'évolution récente de la jurisprudence, la manifestation du fait que « *la cause est le moyen de contrôler si le contrat permet ou non d'atteindre le but contractuel* »⁶. En effet, comme l'avancait déjà DEMOGUE la théorie jurisprudentielle de la cause repose sur l'idée de but à atteindre, essentielle au contrat⁷. En tant que traduction de l'intérêt du contrat, la notion de cause a alors une utilité qui s'inscrit au-delà de la seule phase de formation du contrat comme contrôle de sa validité. Cette notion s'avère apte à permettre un contrôle du maintien de l'intérêt du contrat au cours de son exécution.

291. Le rôle de la cause au stade de l'exécution du contrat. Traditionnellement, le rôle de la cause est cantonné à la phase de formation du contrat : la cause doit exister au moment de la conclusion de l'acte. Pourtant, Henri CAPITANT a souligné le rôle que cette notion peut avoir pour jauger du maintien de l'intérêt du contrat au stade de son exécution⁸. En effet, selon l'auteur, « *si le contractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son côté. Les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer le résultat définitif qui est l'exécution des prestations promises* »⁹. Si la cause est une condition de validité du contrat, cela ne doit pas mener nécessairement à

¹ V. D'AGUESSEAU (H.-F.), *Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes*, Œuvres 1977, t. X, p. 170 : cet auteur voyait en la cause « *l'intérêt ou l'avantage, qui est le motif et comme la raison de l'engagement* » (cité par ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., p. 83).

² V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Intérêt.

³ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 96.

⁴ V. *supra*, n° 275 et s.

⁵ V. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 108 ; BAHANS (J.-M.), *Théorie générale de l'acte juridique en droit économique*, Bordeaux, P.U. du Septentrion, 1998, p. 532 et s. Ainsi, la notion de cause n'est pas duale, mais unitaire.

⁶ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 5, n. 24 ; comp. art. 25 et 26 du *Code Européen des Contrats – Avant-projet*, (ss dir. de) G. Gandolfi, Giuffrè, 2004 : parmi les conditions relatives au contenu du contrat, il est exigé que celui-ci soit utile, c'est-à-dire qu'il corresponde à « *un intérêt même non patrimonial des deux parties ou au moins de l'une d'entre elles* » (art. 26).

⁷ V. DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », art. préc.

⁸ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 120 et s. ; spécialement sur le rôle de la cause au stade de l'exécution du contrat, V. CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001.

⁹ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 14.

l'affirmation selon laquelle elle est réduite à cette fonction¹. Ainsi, il a été justement écrit qu'il serait « *incongru de considérer que le contrat doit demeurer inchangé lorsque la cause subit un bouleversement important postérieurement à sa conclusion* »². La contrepartie attendue du contrat peut exister au jour de sa formation ce qui implique que celui-ci est parfaitement valide, mais l'inexécution de l'obligation intervenue par la suite engendre une perte de la cause de l'engagement du cocontractant. Or, Henri CAPITANT a précisément démontré que la perte de cause du contrat au stade de son exécution est apte à justifier que le contractant déçu puisse, soit opposer l'inexécution de sa propre obligation, soit réclamer en justice la résolution du contrat dépourvu d'utilité³. Ainsi, si lors de la formation du contrat la cause joue un rôle de « *délimitation du contenu contractuel* », lors de l'exécution, elle est « *une norme extérieure de contrôle* », permettant d'apprécier « *le respect de la finalité et de l'attente initiée par l'accord* »⁴. Justement, l'entreprise de « subjectivisation » de la cause par la jurisprudence permet au juge de contrôler le maintien de l'utilité du contrat au stade de son exécution et ainsi « *lui confère un rôle qui dépasse la seule formation du contrat* »⁵.

Or, en tant qu'ils intègrent le contenu du contrat⁶, les devoirs contractuels s'inscrivent justement dans la phase d'exécution du contrat, et assurent directement le maintien de son intérêt à ce stade de son existence. Apparaît alors le lien existant entre le devoir contractuel et la notion de cause : il appartient aux contractants d'adopter un comportement qui permette de parvenir au but contractuel, de préserver son utilité, à savoir sa cause. Le devoir contractuel est ainsi au service du maintien de la cause du contrat, et cette dernière permet de juger du respect du devoir par le contractant. Tel est le double lien qui unit les notions de devoir contractuel et de cause du contrat.

¹ V. CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, thèse préc., n° 105 : « De l'affirmation selon laquelle la cause est un élément constitutif à celle qu'elle n'est qu'un élément constitutif, il n'y a qu'un pas ». L'auteur démontre que la cause est à la fois un « élément constitutif » et un « élément permanent » du contrat (thèse préc., n° 102 et s.).

² V. PIETTE (G.), *La correction du contrat*, thèse préc., n° 630.

³ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 120 et s. L'auteur explique également la théorie des risques par le recours à la notion de cause.

⁴ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 332.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 353 ; adde les arrêts cités par MAZEAUD (D.), in « La cause », art. préc., n° 20 : Cass. civ. I, 3 juill. 1996, préc. ; 1^{er} juill. 1997, D., 1998, somm. comm., 110, obs. MAZEAUD (D.) ; Defr., 1997, 1251, obs. AYNÈS (L.) ; Cass. com., 15 févr. 2000, D., 2000, somm. comm., 364, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; Defr., 2000, 1118, obs. MAZEAUD (D.) ; RTD Civ., 2000, 325, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; ou encore les arrêts cités par PIETTE (G.), in *La correction du contrat*, thèse préc., n° 641 et s.

⁶ V. *supra*, n° 76 et s.

B- Le lien entre devoir contractuel et cause du contrat

292. Cause du contrat et contenu contractuel. Il est depuis quelque temps souligné par plusieurs membres de la doctrine contemporaine que la notion de cause, en tant qu'elle traduit l'intérêt du contrat, est un instrument technique permettant de justifier que la force obligatoire de ce dernier ne se limite pas au strict respect des seules stipulations des parties¹. En effet, en tant qu'elle « *insufflé l'équilibre, la logique de chaque institution* »², la notion de cause est à même de justifier que le contenu du contrat ne se limite pas aux prévisions des parties. Elle explique le fait que « *la force obligatoire ne commande pas tant le respect scrupuleux de l'intangibilité des obligations convenues que l'exécution « utile » du contrat, c'est-à-dire permettant d'accomplir son but* »³. En tant qu'elle traduit l'intérêt du contrat « *la notion de cause met en évidence, d'une part, que le contenu obligatoire du contrat est déterminé par son utilité, et, d'autre part, que la force obligatoire de ce contenu demeure sous la dépendance de l'utilité du contrat* »⁴. La force obligatoire du contrat n'a d'autre fonction que d'assurer le respect du contrat par les parties en vue de sa bonne fin. Elle s'attache ainsi, tant à ce qui a été voulu, qu'à ce qui s'impose aux parties en raison de la nature du contrat⁵. C'est ce que traduit, du reste, très clairement l'article 1135 du Code civil, que le projet de réforme prévoit d'ailleurs de maintenir en l'état⁶.

293. Devoirs issus de l'article 1135 du Code civil et cause du contrat. Il a été justement avancé que « *lorsqu'il évoque les « suites » de « l'obligation d'après sa nature », l'article 1135, in fine, érige un repère* »⁷. C'est le but du contrat qui va déterminer quelle norme il doit intégrer en plus de ce qui a été expressément ou implicitement prévu, afin que l'utilité de l'acte soit véritablement assurée⁸. Les devoirs contractuels qui intègrent le contenu du contrat sur la base de cette disposition traduisent précisément le fait que le but contractuel ne peut être atteint que par le respect des normes complétives qui s'y ajoutent en vertu de sa nature même. Et c'est alors l'ensemble du contenu contractuel, tant déterminé par la volonté des parties que par des nécessités d'ordre objectif, qui a force obligatoire et qui s'impose aux

¹ V. not. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 154 et s. ; adde WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 104 et s. ; ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 330 et s. ; JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 38 et s.

² V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 198 et s.

³ V. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc., n° 703 et s.

⁴ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 39.

⁵ Sur la bonne fin du contrat et son lien avec le contenu du contrat, V. FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 570 et s. ; adde STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 292 ; ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, thèse préc., n° 338.

⁶ V. art. 1195 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁷ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 38 et s.

⁸ V. *Ibid*, spéc. n° 38 et s., 257 et s. et 371.

contractants tant que dure la relation contractuelle. Ces normes complétives assurent ainsi directement la préservation de l'utilité du contrat.

294. Devoir de bonne foi issu de l'article 1134, al. 3 du Code civil et cause du contrat. Pareillement, le devoir de bonne foi qui s'impose à chaque contractant à l'occasion de l'exécution du contrat, ne doit pas être compris comme permettant au juge de contourner le principe de la force obligatoire du contrat. Pour que le contrat soit pleinement utile, et donc qu'il conserve sa cause, il faut non seulement que les parties exécutent les obligations qui découlent de l'accord, mais il leur appartient au surplus de respecter les devoirs qui le complètent naturellement. En ce qu'il participe du contenu du contrat en imposant aux parties un comportement à l'occasion de l'exécution de leurs obligations, le devoir de bonne foi intègre la norme contractuelle ayant force obligatoire¹. La notion de cause est alors à même de justifier cette prise en compte du devoir de bonne foi dans le contrat, en ce que ce dernier vise précisément à assurer le maintien de l'utilité du contrat pour chaque partie.

D'ailleurs, il a été clairement avancé que « *la cause peut constituer le moyen de fonder techniquement et d'encadrer la plus grande part des solutions aujourd'hui fondées sur la bonne foi ou l'équité* »².

Il en va par exemple ainsi de la décision précitée de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 31 mars 1992³. Les juges fondent leur décision sur l'article 1134, al. 3 du Code civil, mais il a pu être remarqué par un auteur que cet arrêt peut être expliqué à travers la notion de cause⁴. La cause de l'engagement du maître de l'ouvrage ne se résumait pas à ce que l'entrepreneur se contente de peindre les cuves à l'aide d'une peinture antirouille sans sablage, mais impliquait également l'efficacité de cette peinture, c'est-à-dire que les cuves soient effectivement protégées de la rouille. Ainsi, l'entrepreneur ne pouvait se prétendre dégagé de son obligation, pour ne pas avoir appliqué un procédé permettant que la peinture ne se décolle pas et perde ainsi son intérêt en tant que mode de protection contre la rouille. Apparaît à travers cet exemple, le lien existant entre le devoir contractuel de bonne foi et la nécessité de préserver la cause du contrat lors de son exécution.

Et parallèlement, la disparition de la cause est parfois révélatrice d'un manquement au devoir. Plus généralement, la cause peut être proposée comme critère d'appréciation du manquement au devoir contractuel

295. La cause comme critère d'appréciation du manquement au devoir contractuel. Les devoirs contractuels permettent d'assurer la pérennité du contrat lors de son

¹ V. *supra*, n° 119 et s.

² V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 5.

³ V. *supra*, n° 279.

⁴ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat, thèse préc.*, n° 330 et s.

exécution, et à ce stade la cause se présente comme un instrument permettant de jauger de l'observation ou non du devoir¹.

En effet, d'une part, la cause permet de déterminer « *le contenu du contrat dans sa capacité technique à mener à la finalité poursuivie* »², c'est-à-dire qu'elle permet de justifier que les devoirs contractuels intègrent ce contenu afin de permettre au contrat d'atteindre son but.

D'autre part « *pour les sanctions qui interviennent relativement à l'exécution, la cause [...] représente alors [...] un critère de l'importance des différentes obligations du contrat, et permet de mesurer la gravité des manquements commis* »³. La cause permet l'appréciation de la compatibilité du comportement adopté avec celui attendu, elle sert de critère d'appréciation de cette compatibilité. Le manquement au devoir est déterminé grâce au recours à la cause du contrat, car il annihile l'intérêt de contracter de l'autre partie, ce qui se traduit par la perte de cause du contrat pour cette dernière. En tant qu'il vise directement à assurer la réussite du but contractuel, le devoir contractuel doit être observé sous peine de faire perdre son intérêt au contrat pour le cocontractant. Cela justifie, par exemple, que le manquement au devoir d'exécuter les obligations de bonne foi soit parfois sanctionné par une résolution judiciaire du contrat⁴. Cette sanction a été clairement rapprochée de la notion de cause, en ce qu'elle serait la conséquence du fait qu'au stade de son exécution, le contrat a perdu son intérêt pour l'une des parties⁵.

Le lien ici mis en exergue entre le devoir contractuel et la pérennité du contrat permet de compléter sa définition afin d'y intégrer sa finalité.

296. Conclusion de la section : complément de définition du devoir au regard de sa finalité. Le devoir contractuel a pour objet *une contrainte pesant de manière catégorique sur la personne du contractant, à l'occasion et tout au long de la relation contractuelle* le liant à l'autre partie⁶. Cette définition temporaire peut être complétée au regard des précisions apportées quant à sa finalité. Le devoir contractuel peut alors être défini comme étant *une contrainte comportementale catégorique pesant de manière permanente sur*

¹ V. MAZEAUD (D.) « La cause », *art. préc.*, n° 21 : L'auteur observe que la cause ne doit plus être simplement appréhendée « *comme une condition de validité du contrat mais aussi comme une exigence de sa pérennité* ».

² V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 320.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *infra*, n° 588.

⁵ V. not. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 147 : « *Ce que veut le contractant, c'est obtenir la prestation qui lui a été promise. Du moment où cette prestation n'est pas effectuée volontairement, il est fort à craindre que le but visé par lui soit manqué. [...] Il n'est [...] pas douteux que dans bien des cas, la faute de son adversaire empêchera le contractant d'atteindre le but qu'il poursuivait.* » ; « *pour statuer, les juges devront s'inspirer de la notion du but poursuivi. Ils prononceront la résolution, s'ils estiment que, par le défaut d'exécution, le but poursuivi est, dès à présent manqué.* ». V. *infra*, n° 579 et s.

⁶ V. *supra*, n° 181 et s.

le contractant, qui a pour finalité d'assurer directement le maintien de l'utilité du contrat pour chacune des parties à l'occasion de son exécution.

Ce nouvel élément de définition permet également de distinguer le devoir contractuel de l'incombance contractuelle. En effet, alors que la finalité du devoir contractuel épouse directement la finalité du contrat, par la sauvegarde de l'intérêt du contrat pour chaque partie, l'incombance ne participe qu'indirectement à la réalisation du but contractuel. Elle vise un autre objectif plus immédiat. En effet, en tant qu'exigence préalable à l'exercice d'un droit contractuel, elle permet plus spécifiquement d'encadrer le comportement du contractant à l'occasion de la revendication de son droit. Elle permet d'assurer la légitimité de l'exercice d'un droit contractuel par son titulaire.

Section II

Finalité de l'incombance contractuelle

297. La double utilité de la notion d'incombance en droit français. La révélation de l'existence d'un concept juridique n'a d'intérêt que si son utilité pratique peut être démontrée¹. Précisément, la question de la finalité des incombances renvoie à celle de son utilité dans la pratique du contrat. Selon certains auteurs l'incombance permettrait « *de rechercher ou de préserver l'efficacité économique du contrat* »². Mais une telle assertion apparaît à la fois trop vague et réductrice.

En effet, d'une part elle ne permet pas de distinguer la finalité de l'incombance de celle des autres effets du contrat, que sont les obligations et les devoirs. Ces exigences participent évidemment de la préservation de l'efficacité économique du contrat, pour les unes directement en tant que valeurs échangées, et pour les autres en tant que conditions du bon déroulement de l'échange.

¹ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, thèse préc., p. 103 : « La présente recherche consiste à montrer, tout d'abord, s'il existe un véritable groupe de contraintes de moindre intensité contraignante, et s'il est utile, d'un point de vue pratique, et en dehors de tout prétexte scientifique, d'introduire, pour un tel groupe, un concept d'ordre juridique, et si, enfin, lorsque ces conditions sont posées, le mot incombance est approprié » („Erst die weitere Untersuchung wird zeigen, ob es eine sicher zu bestimmende Gruppe teleologischer Nötigungstatbestände minderer Wirkung gibt, und ob es wissenschaftlich einwandfrei und praktisch nützlich ist, für eine solche Gruppe einen Ordnungsbegriff einzuführen, und ob schliesslich – wenn diese Voraussetzungen gegeben sind – das Wort Obliegenheit geeignet erscheint.“).

² V. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, thèse préc., n° 68 ; adde LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 321 et s.

D'autre part, il est contestable de rattacher spécifiquement l'incombance à une fonction économique, car en tant que contrainte purement comportementale¹ à la charge du titulaire d'un droit contractuel², l'incombance apparaît plus précisément comme un moyen de compenser le pouvoir du contractant dans la mise en œuvre de son droit. Son rôle est ainsi de constituer une limite directe à l'exercice d'une prérogative créant un déséquilibre *a priori* dans la relation contractuelle. Tout comme le devoir, elle permet de faire contrepoids aux prérogatives du contractant.

Seulement son impact vis-à-vis du contrat est plus intermédiaire que celui du devoir. En effet, contrairement au devoir, l'incombance ne vise pas directement le maintien de l'utilité du contrat, mais elle ne l'assure qu'indirectement en ce qu'elle encadre plus précisément l'exercice d'un droit né du contrat. Elle apparaît comme étant un moyen technique permettant de légitimer *ab initio* la revendication d'un avantage que l'un des contractants détient en vertu du contrat. En cela elle présente une double utilité. Tout d'abord, en ce qu'elle encadre de manière préventive la mise en œuvre d'un droit, l'incombance permet de limiter les hypothèses d'abus en matière contractuelle (§1). Ensuite, en ce que le manquement à l'incombance révèle que le titulaire du droit n'agit pas dans son propre intérêt, cette notion revêt une certaine utilité quant au contrôle de la cohérence du comportement contractuel (§2).

§1- Une technique de prévention de l'abus en matière contractuelle

298. L'abus de droit comme fondement de la sanction de l'exercice déloyal d'un droit. Le droit positif offre le constat d'un recours fréquent des juges au fondement de l'abus de droit pour sanctionner un contractant qui agit par déloyauté dans l'exercice d'une prérogative qu'il détient en vertu du contrat. Mais en raison des limites inhérentes à ce moyen de contrôle de la mise en œuvre du droit contractuel, une réflexion doctrinale émergente met en avant l'intérêt de renforcer ce contrôle par l'instauration de mesures préventives. Sont depuis peu recherchées des techniques alternatives à la sanction tardive de l'abus de droit (A). Or, en tant que condition préalable à la revendication d'un droit, l'incombance participe précisément d'un encadrement préventif de l'exercice du droit. Elle permet de limiter *ab initio* l'incertitude liée à l'exercice du droit (B).

¹ V. *supra*, n° 51 et s.

² V. *supra*, n° 214 et s.

A- La recherche de techniques alternatives à l'abus de droit

299. Évolution des modes d'encadrement de l'exercice du droit. Face aux limites inhérentes à la sanction de l'abus de droit contractuel (1), la doctrine s'interroge de plus en plus sur des moyens alternatifs permettant d'encadrer l'exercice du droit. Or, l'évolution semble s'opérer en la faveur de modes de prévention de l'abus (2) qui sont autant de témoins d'une certaine « procéduralisation » de l'exercice du droit¹.

1. Les limites inhérentes au recours à l'abus de droit en matière contractuelle

300. La portée de l'abus de droit contractuel en question. Il a été vu que face au développement du phénomène de l'unilatéralisme en matière contractuelle, et conformément à un mouvement général de prise en considération du comportement du contractant dans l'exécution du contrat, les juges ont multiplié ces dernières années le recours au fondement de l'abus de droit pour sanctionner la déloyauté contractuelle². Or, cette tendance jurisprudentielle quelque peu inspirée des réflexions de la doctrine solidariste et clairement favorable au rôle modérateur de la bonne foi, semble nettement refrénée depuis une décision du 10 juillet 2007 de la chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, l'attendu de principe énoncé par cet arrêt cantonne clairement le pouvoir d'intervention du juge en matière contractuelle (a), et laisse planer des incertitudes quant à la sanction de l'abus de droit (b).

- a. Le cantonnement du pouvoir d'intervention du juge sur le fondement de la bonne foi

301. Le pouvoir du juge limité à la sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Dans un arrêt très remarqué du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue affirmer au visa des alinéas 1 et 3 de l'article 1134 du Code civil, que « *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*

¹ Pour l'utilisation du terme, et sur le constat plus général d'une « procéduralisation » du contrat : V. LUCAS (F.-X.), « Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel », *RDC*, 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1012 et s. (Ou « processualisation » du contrat : V. CADIET (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse » in *Mél. G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 et s., spéc. p. 41, n° 32).

² V. *supra*, n° 280.

convenus entre les parties »¹. Cet attendu a pu être réitéré par la suite, à de multiples reprises, par diverses chambres de la Cour².

Ces solutions, inspirées par des membres de la doctrine favorables à une politique contractuelle libérale, ont clairement pour but de limiter le pouvoir d'intervention du juge dans le contrat, en insistant sur la primauté du principe de la force obligatoire³.

Plus largement, et selon M. AYNÈS, le prononcé de cette règle présenterait trois apports majeurs.

Le premier serait de déterminer ce que le juge peut faire au nom de l'article 1134 du Code civil⁴. La règle aurait ainsi une dimension assez classique en rappelant que le juge ne peut pas porter atteinte au contenu du contrat en vertu du principe de la force obligatoire défendu à l'alinéa 1^{er} de l'article précité, mais qu'il peut sanctionner le comportement déloyal du contractant à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives sur le fondement de son alinéa 3⁵. Pour autant, la règle de principe ainsi énoncée ne va pas sans poser le risque de son dévoiement et de son instrumentalisation par le créancier pour échapper à ses propres obligations contractuelles. C'est ce que révèlent les arrêts de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 mai 2009⁶. Dans ces affaires, l'attendu de l'arrêt « Les Maréchaux » est utilisé par un assureur, demandeur au pourvoi, pour échapper à l'exécution du contrat. En effet, la règle est invoquée par le créancier pour remettre en cause la décision des juges du fond qui ont ordonné l'exécution forcée des obligations initialement prévues par les parties,

¹ V. Cass. com., 10 juill. 2007, *préc.* ; *adde* DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013, n° 331 et s. ; MAZEAUD (D.), « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », *art. préc.*

² V. not. Cass. civ. II, 7 mai 2009, n° 08-17325, n° 08-16500 et n° 08-16501 ; Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-21175 ; Cass. civ. III, 9 déc. 2009, n° 04-19923, *D.*, 2010, n° 8, p. 476, note BILLEMONT (J.) ; n° 18, p. 1103, obs. MONGE (A.-C) et NESI (F.) ; *AJDI*, 2010, 311, note DUMONT-LEFRAND (M.-P.) ; *RTD Civ.*, 2010, 105, obs. FAGES (B.) ; *RDC*, 2010, p. 561, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; p. 666, MAZEAUD (D.) et SEUBÉ (J.-B.) ; *Dr. et patr.*, n° 194, juill.-août 2010, p. 103, AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *GP*, 8 avr. 2010, p. 20, 11257, HOUTCIEFF (D.) ; Cass. com. 15 mars 2011, *préc.* ; Cass. civ. III, 22 juin 2011, n° 10-12798 ; *RTD Civ.*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 534, FAGES (B.) ; 30 nov. 2011, n° 10-25451 ; *JCP N*, 6 avr. 2012, n° 14, p. 37, RANDOUX (D.) ; 21 mars 2012, n° 11-14174 ; *D.*, 2012, 946, obs. ROUQUET (Y.) ; *D.*, 2013, 863, obs. DAMAS (N.) ; *RDC*, 2012, 763, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; 806, obs. DESHAYES (O.) ; *GP*, 4 juill. 2012, n° 186, p. 18, obs. HOUTCIEFF (D.) ; 25 juin 2013, n° 11-27904 ; *GP*, 9 oct. 2013, n° 282, p. 17, HOUTCIEFF (D.).

³ V. not. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 764 ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 145 et s. ; AYNÈS (L.), « Vers une déontologie du contrat ? », *art. préc.* : « si l'on admet que la mise en œuvre de la créance elle-même peut être contraire à la bonne foi, et si l'on peut reprocher au créancier d'être créancier, on ouvre la voie à une révision générale de tous les contrats » ; « ce cœur est intouchable ; il échappe au contrôle par la bonne foi » ; « On n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens ». Pour une critique, V. not. MAZEAUD (D.), « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », in *Les prérogatives contractuelles*, *RDC*, 2011, n° 2, p. 2690 et s.

⁴ Ce serait la dimension « classique » de l'arrêt, à savoir déterminer les rôles respectifs du juge et de la loi : le juge n'est pas source de la loi contractuelle, il peut seulement sanctionner une faute. V. AYNÈS (L.), obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC*, 2007, p. 1107 et s.

⁵ V. CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », in *Les prérogatives contractuelles, op. cit.*, spéc. p. 707 et s.

⁶ V. Cass. civ. II, 7 mai 2009, *préc.*

alors que les termes du contrat ont été par la suite unilatéralement modifiés par l'assureur au cours de la relation contractuelle. La Cour a clairement rejeté ses prétentions en décidant que *« la clause des conditions générales du contrat initial selon laquelle la liste et le nombre des supports sont susceptibles d'évoluer n'autorise pas l'assureur à bloquer le fonctionnement du contrat ; la suppression des supports ne doit pas être, comme elle l'a été, massive, sans contrepartie, et effectuée afin de vider le contrat de sa substance pour en interdire le fonctionnement normal »*. En vertu de cette décision, il est clair que le créancier ne peut se réserver la possibilité de vider le contrat de sa substance, c'est-à-dire de toute contrepartie pour l'assuré, et invoquer pour s'en défendre la règle selon laquelle le juge ne peut porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus. Se révèle ici en filigrane le fait que la force obligatoire du contrat et la bonne foi sont liées, et ne s'opposent pas. L'assureur a cherché à échapper à ses obligations de façon déloyale en privant d'intérêt le contrat initialement conclu. L'exécution loyale des obligations concourt au respect de la force obligatoire du contrat. Ici, le juge sanctionne la mauvaise foi de l'assureur en se fondant simplement et uniquement sur la force obligatoire du contrat : il prend en compte l'état des stipulations initiales convenues entre les parties. Ce sont les obligations conventionnellement acceptées qui seront reconnues par le juge et qui pourront faire l'objet d'une exécution forcée.

Le second apport de la règle serait de reconnaître que le contrat ne se borne pas à créer des créances et des dettes, mais confère aussi des prérogatives à chacune des parties, le juge ne pouvant interférer que sur l'usage des prérogatives et non sur la substance des droits et obligations. Le communiqué de presse livré par le service de recherche et de documentation de la Cour de Cassation qui a présenté l'arrêt de 2007 avance que la distinction ainsi opérée *« rejoint celle qui est parfois faite entre « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat » »*¹. Cependant Pascal ANCEL a pu clairement montrer qu'il n'y a *« guère de correspondance entre les termes des deux distinctions, ni dans un sens ni dans l'autre : sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, cela revient à limiter la force obligatoire du contrat, mais en touchant d'une certaine manière au contenu de l'obligation, dont la clause est un des éléments ; à l'inverse, anéantir la créance invoquée de mauvaise foi, ce serait évidemment toucher à l'obligation, mais ce serait aussi, et de manière très directe, remettre en cause la force obligatoire de l'engagement »*².

Enfin, le troisième apport de cette jurisprudence serait de reconnaître que la bonne foi est sans rapport avec la substance : *« la manière d'exécuter, et non pas le droit à l'exécution peut être contraire aux exigences de la bonne foi »*³.

¹ Sur cette distinction, V. *supra*, n° 72 et s.

² V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*

³ V. AYNÈS (L.), obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *art. préc.* ; *adde* « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », in *Les prérogatives contractuelles*, *op. cit.*, p. 687 et s., spéc. p. 687 et s. Cette approche est

Cet attendu n'en a pas moins soulevé des difficultés quant à son interprétation, et implique notamment un problème d'articulation avec certaines solutions de droit positif qui, tout en sanctionnant l'abus dans la mise en œuvre d'une « *prérogative contractuelle* », atteignent « *la substance des droits et obligations légalement convenus* ».

302. Les difficultés liées à la formulation de la règle posée. Dans cet arrêt du 10 juillet 2007, la Cour de cassation fait le choix d'énoncer « *une formule d'allure doctrinale* »¹, en distinguant d'une part, « *les prérogatives contractuelles* », dont le juge peut sanctionner l'usage déloyal sur la base de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, et d'autre part, « *la substance même des droits et obligations légalement convenus* », à laquelle le juge ne saurait porter atteinte, en se fondant sur cet article. Mais la règle ainsi énoncée n'est pas sans poser de nombreuses difficultés, et n'est donc pas à l'abri de toute critique².

Tout d'abord, il peut être reproché aux juges du droit de ne pas préciser le sens de chacune des catégories conceptuelles utilisées. C'est alors à la doctrine qu'est revenu le soin de préciser les termes employés dans cet attendu quelque peu énigmatique. Il a ainsi été avancé que la « *substance des droits et obligations* » correspondrait au cœur du contrat, c'est-à-dire au droit de créance, qui serait intouchable³. Tandis que les « *prérogatives contractuelles* » renverraient aux droits potestatifs dont peut disposer un contractant, et qu'il est amené à mettre en œuvre à l'occasion de l'exécution du contrat. En effet, dans un sens neutre et large, le terme de « *prérogative* » englobe « *tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait* »⁴. Mais à retenir ce sens, la notion de *prérogative* recoupe alors « *la substance des droits* » dont elle est pourtant clairement distinguée par l'attendu⁵. Il semble ainsi nécessaire d'approfondir la signification attachée à cette notion de « *prérogative contractuelle* ». Or, retenant le sens que revêt le terme de *prérogative* en droit administratif – notamment à travers la notion de *prérogative de puissance publique* – comme la « *compétence ou droit reconnu ou attribué à*

approuvée par de nombreux auteurs, V. not. MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *JCP A*, 15 nov. 2007, 2394 ; LAITHIER (Y.-M.), *RDC*, 2010, p. 561 ; BILLEMONT (J.), *obs. préc.* sous Cass. civ. III, 9 déc. 2009 ; SAVAUX (É.), *obs. préc.* sous Cass. com., 10 juill. 2007.

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *note préc.* sous Cass. com., 10 juill. 2007.

² V. not. FENOUILLET (D.), « La notion de *prérogative* : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *art. préc.* L'auteur fait très justement observer le paradoxe émanant du flou ainsi créé par ces arrêts, et duquel peut résulter une certaine insécurité juridique, alors que ces solutions ont été influencées par un courant doctrinal condamnant l'incertitude liée au recours à la notion de *bonne foi*.

³ V. not. AYNÈS (L.), *obs.* sous Cass. com., 10 juill. 2007, *art. préc.* ; *adde* « Mauvaise foi et *prérogative contractuelle* », *art. préc.*

⁴ V. *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° *prérogative*, sens n° 3 (Il a été vu que c'est dans ce sens que ROUBIER emploie le terme de *prérogative*, V. *supra*, n° 83 et s.).

⁵ V. MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *JCP E*, 2007, n° 2394 : « *Sont des prérogatives juridiques les droits subjectifs et, de façon dérivée, sont des prérogatives contractuelles les droits contractuels, et l'on éprouvera alors quelques difficultés à distinguer ces prérogatives juridiques, abaissées au rang d'accessoire de droits substantiels...* »).

une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité »¹, et remarquant le rapprochement fait par d'éminents auteurs entre cette notion et « les pouvoirs d'essence unilatérale accordés à une partie par une clause du contrat ou éventuellement par la loi, et dont l'usage permet d'influer sur le contrat »², MME FENOUILLET a pu souligner la capacité de la notion de « prérogative contractuelle » à appréhender l'unilatéralisme, et donc la potestativité, dans le contrat³. Ainsi, il faudrait conclure que les termes de « prérogative contractuelle » et de « droit potestatif » expriment un même phénomène, qu'ils sont synonymes. Mais si l'on retient ce sens, il ne semble alors pas très utile de recourir à cette notion de « prérogative contractuelle » qui est source d'ambiguïté. Le recours au terme de « droit potestatif contractuel » suffit⁴.

Ensuite, à supposer ces termes explicités, et l'interprétation de la solution ainsi faite, la frontière tracée par la solution de 2007 ne semble pas véritablement étanche⁵.

En effet, en premier lieu, l'affirmation selon laquelle la substance des droits et obligations ne peut être atteinte par des considérations de bonne foi n'est pas convaincante, car la jurisprudence a déjà pu reconnaître au juge la faculté de revenir sur certaines stipulations ayant trait au cœur de la relation contractuelle, notamment à travers la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix⁶, la modération d'honoraires excessifs⁷, ou encore la révision de clauses pénales⁸. Elle a également pu refuser au créancier d'obtenir l'intégralité de sa créance en raison de son comportement passif, sa propre carence faisant dégénérer la revendication de son droit en abus⁹. De plus, il a pu être justement remarqué que le droit positif offre des exemples de dispositions permettant au juge de sanctionner la déloyauté du

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° prérogative, sens n° 1.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 440 ; adde CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 13^e éd., D., 2015, n° 152-155.

³ V. FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc.

⁴ V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc.

⁵ V. FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », art. préc. ; adde REVET (T.), « Propos introductifs », in *Les prérogatives contractuelles*, op. cit., p. 639 et s.

⁶ V. Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), préc. ; adde REVET (T.), « Propos introductifs », art. préc. : « En matière de prix, la fixation unilatérale conduit à une étroite et indéfectible association entre pouvoir unilatéral et substance du contrat puisque c'est par l'exercice du premier qu'est déterminée une partie éminente de la seconde », ainsi « le contrôle (maintenu) de l'abus dans la fixation du prix conduit le juge à agir sur le cœur même du contrat – sinon sur son existence ». Cette solution serait consacrée par la réforme du droit des contrats pour les contrats de prestation de service si le projet d'ordonnance venait à être adopté, V. art. 1163 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ; adde REVET (T.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », art. préc., n° 16 ; FERRIER (N.), « Le renforcement du rôle du juge », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^{èmes} journées franco-allemandes*, op. cit., p. 73 et s.

⁷ V. not. Cass. civ. I, 3 mars 1998, Bull. civ. I, n° 85.

⁸ V. not. Cass. civ. I, 23 janv. 2007, n° 05-12722.

⁹ V. not. Cass. com. 5 déc. 1995, *RTD Civ.*, 1996, 899, obs. MESTRE (J.) ; adde MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mél. P. Raynaud*, D., 1985, p. 439 s.

créancier par l'impossibilité de se prévaloir de sa créance¹. D'ailleurs, l'affirmation selon laquelle cela n'a pas de sens de dire que l'on peut être créancier de bonne ou de mauvaise foi² est discutable car « *on ne voit pas pourquoi le créancier qui n'excipe de son droit que pour nuire à autrui ne devrait pas être considéré comme étant de mauvaise foi* »³.

En deuxième lieu, le manque d'étanchéité de la distinction posée par l'arrêt « Les Maréchaux » se révèle à travers les faits mêmes de l'espèce⁴. En effet, des actionnaires d'une société exploitant une discothèque avaient cédé leur participation au président du conseil d'administration de cette société. Il était stipulé que chacun des cédants garantissait le cessionnaire contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession. Or, la société ayant fait l'objet d'un redressement fiscal au titre d'un exercice antérieur, le cessionnaire avait demandé que les cédants soient condamnés à lui payer une certaine somme au titre de la garantie de passif. Par un arrêt du 14 mars 2006, les juges du fond avaient rejeté la demande du cessionnaire en retenant que celui-ci ne pouvait, sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier à l'égard des cédants dès lors que, dirigeant et principal actionnaire de la société, il était nécessairement au courant des irrégularités comptables et avait délibérément exposé la société aux risques qui s'étaient réalisés. Ayant relevé que le cessionnaire se trouvait à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif, les juges d'appel ont refusé qu'il puisse se prévaloir de la clause⁵. Cette décision fut cassée par la Haute Cour avec, à son appui, l'attendu énoncé. Mais au vu des faits on ne comprend pas bien si les juges du droit considéraient que la clause, faisant naître une créance de garantie, relevait de la substance des droits et obligations et ne pouvait donc être remise en cause par le juge – même invoquée de mauvaise foi⁶ – ou si cette clause était précisément considérée comme faisant naître une prérogative

¹ A propos du mécanisme de l'art. 2314 C. civ., V. not. MAZEAUD (D.), obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC*, 2007, p. 1110 et s. ; *adde* BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 285 ; CHÉNEDÉ (F.),

« Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.*, spéc. n° 16 et s.

² V. AYNÈS (L.), obs. *préc.* sous Cass. com., 10 juill. 2007.

³ V. FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *art. préc.* ; *adde* MAZEAUD (D.), obs. *préc.* sous Cass. civ. III, 9 déc. 2009.

⁴ Ainsi qu'à travers la décision Cass. civ. III, 9 déc. 2009, *préc.* : il s'agissait en l'espèce d'une clause d'agrément, et bien qu'une telle clause semble être un « *exemple typique d'une « prérogative contractuelle* » », elle n'a pas été expressément rattachée à cette catégorie par la Cour de cassation, renforçant ainsi les incertitudes relatives au contenu de cette catégorie (V. LAITHIER (Y.-M.), obs. *préc.* sous Cass. civ. III, 9 déc. 2009 ; MAZEAUD (D.), obs. *préc.* sous Cass. civ. III, 9 déc. 2009 ; SEUBÉ (J.-B.), obs. *préc.* sous Cass. civ. III, 9 déc. 2009, *préc.*).

⁵ Il faut souligner que dans les faits de l'arrêt de 2007, le comportement du bénéficiaire de la clause pouvait faire purement et simplement douter de l'existence d'une véritable garantie de passif : en effet, une telle clause « *suppose que le cessionnaire, actionnaire minoritaire ou tiers, ignore l'état exact du patrimoine social* » (V. GAUTIER (P.-Y.), *D.*, 2007, p. 2844, note sous Cass. com., 10 juill. 2007, *préc.*). Ici, « *la clause est sans doute nulle, pour cause ou objet illicite, sur ce motif, voire pour dol du dirigeant-cessionnaire* » (réticence dolosive), V. *Ibid.*

⁶ Il est en effet à noter qu'« *à aucun moment, la Chambre commerciale ne remet en cause le fait que le créancier de garantie ait été particulièrement de mauvaise foi* » (V. MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *art. préc.*).

contractuelle, pouvant être sanctionnée en cas d'usage déloyal, sans que la créance ne soit perdue¹. D'ailleurs plusieurs arrêts ont déjà pu reconnaître la possibilité pour le juge de prononcer une déchéance du droit de se prévaloir de la garantie de passif pour sanctionner le bénéficiaire qui n'a pas informé le garant préalablement à l'exercice de son droit². Une certaine ambiguïté planait donc quant à la catégorie à laquelle appartenait la garantie de passif selon les juges du droit.

En troisième lieu, s'il n'est pas contestable que cet attendu révèle la nécessité de contrôler la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle octroyant à son titulaire un certain pouvoir sur son partenaire, et pouvant de ce fait s'avérer abusive, il « *reste [cependant] muet sur la nature de la sanction qui peut être infligée au créancier qui exerce déloyalement une prérogative contractuelle* »³. D'ailleurs, et de manière plus générale, il peut être regretté une absence de réelle réflexion sur les sanctions du manquement au devoir contractuel de bonne foi⁴. Cette question est pourtant d'une importance majeure. Or, l'observation de la jurisprudence mène au constat que la sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle amène parfois le juge à modifier ou à contourner les termes de l'échange. En effet, la sanction de l'abus, ou plus largement de la déloyauté du contractant dans l'exécution du contrat peut impacter directement sur la « *substance des droits et obligations légalement convenus* ».

b. Les difficultés liées à la sanction de l'abus de droit

303. La question de la nature de la sanction de l'abus. Le célèbre attendu de l'arrêt du 10 juillet 2007 fait état de la possibilité de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais il laisse entier le problème de la nature de la sanction applicable. À la lecture de la règle énoncée, il semblerait que la sanction ne puisse être de nature à porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus, puisque le juge a interdiction de modifier cette substance.

¹ Sur cette critique, V. *Ibid* : « dans l'arrêt commenté, l'obligation considérée comme substantielle est une obligation de garantie, objet d'une convention de garantie de passif que l'on pourrait, sans surprendre immodérément, considérer comme un accessoire, une prérogative contractuelle des obligations substantielles de la cession de titres, si on considère l'ensemble de l'opération contractuelle ».

² V. not. CA Paris, 17 mai 2002, *préc.* ; CA Paris, 6 déc. 2002, *préc.* ; CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *préc.* ; Cass. com., 15 mars 2011, *préc.* Ces arrêts ont été exposés à l'occasion de l'étude de l'incombance conventionnelle d'information pesant sur le cessionnaire bénéficiant d'une garantie de passif. V. *supra*, n° 169.

³ V. MAZEAUD (D.), obs. sous Cass. com., 10 juill. 2007, *art. préc.*

⁴ Pour l'émission d'une telle critique et une tentative de systématisation des sanctions de la mauvaise foi, V. not. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*

Pourtant, le mauvais comportement du créancier a d'ores et déjà pu être sanctionné par la réfaction du contrat par le juge¹, voire par le prononcé de sa résolution², ce qui est clairement incompatible avec la sentence posée³.

De plus, l'usage déloyal d'une prérogative étant nécessairement constitutif d'une faute, ce comportement doit tout au moins pouvoir impliquer le prononcé de la responsabilité civile du contractant en cause. Or, une telle sanction peut considérablement atténuer la rigueur de la jurisprudence « Les Maréchaux ». Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 21 mars 2012 illustre parfaitement cette assertion⁴. Dans cette affaire, les juges du droit ont condamné un contractant qui invoquait sa créance de mauvaise foi à des dommages-intérêts d'un montant égal à la somme qui lui était due en vertu du contrat. Les dommages-intérêts alloués ont alors entraîné, par compensation, une extinction de la créance invoquée de mauvaise foi.

Finalement, le jeu de la responsabilité contractuelle, tout comme celui de la réfaction et de la résolution, permettent un court-circuit de la jurisprudence « Les Maréchaux », car, en sanctionnant la mauvaise foi le juge porte généralement atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus. De plus, il ne ressort *a priori* pas de véritable homogénéité de la sanction de l'abus en jurisprudence. Si l'abus, en tant que faute, engendre les sanctions liées à une mauvaise exécution du contrat, il semble que ces sanctions varient d'une décision à l'autre. D'ailleurs, la sanction de l'abus se heurte aux inconvénients liés à l'appréciation judiciaire du manquement commis.

304. Les inconvénients liés à l'appréciation judiciaire du manquement commis.

Quelle que soit la sanction prononcée, celle-ci suppose une intervention du juge, et donc que ce dernier soit saisi par le cocontractant reprochant au titulaire du droit son comportement dans la mise en œuvre de sa prérogative. Ainsi, la sanction de l'abus n'est pas systématique. Le comportement abusif peut rester impuni. Et, « *l'appréciation de la déloyauté [revenant] in fine aux magistrats [...] on peut toujours craindre une disparité d'appréciation d'un juge à*

¹ V. not. en matière de fixation des honoraires : Cass. civ. I, 13 avr. 1992, n° 89-15576 (« *les nombreuses erreurs et insuffisances de l'architecte dans l'exécution de sa mission [...] justifiaient une réduction des honoraires convenus dans une proportion qu'elle [la cour] a souverainement fixée* ») ; CA Rouen, 15 sept. 1992, JCP G, 1993, II, 21981, note MARTIN (R.) ; RTD Civ., 1993, p. 355, obs. MESTRE (J.) (solution semblable et clairement fondée sur la bonne foi, au visa de l'art. 1134 C. civ. : en cas de mauvaise foi « *il appartient au juge de fixer le montant des honoraires* ») ; Cass. com., 2 mars 1993, Bull. civ., IV, n° 83, p. 57, RTD Civ., 1994, p. 346, obs. MESTRE (J.) ; D., 1994, somm., obs. KULLMANN (J.) ; *adde* ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec 1999, p. 3 et s.

² V. not. les arrêts cités par GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., spéc. n° 295 et s.

³ V. FAGES (B.), obs. sous Cass. com. 10 juill. 2007, RTD Civ., 2007, p. 773. Bertrand FAGES rappelle d'ailleurs que le droit allemand connaît une solution comparable : « *le §324 du BGB prévoit en effet qu'en cas de manquement du créancier à un devoir du §241, alinéa 2, du BGB (lequel fait obligation à chaque partie de préserver les droits, biens juridiquement protégés, et intérêts de l'autre) la résolution peut être décidée par le débiteur lorsqu'il apparaît objectivement qu'on ne peut plus exiger de lui qu'il reste tenu par le contrat* ».

⁴ V. Cass. civ. III, 21 mars 2012, préc.

un autre »¹. Ces éléments font peser une réelle incertitude quant à l'existence ainsi que sur la nature de la sanction de l'abus.

Au surplus, l'appréciation du comportement par le juge se fait nécessairement *a posteriori*. La sanction n'empêche pas le comportement abusif, elle n'a qu'une vertu curative, elle intervient seulement après coup, une fois que « le mal est fait ». L'abus ne permet pas de restreindre l'exercice du droit en amont – mise à part la prise en compte de l'aspect dissuasif de sa sanction. Il s'agit d'une notion permettant de fonder une sanction du contractant une fois seulement que le cocontractant aura subi un préjudice et une fois qu'il aura saisi le juge pour qu'il constate le manquement.

Or, et enfin, l'exercice abusif d'un droit pouvant gravement nuire à la poursuite de la relation contractuelle en ce qu'il va porter directement atteinte à l'intérêt du contrat pour le cocontractant, ce comportement justifie parfois la sanction drastique et ultime de la résolution judiciaire du contrat. Pourtant, il est aujourd'hui insisté sur l'intérêt de favoriser la pérennité des relations contractuelles, celles-ci s'inscrivant de plus en plus dans la durée et parfois dans un esprit de collaboration. Les sanctions de l'abus de droit ne sont donc pas véritablement favorables à l'objectif de maintien d'une relation contractuelle dans la durée.

C'est ainsi qu'afin d'éviter, *a priori*, de telles conséquences liées à l'exercice abusif d'un droit, et au vu de l'attendu posé par l'arrêt de 2007 et ses suites, il est apparu intéressant de réfléchir sur des techniques permettant un encadrement préventif de la mise en œuvre du droit. En effet, il est parfois justement avancé qu'il serait plus utile d'instaurer une véritable procédure accompagnant et encadrant l'exercice du droit de manière préventive².

2. L'émergence des mesures préventives

305. Le constat du besoin de limiter les abus de manière préventive. Outre les limites liées à la sanction de l'abus de droit, les causes de ce dernier révèlent également l'intérêt que revêt un contrôle préventif de l'exercice du droit. En effet, l'abus se caractérise souvent par une brusquerie³ ou une contradiction dans la mise en œuvre du droit⁴. L'abus

¹ V. CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.*, spéc. n° 23.

² V. not. MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc.*, n° 1257 et s. ; *adde* ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.* ; FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative contractuelle », *art. préc.*

³ V. not. Cass. civ. I, 7 oct. 1965, *préc.* : la faute consistait en le fait de rompre le contrat « *dans des conditions de brutalité et de brusquerie inadmissibles* » ; *adde* CA Rouen, 10 févr. 1993, *JCP G*, 1993, IV, 1985 ; I, 3725, n° 10, obs. BILLIAU (M.) : « *la brutalité avec laquelle la rupture a été provoquée par la clinique constitue un abus de droit qui justifie la demande de dommages-intérêts* ». Sur la révocation brutale, donc abusive du dirigeant, V. not. Cass. com., 6 mai 1974, *JCP G*, 1974, II, 17859, note BURST (J.-J.) ; 3 janv. 1996, *JCP G*, 1996, II, 22658, n. GIBRILA (D.) ; 26 nov. 1996, *JCP G*, 1997, II, 22271, note REIGNIÉ (Ph.) ; *D.*, 1997, jur., 493, n. GIBRILA (D.).

⁴ V. not. Cass. soc., 24 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 238 ; 1^{er} juin 1972, *Bull. civ.*, V, n° 398, p. 366 ; Cass. com., 5 avr. 1994, *CCC*, 1994, comm. n° 159, obs. LEVENEUR (L.), *D.*, 1995, somm., p. 90, obs. MAZEAUD (D.),

résulte ainsi du manque de communication, ou de l'indécision quant à l'exercice du droit. Or, il semble que ces hypothèses d'abus pourraient être réduites en généralisant les exigences d'information, de motivation, ou en instaurant des délais d'action pour l'exercice du droit. Il ne paraît alors pas inutile de réfléchir sur la mise en place de mesures préventives.

306. Une invitation à la recherche de moyens techniques permettant la prévention de l'abus. Face aux limites du fondement général de l'abus de droit, certains auteurs ont recherché d'autres remèdes permettant d'encadrer plus sûrement le comportement du contractant dans la mise en œuvre de son droit.

S'interrogeant spécifiquement sur les risques liés à l'exercice d'un droit potestatif contractuel, MME ROCHFELD a par exemple proposé diverses techniques alternatives à l'abus, afin de tempérer l'arbitraire lié à l'exercice de ce type de droits. L'auteur évoque notamment la possibilité de contrebalancer la faculté d'une contrepartie financière – par exemple pour la faculté de dédit – ou de bilatéraliser la faculté – par exemple pour le droit de résilier le contrat¹. Bien qu'utiles, ces techniques ne sont cependant pas de nature à empêcher *a priori* l'exercice abusif de son droit par son titulaire. Que ce dernier doive payer une certaine somme en compensation de son droit, ou qu'il ne soit pas le seul à en bénéficier n'empêchera pas forcément que l'usage qui en est fait soit contraire à l'intérêt du cocontractant, et éventuellement dans l'intention de lui nuire. Ces mesures font en sorte que le destinataire du droit ne soit pas complètement démuni face à son titulaire, mais elles ne permettent pas d'encadrer le comportement de ce dernier dans la mise en œuvre de son droit.

Apparaît ainsi l'intérêt d'un encadrement plus précis de l'exercice du droit par l'instauration de mesures préventives, agissant comme autant de conditions préalables à sa mise en œuvre. Or, il est précisément proposé par quelques auteurs, depuis peu, de recourir à une certaine mesure préventive, qui serait de nature à limiter les hypothèses d'abus de droit, il s'agit de l'obligation de motivation².

307. L'« obligation » de motivation. La motivation exprime une « *idée d'extériorisation, de communication à autrui* » des raisons, des « *motifs* » de sa décision³. Elle va ainsi « *de pair avec le fait que la loi ait finalisé certains droits, en ait limité les mobiles* »⁴.

RTD Civ., 1994, p. 603, obs. MESTRE (J.) ; 20 janv. 1998, CCC, 1998, comm. n° 56, obs. LEVENEUR (L.), D., 1998, p. 413, note JAMIN (Ch.), D., 1999, somm., p. 114, obs. MAZEAUD (D.), JCP G, 1999, II, 10085, obs. CHAZAL (J.-P.), RTD Civ., 1998, p. 675, obs. MESTRE (J.).

¹ V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*, n° 20.

² V. not. LAGARDE (X.), « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, TAHC, LGDJ, 2000, p. 73 et s. ; *adde* FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.* ; « Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004, p. 555 et s.

³ V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 4.

⁴ V. *Ibid.*, n° 5.

Il arrive que cette exigence soit expressément imposée par le législateur¹, et parfois elle est spécialement prévue par les parties dans le contrat², mais elle ne fait pas l'objet, en droit positif, d'une reconnaissance et d'une application générale. La Cour de cassation a pu le rappeler à plusieurs reprises, notamment dans le cadre du contentieux relatif au droit de résilier un contrat à durée indéterminée³. Il est souvent souligné en doctrine⁴ que cette jurisprudence s'explique en raison du principe de liberté contractuelle qui comprend la liberté de rompre un contrat à durée indéterminée, et de ne pas conclure le renouvellement d'un contrat arrivé à terme⁵. Par ailleurs, les juges du droit ont expressément reconnu la validité d'une clause excluant l'exigence de motiver la rupture du contrat⁶. Ainsi, la portée de la motivation est – tout du moins pour l'heure – très relative. Pourtant des auteurs plaident aujourd'hui pour une extension, voire une généralisation de cette exigence préventive⁷,

¹ Par ex. l'employeur a le devoir de motiver sa décision de licenciement par une « *cause réelle et sérieuse* » (V. GAUDU (F.), « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC*, 2004, p. 566 et s.) ; il faut un « *motif légitime et sérieux* » pour la rupture du bail d'habitation (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15). V. également l'article 3, § 4 du règlement d'exemption automobile (Comm. CE, règl. n° 1400/2002, 31 juill. 2002, JOCE n° L. 203, 1^{er} août 2002) : la résiliation opérée par le constructeur « *doit être écrite et motivée de façon à vérifier qu'elle est fondée sur des raisons licites au regard du règlement* ».

² V. Cass. com., 2 juill. 2002, *préc.* : la chambre commerciale reproche au concédant de ne pas avoir motivé son refus d'agrément parce que les termes de la convention l'imposaient.

³ V. not. Cass. civ. I, 5 févr. 1985, *préc.* ; Cass. com., 5 avr. 1994, *préc.* ; Cass. civ. I, 21 févr. 2006, n° 02-21.240 ; *RTD Civ.*, 2006, p. 314, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *JCP E*, 2007, 1348, n° 5, obs. MAINGUY (D.) ; *JCP G*, 2006, IV 1584 ; 30 oct. 2008, n° 07-19736, J.-D. n° 2008-047451 ; Cass. com., 10 nov. 2009, *préc.* ; 26 janv. 2010, Bull. civ. 2010, IV, n° 18 ; *D.*, 2010, p. 2178, note MAZEAUD (D.). Pour une même solution en matière de droit de ne pas renouveler un contrat arrivé à terme : V. Cass. com., 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 13 ; 7 avr. 1998, Bull. IV, n° 126 ; *RTD Civ.*, 1999, 79, obs. MESTRE (J.) ; 25 avr. 2001, *Dr. et patr.* 2001, 109, obs. CHAUVEL (P.) ; Cass. civ. III, 8 févr. 2006, n° 04-17898, *Loyers et copr.*, avr. 2006, comm. n° 83, obs. BRAULT (Ph.-H.). Pour une solution similaire concernant le *droit* de déterminer unilatéralement le prix, V. Cass. civ. I, 30 juin 2004, CCC, 2004, comm. n° 151, obs. LEVENEUR (L.).

⁴ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », in *Le contrat*, *TAHC*, journées brésiliennes, t. 55, 2005, p. 803 et s.

⁵ V. CC, D° n° 99-419 relative au PACS, § 61, JO 16 nov. 1999, p. 16962 : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

⁶ V. Cass. civ. I, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 98, *D.*, 1998, som., p. 3240, obs. MAZEAUD (D.) ; *Defr.* 2001, p. 1048, note SAVAUX (É.) ; *RTD Civ.*, 2001, p. 584, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

⁷ Mais ceci sans que le domaine de la motivation ne fasse l'objet d'un véritable consensus. En effet, certains auteurs proposent que l'exigence de motivation soit étendue à « *toutes les autres hypothèses où, comme pour la résiliation du contrat, un droit, une prérogative unilatérale sont accordés à l'un des contractants* » (V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 14 ; *adde* MAZEAUD (D.), « Durées et ruptures », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 129 et s. L'auteur suggère notamment d'étendre cette mesure à l'hypothèse de l'exercice du droit de résilier unilatéralement un contrat qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée en raison de la gravité du comportement du cocontractant). D'autres proposent de l'imposer uniquement en présence d'une relation contractuelle inégalitaire (V. REVET (Th.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 579 et s.) Ou encore dès que l'exercice d'un pouvoir est en jeu (V. LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse *préc.*, n° 352 et s.), ou lorsque la décision du bénéficiaire du droit « *crée une situation juridique que son destinataire n'avait pas à anticiper* » et qui est de nature à le priver d'un droit (V. AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 555 et s.), ou enfin, de ne la prévoir que dans le cadre des contrats d'intérêt commun, impliquant une situation de dépendance économique d'un contractant vis-à-vis de l'autre (contrat de travail,

voyant en celle-ci « *un contre poids opportun au pouvoir unilatéral qu'un contractant exerce sur l'avenir économique de son partenaire, dans la mesure où elle lui impose d'exercer un tel pouvoir eu égard à la considération minimale des intérêts de ce dernier* »¹. Elle serait « *un degré supplémentaire de contrôle* »², traduisant « *un renversement de principe* »³, l'abus étant en quelque sorte présumé, et le droit clairement limité, non absolu⁴. Il est vrai que tout en permettant la compréhension rationnelle de l'acte par celui qui le subit, la motivation « *évite l'impulsion* » dans la prise de décision⁵, et « *oblige [le titulaire du droit] à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte* »⁶. Elle facilite par ailleurs la preuve, « *puisque, grâce à elle, le contractant auquel s'impose la décision considérée n'aura pas, s'il entend la contester, à en reconstituer les raisons, mais seulement à en démontrer le caractère non légitime* »⁷. Ainsi l'exigence de motivation serait une mesure de nature à permettre le respect du contradictoire lors de la prise d'une décision unilatérale⁸. Seulement, une telle directive présente des limites.

Tout d'abord, il apparaît difficile de la généraliser sauf à « *tuer économiquement* » les contrats concernés, et à précariser les relations contractuelles⁹. Les impératifs de discrétion, de rapidité et de stratégie liés à la vie des affaires, et avant tout le principe de la liberté

mandat d'intérêt commun, distribution, etc. ; V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 78).

¹ V. MAZEAUD (D.), *Le nouvel ordre contractuel, art. préc.*, n° 35 ; *adde* « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel. », *D.*, 2003, n° 2, p. 93 et s. ; FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 3 ; REVET (Th.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *art. préc.* ; WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, n° 35 : Les clauses conférant un pouvoir unilatéral à un contractant doivent être exercées « *conformément à l'utilité particulière qui a justifié que l'un des contractants accepte d'en attribuer le bénéfice à l'autre* ».

² V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 20.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *art. préc.* ; *adde* FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *art. préc.* : L'auteur voit en un tel mécanisme, « *un frein judicieux à l'impulsivité de la décision, et surtout, permet[tant] le contrôle ultérieur de l'exercice du droit sur le terrain de l'abus ou de la bonne foi* ».

⁶ V. AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *art. préc.* ; *adde* LAGARDE (X.), « La motivation des actes juridiques », *art. préc.*, spéc. p. 78 ; JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels*, préf. D. Mazeaud, Economica, 2013, n° 320 et s.

⁷ V. REVET (Th.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *art. préc.* Ceci est critiqué par Didier FERRIER qui y voit une contradiction au principe de bonne foi (V. FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *RDC*, 1^{er} avril 2004 n° 2, p. 558 et s.).

⁸ V. LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, thèse préc.*, n° 353. Cet auteur plaide, de manière plus générale, pour la mise en place d'une véritable procédure de prise de décision, permettant de limiter le risque d'arbitraire lié à l'expression d'une seule volonté ; *adde* « La décision et le droit privé », *D.*, 2008, p. 2293 ; DUPRÉ de BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne, thèse préc.* ; MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, thèse préc.*, n° 1254 et s.

⁹ V. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Motivation et agrément », *RDC*, 1^{er} déc. 2003 n° 1, p. 152 et s. ; FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *art. préc.*

contractuelle, se heurtent en effet à ce type de contrainte¹. Et une généralisation de cette exigence supposerait que la partie faible, comme la partie forte, y soit soumise, ce qui n'est pas très réaliste au regard, notamment des nombreux droits potestatifs qui opèrent précisément comme mécanismes de protection du consommateur². Ainsi, plutôt qu'une généralisation de cette mesure, il serait plus raisonnable d'en proposer une extension à certains types de situations, notamment pour compenser l'exercice d'un droit – et non d'une liberté – qui serait en la puissance de la partie forte au contrat.

De plus, la motivation ne doit pas être confondue avec la justification de l'acte : « *un acte peut être juste quoique non motivé. Il peut être motivé avec un luxe de détails, mais injuste* »³. Or, précisément, « *dans l'extrême majorité des litiges, ce qui est contesté par le partenaire, ce n'est pas l'absence de motivation, mais bien l'absence de motifs « légitimes », c'est-à-dire, [...] le défaut de justification* »⁴. Finalement, l'exigence d'un motif ne suffit pas en elle-même, car ce dernier peut être erroné ou fallacieux⁵. Il faudrait au surplus que le juge contrôle la véracité des motifs allégués. Mais la doctrine est divisée sur la question de savoir si c'est la seule absence de motifs ou également leur illégitimité qui doit être sanctionnée.

Enfin, la nature de la sanction de la motivation n'est pas franchement déterminée⁶, tout comme la nature de cette exigence même. Il ne peut pas s'agir, techniquement parlant, d'une « obligation », car la motivation ne constitue pas une prestation, un avantage monnayé en faveur du cocontractant⁷. D'ailleurs, à travers la motivation, ce n'est pas tant un comportement qui est pris en compte, que le contenu même de l'acte. Elle tend à expliciter son fondement, sa finalité. La motivation s'apparente ainsi davantage à une condition de validité de l'acte juridique unilatéral. Un parallèle est ainsi parfois justement fait entre la

¹ V. AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *art. préc.* (L'auteur ajoute qu'il existe une barrière liée au fait que « *certain motifs sont indicibles, ceux qui affectent le plus profondément la relation à autrui : confiance et défiance, amour et haine...* »). Ces limites sont d'ailleurs reconnues par Muriel FABRE-MAGNAN qui milite pourtant assez vivement en faveur de l'exigence de motivation, V. not. FABRE-MAGNAN (M.), « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 573 et s.

² V. FAGES (B.), « Obligation de motivation et droit des contrats, Des motifs de débat », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 563 et s. Pour qui au surplus, « *les droits potestatifs [sont] allergiques, par définition, à un contrôle judiciaire de leurs ressorts intimes* ».

³ V. AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *art. préc.* ; comp. FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *art. préc.* : « *que faut-il justifier ? [...] Le respect de l'intérêt commun dont on sait qu'il n'est pas conçu de la même façon par l'une et l'autre des parties [...] ? Le respect de l'équilibre dont on sait qu'il ne se ramène pas à l'égalité ? [...] Le caractère « raisonnable » de la décision, rapportée au contexte dans lequel se situe la relation, que l'on devrait pourtant présumer ?* ».

⁴ V. CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.*

⁵ En ce sens, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 615.

⁶ V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 21 : L'auteur reconnaît que « *s'agissant de l'obligation de motivation, il faudra affiner les sanctions adéquates lorsque le contractant ne motive pas l'exercice de son droit mais aussi lorsqu'il avance une fausse motivation, ou une motivation illicite* ». Mais aucune suggestion de sanction n'est proposée.

⁷ V. *supra* n° 41 et s.

motivation d'un acte et la cause du contrat¹. La motivation, comme la cause, traduit les motifs, les raisons qui conduisent l'individu à créer l'acte juridique. Or, la sanction du défaut de validité d'un acte est traditionnellement la nullité de ce dernier. Le défaut de motivation devrait ainsi conduire au prononcé de la nullité de l'acte². La motivation va toutefois au-delà de l'exigence de l'existence d'une cause à l'acte juridique, puisqu'elle implique, au surplus que cette cause soit expressément portée à la connaissance du destinataire de l'acte. Ainsi, il se peut que l'acte soit causé mais non motivé³. De plus se pose la question de savoir si le caractère erroné ou fallacieux des motifs pourrait également conduire à cette sanction. À raisonner par analogie avec le régime de la cause, cela semble tout à fait discutable. D'une part, quant au motif erroné, il s'agit de faire une distinction entre l'hypothèse où l'erreur est volontaire, ce qui rejoint en réalité le cas du motif fallacieux, et celle où elle est involontaire, c'est-à-dire que le *potentor* est de bonne foi mais avance des motifs qui ne correspondent pas à la réalité des faits. Dans ce dernier cas, un parallèle est envisageable avec le mécanisme de la fausse cause, qui permet au juge de prononcer la nullité de l'acte⁴. Cependant, et d'autre part, le motif fallacieux se rapproche de la cause simulée : le créateur de l'acte dissimule la vraie raison de sa décision derrière un motif apparent⁵. Or, « *la cause simulée n'entraîne pas, sauf exceptions, la nullité de l'obligation* »⁶, puisque le juge doit d'abord rechercher la cause véritable de l'acte, dont le caractère illicite pourra fonder la sanction de la nullité. Il reviendrait ainsi au juge d'apprécier la licéité des véritables motifs animant la décision unilatérale, ce qui, en plus d'être une démarche lourde et chronophage, peut s'avérer assez hasardeuse puisqu'elle invite le juge à interpréter la volonté du *potentor*⁷. Nul doute ainsi que l'appréciation *a posteriori* de la légitimité des motifs par le juge puisse générer, en soi, du contentieux⁸. Le raisonnement par analogie avec la cause du contrat comporte ainsi des limites.

¹ V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », *art. préc.*, n° 6 : « L'obligation de motivation nous semble mettre en œuvre la cause comme finalité de l'acte, du contrat par exemple » ; « la motivation renvoie au mobile de l'acte que le droit français rattache précisément à la cause ».

² En ce sens, V. not. JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels*, thèse préc., n° 351 et s.

³ Pour une critique de la sanction de la motivation par la nullité de l'acte, V. FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *art. préc.* : cela « impliquerait que le titulaire du pouvoir revienne au statu quo ante ou propose une nouvelle solution satisfaisant l'exigence de motivation, ce qui constituerait un élément de complexité pour la continuité des relations » ; Sur la distinction entre la nullité d'un acte juridique unilatéral et la déchéance d'un droit, V. *infra*, n° 462.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 351. La fausse cause est « une absence totale ou partielle de cause sur laquelle vient se greffer un vice du consentement, le plus souvent une erreur ».

⁵ V. *Ibid.*, n° 352.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ D'ailleurs, si la motivation suppose que la finalité du droit soit caractérisable, il n'est pourtant « pas toujours aisé de déterminer la fonction des droits exercés » : V. CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.*, n° 21.

⁸ Puisqu'elle « rend possible la contestation juridictionnelle » (V. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, Paris, Imprimerie nationale, 1976, p. 15 et s., spéc. n° 28), la motivation est

En définitive, il semble que dans les faits, une telle exigence de motivation ne servirait que d'indice pour la caractérisation de l'abus. En effet, la lecture – parfois *a contrario* – de décisions relatives à la motivation de l'acte unilatéral, laisse entendre que l'absence de motifs, ou leur caractère fallacieux ou erroné sont précisément révélateurs de l'abus dans l'exercice du droit¹. La motivation n'a alors qu'un rôle d'aide à la caractérisation de l'abus, mais elle ne l'empêche pas véritablement. Or, une fois la faute caractérisée, le juge sera amené à la sanctionner assez classiquement par l'allocation de dommages et intérêts ou par la modification de la décision – c'est-à-dire par la réfaction du contrat. Pourtant il s'agit du type même de conséquence dont il était recherché une alternative par l'instauration de mesures préventives. De telles sanctions supposent en effet « *que le titulaire du pouvoir applique dans sa relation au cocontractant une stratégie fixée par le juge* », qui est *a priori* incertaine et indéterminée². Le régime attaché à l'exigence de motivation amenuise finalement assez considérablement l'intérêt de cette technique qui semblait, *a priori*, permettre d'échapper aux inconvénients liés à la caractérisation d'un abus.

Dès lors, il convient de s'interroger sur l'existence d'autres techniques pouvant permettre une limitation préventive de l'abus de droit. Or, régulièrement associé à l'exigence de motivation, le respect d'un délai de préavis a également pu être proposé comme technique d'encadrement préventive de l'exercice du droit³.

308. Le respect d'un délai de préavis. Souvent abordée à l'occasion de l'étude des circonstances de la rupture unilatérale d'un contrat, l'exigence d'un préavis est généralement présentée comme étant un moyen adéquat pour encadrer *ab initio* l'exercice de son droit de rompre par le contractant⁴. Ce dernier, une fois sa décision prise de mettre fin à la relation contractuelle doit en avertir l'autre partie un certain temps avant que le contrat ne soit

de nature à favoriser les comportements chicaniers, ce qui doit conduire à relativiser la portée prétendument simplificatrice de cette mesure.

¹ Pour le cas de l'absence de motifs, V. not. Cass. com. 3 nov. 2004, n° 02-17919, *RDC*, 2005, 1130, obs. BÉHAR-TOUCHAIS (M.). Pour le cas de motifs illégitimes, V. not. Cass. com. 3 juin 1997, *D.*, 1998, 113, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 1997, 935, obs. MESTRE (J.) ; *RTD Com.*, 1998, 405, obs. BOULOC (B.) ; 27 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 256 ; 26 janv. 2010, *préc.* ; Cass. civ. I, 6 mai 2010, *D.*, 2010, 1279, obs. DELPECH (X.). Pour des exemples d'abus de refus d'agrément : Cass. civ. I, 7 oct. 1965, *préc.* ; CA Paris, 7 avr. 1995, *D.*, 1995, IR, p. 163 ; *Rev. soc.*, 1995, p. 771, obs. GUYON (Y.) : cet arrêt précise que le refus d'agrément d'un nouvel associé arrivant dans une SCI doit être motivé par l'intérêt social, à défaut il s'agit d'un abus de droit pouvant être sanctionné ; Cass. com., 2 juill. 2002, *préc.* : « *le refus d'agrément par le concédant devait être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes et [...] pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels* », ainsi il appartient aux juges du fond de « *vérifier si les motifs avancés par le concédant, même tardivement, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément* ».

² V. FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *art. préc.*

³ V. not. JAOUEN (M.), *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels*, thèse *préc.*, n° 321 : « *l'exigence d'un délai de préavis pourrait servir de fondement au développement d'une obligation de motivation en matière de rupture des contrats* ».

⁴ V. not. VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, thèse *préc.*, p. 458 et s. ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 21.

définitivement rompu. Cela permet notamment au contractant subissant la rupture d'avoir le temps de rechercher un nouveau partenaire économique.

Le respect d'un délai de préavis est parfois expressément prévu par le législateur¹. Mais la plupart du temps c'est la jurisprudence qui en révèle l'utilité, soit qu'elle constate qu'une décision n'est pas abusive car elle a été prise en respectant un délai de préavis fixé par les parties au contrat², soit qu'elle stigmatise l'abus en reprochant, *a posteriori* aux parties de ne pas avoir respecté un tel délai³. En effet, si elle refuse actuellement d'imposer la motivation de la décision, elle exige cependant au *minimum* qu'un préavis soit observé par le décidant⁴. Mais, tout comme la motivation, le délai de préavis comporte diverses limites quant à sa portée⁵.

Tout d'abord, le respect d'un préavis est une exigence résultant de quelques textes épars mais qui n'est induite d'aucune disposition générale, et son domaine semble limité, pour l'heure, à l'hypothèse de la rupture unilatérale du contrat⁶.

De plus, la jurisprudence semble reconnaître la validité de la clause exclusive de préavis⁷.

Ensuite, il est reconnu, tant par les textes spéciaux, que par la jurisprudence, qu'une telle exigence n'a pas lieu d'être en cas d'urgence, et notamment si le cocontractant a manqué à ses obligations⁸.

¹ V. not. art. 1736 C. civ. : le bail à durée indéterminée (« fait sans écrit ») ne peut être résilié « *qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux* » ; art. L. 442-6-I, 5° C. com. : cet article sanctionne « *le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » ; art. L. 313-12 C. mon. et fin. : « *Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis* » ; En droit du travail, toute rupture unilatérale impose le respect d'un « *délai-congé* ».

² V. not. Cass. com., 19 nov. 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 329 ; 6 mai 2002, *préc.* ; 25 févr. 2003, J-D n° 2003-018064, CCC, 2003, comm. 104, note LEVENEUR (L.) ; Cass. civ. I, 30 juin 2004, n° 01-00475 ; Cass. com. 26 janv. 2010, *préc.*

³ V. en matière de mise en œuvre d'une clause de mobilité : Cass. soc., 2 mars 2005, n° 02-47546.

⁴ V. not. Cass. com., 6 janv. 1987, n° 85-16823, Bull. civ. IV, n° 7 ; 7 oct. 1997, *préc.* : « *le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation* ». D'ailleurs, tout en proclamant la liberté de rompre un contrat à durée indéterminée, le Conseil constitutionnel a sommé le législateur d'accompagner cette liberté d'une exigence de préavis : V. CC D° n° 99-419 relative au PACS, *préc.*

⁵ Pour une étude en ce sens, V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 21.

⁶ V. GÉNICON (T.), « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *RDC*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 832 et s.

⁷ V. Cass. civ. I, 17 févr. 2011, n° 10-13980, *D.*, 2011, p. 676, obs. ROUQUET (Y.). Cependant, V. les interrogations de Philippe STOFFEL-MUNCK sur ce point (obs. sous Cass. com., 12 mai 2004, *RDC*, 2004, p. 943) ; *adde* GÉNICON (T.), « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *art. préc.* : l'auteur se demande « *si l'impérativité du préavis de résiliation ne sera pas la prochaine étape franchie* »).

⁸ V. art. L. 442-6-I, 5° C. com. : « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure* » ; art. L. 313-12 C. mon. et fin. : « *L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise* » ;

Au surplus, se posent les questions de la forme¹ et de la durée du délai du préavis qui ne sont pas sans poser de difficultés lorsque rien n'est clairement prévu par avance². Si la jurisprudence impose le respect d'un délai « raisonnable » ou « suffisant », ces critères restent assez flous, et sont donc facteurs d'insécurité juridique³. D'ailleurs, « *le plus souvent, seul un regard rétrospectif du juge, saisi d'une action en responsabilité pour rupture abusive, pourra préciser les choses* »⁴.

Enfin, ces incertitudes inhérentes au délai de préavis se retrouvent quant à sa sanction. En effet, celle-ci n'est pas clairement déterminée. Il semble que la jurisprudence considère purement et simplement le défaut de préavis comme la manifestation d'un abus, et donc sanctionne la faute par l'allocation de dommages-intérêts au profit de la partie lésée⁵. En revanche, la solution est moins claire lorsque le préavis est prévu mais qu'il n'est pas respecté. Les textes engagent généralement la responsabilité du contractant qui ne respecte pas le délai de préavis, c'est dire que le législateur assimile ce comportement – implicitement du moins – à un abus de droit, ou plus largement, au manquement à un devoir⁶. Tout comme la motivation, le préavis ne sert en réalité que d'indice de l'existence d'un abus de droit. Il n'a pas de véritable autonomie par rapport au devoir de ne pas commettre d'abus. Néanmoins, la question s'est posée de savoir si « *la victime [pourrait] agir devant le juge des référés pour obtenir, au besoin sous astreinte, une réparation en nature, en clair le maintien de la relation pendant la durée normale du préavis* »⁷. Une telle question renvoie à celle de la nature même du délai de préavis. D'ailleurs, il a pu être proposé en doctrine de limiter le maintien forcé du contrat aux hypothèses où il existe une « *promesse d'un délai de préavis déterminé ou objectivement déterminable* », et non lorsque le « *préavis n'est pas prévu par le contrat ni fixé par aucun texte* »⁸. Cela car, dans le premier cas, il s'agit d'une « *véritable obligation* » justifiant la possibilité d'une exécution forcée, tandis que dans le second, à défaut de

Cass. com., 5 mars 1996, *RTD Civ.*, 1996, p. 904, obs. MESTRE (J.). Sur ce point, V. MAZEAUD (D.), « Durées et ruptures », *art. préc.*, spéc. n° 28 et s.

¹ Le plus souvent, il sera expressément exigé un écrit, mais qu'en est-il si rien n'est précisé ? La forme écrite semble dans tous les cas préférable pour des questions évidentes de preuve.

² V. MAZEAUD (D.), « Durées et ruptures », *art. préc.*, spéc. n° 36.

³ En effet, une jurisprudence établie décide que le respect du préavis n'est pas suffisant à lui seul, puisque sa trop courte durée n'écarte pas le caractère brutal, et donc abusif, de la rupture, V. par ex., Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 86 ; *RDC*, 2004, p. 943, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *D.* 2005, p. 150, obs. FERRIER (D.) ; *JCP E*, 2004, n° 41, p. 1592, note LACHÎÈZE (C.) ; *JCP G*, 2004, II, 10184, note SONET (A.) ; *CCC*, 2004, comm. 104, obs. LEVENEUR (L.) ; *RDLC*, 2004, n° 1, p. 67, obs. FASQUELLE (D.). Le préavis suffisant est notamment apprécié en fonction de la durée des relations contractuelles ainsi que de leur volume, V. not. Cass. civ. I, 25 juin 1996, n° 94-17633, *Bull. civ. I*, n° 269 ; *adde* TESTU (F.-X.), *Contrats d'affaires*, D., 1^{re} éd., 2010, p. 62 et s., n° 103.

⁴ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 21.

⁵ V. par ex. Cass. com., 23 avr. 2003, *CCC*, 2003, comm. n° 137, obs. LEVENEUR (L.), *D.*, 2003, somm. comm., 2433, obs. FERRIER (D.). Sur la question de l'étendue du préjudice à réparer, V. CA Douai, 15 mars 2001, *CCC*, 2001, comm. n° 125, obs. MALAURIE (M.) ; *adde* MAZEAUD (D.), « Durées et ruptures », *art. préc.*, spéc. n° 37 ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*

⁶ V. not. art. L. 442-6-I, 5° C. com. ; L. 313-12 C. mon. et fin.

⁷ V. MAZEAUD (D.), « Durées et ruptures », *art. préc.*, spéc. n° 37.

⁸ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 26.

consistance précise, le préavis « *relève de l'ordre du devoir de comportement* »¹, et constitue un simple fait générateur de responsabilité civile, ne pouvant pas faire l'objet d'une exécution forcée².

Il est vrai que lorsque le juge stigmatise le non-respect d'un préavis, qui n'était pas préalablement déterminé – ni par les parties, ni par aucun texte – il caractérise en réalité un comportement abusif en raison de la brutalité de la rupture du contrat. Cela implique effectivement la sanction liée à la caractérisation d'une faute, c'est-à-dire l'allocation de dommages-intérêts. Mais quitte à reconnaître l'existence d'un devoir de préavis, c'est-à-dire une contrainte catégorique à la charge du titulaire du droit de rompre le contrat, le juge devrait pouvoir disposer des moyens permettant de corriger concrètement le défaut d'avertissement en enjoignant au contractant fautif de demeurer le temps nécessaire dans les liens contractuels. En effet, qu'il s'agisse d'un devoir ou d'une obligation, le caractère catégorique de la contrainte devrait pouvoir justifier que le juge en ordonne l'exécution forcée³. Des arrêts ont d'ailleurs déjà pu se prononcer en faveur d'une telle sanction alors qu'aucun délai n'était initialement fixé⁴.

Par ailleurs, il paraît très discutable de qualifier le délai de préavis, même préalablement défini, d'obligation civile. Plutôt qu'une prestation, une telle règle implique une contrainte comportementale, une exigence de patience à la charge du titulaire du droit, et qui en conditionne la revendication. Cette contrainte s'apparente ainsi nettement à une incombance⁵. La notion d'incombance éclaire en effet le mécanisme du préavis. Cette qualification permet de justifier techniquement le fait que le juge refuse de donner effet à la résiliation ne respectant pas cette exigence préalable. En effet, le maintien forcé du lien contractuel joue comme une neutralisation du droit de rompre en raison du manquement à l'exigence comportementale en conditionnant l'exercice⁶. La perte du droit de résilier unilatéralement le contrat est de nature à expliquer le maintien forcé du contrat, au moins pour la durée du préavis conventionnellement fixé.

Cela fait apparaître l'intérêt de la reconnaissance de la notion d'incombance ainsi que son rôle de légitimation préventive de l'exercice du droit. Cet exemple révèle au surplus la nécessité de distinguer clairement entre les différentes exigences comportementales pouvant peser sur le contractant à l'occasion de l'exercice de son droit.

¹ V. *Ibid.*

² V. *Ibid.*

³ Sur la possibilité de prononcer l'exécution forcée d'un devoir contractuel, V. *infra*, n° 354 et s.

⁴ V. not. Cass. civ. I, 11 mai 1976, *D.*, 1978, 269, note TAISNE (J.-J.), *Defr.* 1977, 456, obs. AUBERT (J.-L.) ; Cass. com., 3 déc. 1991, *RJDA*, 1992, n° 63 ; Cass. civ. I, 7 nov. 2000, *D.*, 2001, 256, obs. BILLIAU (M.) et JAMIN (C.) ; somm. comm., 1137, obs. MAZEAUD (D.), *RTD Civ.*, 2001, p. 137, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; 29 mai 2001, *RTD Civ.*, 2001, 590, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). Sur ce point, V. PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, spéc. n° 267 et s.

⁵ Sur l'objet de l'incombance, V. *supra*, n° 213 et s.

⁶ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 687.

309. Distinction des exigences comportementales relatives à l'exercice du droit.

« *Quelle attitude le créancier doit-il adopter dans l'exercice de ses droits contractuels ?* »¹, telle est finalement la question qui se pose au regard du droit positif. Le créancier doit-il seulement se soumettre au devoir de bonne foi, et plus précisément, au devoir de s'abstenir de tout abus dans la mise en œuvre de son droit ? Ou est-il tenu d'autres types d'exigences, pouvant éventuellement justifier le prononcé de sanctions alternatives ? Même si elles comportent quelques limites, les techniques qui viennent d'être étudiées montrent l'utilité de conditionner l'exercice du droit, et présentent une alternative au recours à la seule directive générale de bonne foi². Or, en tant que véritable « *condition d'exercice* » du droit, l'incombance s'avère très précisément être une technique particulièrement utile pour prévenir les risques d'abus. Sa finalité est plus spécialement de limiter, *a priori*, les dangers nés de l'incertitude planant sur l'exercice du droit.

B- L'utilité de l'incombance comme technique de prévention de l'abus

310. Domaines de l'abus et de l'incombance. En tant que condition préalable à la mise en œuvre d'un droit, l'incombance a précisément ce caractère procédural pouvant s'avérer utile à l'encadrement préventif de l'exercice du droit. Elle semble ainsi être un mécanisme apte à limiter, *ab initio*, les hypothèses d'abus.

Les domaines de l'abus et de l'incombance ne se recoupent cependant pas totalement. En effet, l'abus permet de sanctionner, de manière générale, l'absence de prise en considération de l'intérêt du cocontractant dans l'exercice du droit. Son domaine est donc assez large : tout droit non discrétionnaire est susceptible de voir sa mise en œuvre sanctionnée sur le fondement de l'abus³. En revanche, si tout comme l'abus, l'incombance « *n'est spécifique ni au droit potestatif ni à une prérogative définie* »⁴, elle a un domaine plus spécial, car en tant qu'accessoire du droit, elle est la manifestation de ce qu'un danger est

¹ V. CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.*

² D'ailleurs, MME ROCHFELD envisage très clairement de s'inspirer des règles relatives à la condition pour encadrer l'exercice du droit potestatif. Cela assurerait, selon l'auteur, une incertitude objective qui supprimerait l'arbitraire du titulaire du droit potestatif. Mais elle écarte finalement ce remède, le jugeant excessif et difficile à justifier théoriquement, notamment en raison de la sanction de la nullité qui n'est pas adaptée à la phase d'exécution du contrat. Elle reconnaît néanmoins la possibilité de « *maintenir l'acte, en paralysant le droit potestatif incriminé par une nullité partielle* », n'atteignant que la clause potestative, ce qui rejoint finalement la sanction du réputé non écrit (V. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *art. préc.*, n° 17) ; CHÉNEDÉ (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *art. préc.* : « *si l'on conçoit que le juge puisse sanctionner des comportements déloyaux, c'est que l'on admet qu'il existe des « conditions d'exercice » pour les droits et obligations contractuelles* ». Comp. REVET (Th.), « Propos introductifs », *art. préc.* : l'auteur propose de faire de la bonne foi une « *condition de validité des décisions unilatérales* ».

³ Sachant que le domaine des droits discrétionnaires se réduit aujourd'hui à une peau de chagrin, et la réalité du concept est d'ailleurs souvent contestée. Sur ces questions, V. not. CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », *art. préc.*

⁴ V. NAJJAR (I.), « La potestativité », *art. préc.*

relatif à la particularité même de celui-ci : soit elle encadre l'exercice d'un droit potestatif qui implique une incertitude quant à la volonté même de son titulaire d'en faire usage, soit elle accompagne la mise en œuvre d'un droit de créance dont la revendication est soumise à la survenance d'un événement aléatoire et qui est donc également, et par définition, incertaine¹. Son jeu est cantonné à l'encadrement d'un droit portant intrinsèquement une incertitude quant à sa mise en œuvre. C'est-à-dire un droit dont le cocontractant n'a *a priori* pas moyen de contester l'exercice, soit que cette impuissance résulte de la potestativité du droit, soit qu'elle soit liée à un aléa quant à la survenance de l'événement donnant naissance au droit. Le point commun qui unit les différentes hypothèses où se manifeste une incombance est précisément l'existence d'une incertitude relative à la mise en œuvre du droit par son titulaire.

311. Incertitude dans l'exercice du droit et rôle préventif de l'incombance.

L'incombance présente l'intérêt particulier de limiter l'incertitude liée à l'exercice d'un droit dont la mise en œuvre comporte un aléa pour son destinataire. Elle limite, de manière préventive, les dangers attachés à l'incertitude pesant sur la revendication du droit.

Lorsqu'elle conditionne l'exercice d'un droit potestatif, l'incombance réduit l'aléa lié à la manifestation tardive de sa volonté par le *potentor*. En effet, il est plusieurs hypothèses où le législateur met expressément à la charge du titulaire du droit un comportement diligent visant à l'empêcher de faire peser indéfiniment l'incertitude quant à l'exercice du droit sur les épaules du cocontractant.

Par exemple, l'incombance qui pèse sur l'assureur en vertu de l'article L. 112-2, al. 5 du Code des assurances² permet d'encadrer l'exercice de son droit d'option et évite qu'il ne laisse planer une incertitude quant à sa décision au détriment de l'assuré³.

Pareillement, la règle posée à l'article L. 113-4, al. 3 du Code des assurances encadre l'exercice de son droit de résiliation ou de modification du contrat par l'assureur⁴. L'exigence posée vient compenser le pouvoir unilatéral appartenant à l'assureur de choisir le destin du contrat et donc du cocontractant. Il s'agit d'éviter les abus liés à l'exercice du droit de résiliation ou de modification du contrat d'assurance.

Il a encore été vu que si le bailleur refuse la demande de renouvellement du bail, il doit exprimer ce refus au locataire dans les trois mois de la signification de la demande⁵. Sa prise de décision est encadrée dans un délai afin d'éviter une trop grande attente du locataire et de

¹ V. *supra*, n° 215 et s.

² V. *supra*, n° 157.

³ En ce sens, V. GROUTEL (H.), « Revirement de la Cour de cassation au sujet du silence de l'assureur », *RCA*, 1994, chron. 37 : « il importe [...] que l'intéressé ne reste pas dans l'incertitude quant à l'acceptation ou non par le silence de l'assureur » ; CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, LGDJ, 3^e éd., 2014, n° 213 : cette règle a pour but « d'éviter les inconvénients liés à une inertie prolongée de l'assureur auquel le souscripteur adresse une proposition ».

⁴ V. *supra*, n° 157.

⁵ V. *supra*, n° 158 (art. L. 145-10 C. com.).

lui épargner l'incertitude liée à l'attitude du bailleur. Cela évite que son indécision ne vienne perturber de manière abusive la situation du locataire, au point de lui occasionner éventuellement des dommages. Par exemple, laisser croire à une acceptation pour finalement refuser de manière tardive et soudaine le renouvellement serait une contradiction abusive de la part du bailleur, susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle et d'entraîner ainsi une obligation de réparer le dommage causé.

Également, la possibilité pour le bailleur de contester le caractère connexe ou complémentaire des activités désirées par le locataire est encadrée dans un délai de deux mois, ce qui limite le pouvoir du bailleur de refuser la déspecialisation¹. Il s'agit d'une limite objective à l'exercice de son droit potestatif.

Pour un dernier exemple en matière de bail, il apparaît clairement que la potestativité du droit de préemption est limitée par une exigence de notification de la prise de décision dans un certain délai. À défaut de l'existence d'un tel délai, l'incertitude et l'aléa lié à l'exercice de ce droit seraient trop nuisibles au cocontractant.

Par ailleurs, il a été vu qu'une incombance peut accompagner la revendication d'un droit de créance dont l'exercice est soumis à un aléa, que ce droit de créance aléatoire soit l'objet même du contrat conclu², ou qu'il en soit un élément accessoire³. Dans la plupart de ces cas, la raison d'être de l'incombance est alors de limiter l'incertitude liée à la revendication du droit au paiement, en raison du caractère aléatoire de l'événement auquel le droit est subordonné. Cela, soit en imposant au créancier d'avertir le débiteur lorsqu'il a connaissance de la réalisation de l'événement conditionnant son droit au paiement – c'est l'exemple type de l'incombance de dénonciation des vices cachés – soit en empêchant le créancier de se prévaloir d'une situation née de la manipulation des événements. En effet, il se peut que le créancier cherche à faire disparaître, par son comportement, l'aléa auquel est subordonné le droit. Dans ces hypothèses, les incombances qui pèsent sur le créancier permettent de légitimer sa prétention ultérieure.

Tout d'abord, il se peut que le bénéficiaire du droit cherche à provoquer ou à simuler l'événement rendant son droit exigible. Par exemple, pour « *lutter contre les arrêts de travail successifs* »⁴, et notamment éviter des abus liés à la simulation, le législateur impose au salarié de se soumettre à la contre-visite médicale ordonnée par l'employeur, s'il veut pouvoir bénéficier de son indemnité complémentaire à l'allocation journalière de la sécurité sociale due en cas de maladie⁵, à défaut de quoi « *il perd le droit à l'allocation complémentaire*

¹ V. *supra*, n° 158 (art. L. 145-47 C. com.).

² V. *supra*, n° 219.

³ V. *supra*, n° 218.

⁴ V. AUZÉRO (G.), et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 329.

⁵ V. *supra* n° 162 (art. L. 1226-1 C. trav.).

versée par l'employeur »¹. Ainsi, s'il se soumet à la contre-visite médicale (qui conclut à la réalité de la maladie), le salarié aura droit à l'indemnité complémentaire.

Ensuite, il peut être craint que le titulaire du droit de créance n'aggrave, par son comportement, le montant de la dette du cocontractant. Par exemple, une mauvaise gestion de ses droits par le créancier, voire leur perte, peut causer un préjudice à la caution. Subrogée dans les droits du créancier, elle ne pourra plus bénéficier de ces avantages qui lui appartenaient auparavant et qui lui permettaient d'avoir plus de chances de recouvrer sa créance auprès du débiteur principal. Or, la caution ne doit pas contribuer à la dette, ainsi son recours est important et mérite protection. C'est pourquoi il est prévu que si le créancier entend bénéficier de son recours contre la caution dans l'intégralité de ce qu'elle lui doit, il lui importe de veiller à conserver ses sûretés, car à défaut la caution sera déchargée à hauteur des droits négligés par le créancier². S'il veille à la conservation de ses droits préférentiels, le créancier pourra exercer son recours contre la caution à hauteur de ces droits.

Enfin, le risque lié à la manipulation de l'aléa est particulièrement important lorsqu'un droit est assorti d'une condition. En effet, une telle modalité suppose nécessairement un aléa : l'exigibilité ou l'extinction du droit est subordonnée à la réalisation d'un événement futur et incertain. Or, il peut être assez tentant pour la partie au détriment de laquelle joue la condition d'en empêcher la réalisation, ou pour la partie en faveur de laquelle elle joue, de la provoquer. C'est pourquoi le législateur a prévu la règle de l'article 1178 du Code civil³. Cette disposition invite le débiteur bénéficiant d'une condition suspensive en sa faveur, et ayant « *un pouvoir de fait sur l'évènement érigé en condition* »⁴, à ne pas en empêcher l'accomplissement, à défaut de quoi il perdra le droit de se prévaloir de sa défaillance. Celui qui aura manipulé le hasard, ne pourra plus se prévaloir des conséquences de cette manipulation.

Il apparaît, à travers ces exemples, que l'incombance permet, en tant que contrainte préalable à l'exercice d'un droit, de légitimer sa mise en œuvre, et par là même d'éviter des abus de droit. Mais, bien que l'incombance implique un comportement en condition de l'octroi d'un avantage et donc à peine de le perdre, son mécanisme ne doit toutefois pas être purement et simplement confondu avec celui de la condition résolutoire. Cela notamment car ces mécanismes ne poursuivent pas la même finalité. L'exemple de la condition résolutoire potestative accompagnant une libéralité est sur ce point révélateur.

¹ V. *Ibid.*

² V. *supra* n° 159 (art. 2314 C. civ.).

³ V. *supra* n° 163 et s. V. not. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 258 ; adde STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 684.

⁴ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 1105.

312. La nécessaire distinction de la condition résolutoire grevant une libéralité de l'incombance. Il a été vu que le disposant peut préciser la cause de la libéralité en y ajoutant une charge ou une condition¹.

Or, les différences reconnues par la doctrine entre la nature et le régime des « charges » ou « conditions » pouvant grever une libéralité², ont pu conduire un auteur à proposer de caractériser derrière les « charges » de véritables obligations, et derrière les « conditions résolutoires potestatives » des incombances³. En effet, selon MME LICARI, il faudrait différencier parmi les exigences comportementales pouvant grever une libéralité, celles qui, en ce qu'elles imposent de véritables prestations au gratifié, sont des obligations civiles *stricto sensu* – par exemple, le fait d'apporter des soins au disposant – et celles qui n'imposent aucune prestation mais qui mettent à la charge du gratifié un comportement dans son propre intérêt – par exemple, le fait de ne plus consommer de boissons alcoolisées. Dans cette dernière hypothèse on se trouverait plus spécialement face à une incombance, c'est-à-dire une exigence comportementale imposée dans le seul intérêt de celui qui y est soumis, et conditionnant la possibilité de se prévaloir d'un avantage. L'avantage en question étant en l'occurrence l'obtention de la libéralité, le gratifié devrait adopter le comportement qui est attendu de lui sous peine d'en perdre le bénéfice. Selon MME LICARI, le fait que ni l'exécution forcée du comportement posé comme condition résolutoire de la libéralité ni la condamnation à des dommages-intérêts en cas de manquement ne soient possibles, nécessite de voir en cette règle l'existence d'une incombance grevant la libéralité⁴.

Cependant, ces qualifications peuvent être discutées.

En premier lieu, s'il est parfois exact de qualifier la « charge » d'« obligation » puisqu'elle implique souvent une véritable prestation que le gratifié doit exécuter, il a cependant été vu que ce qualificatif peut également permettre de traduire l'effet réel de la libéralité⁵. Si les libéralités sont souvent assorties d'une obligation à la charge du bénéficiaire, elles sont parfois accompagnées d'une véritable charge, par exemple, une interdiction d'aliéner le bien qui est l'objet de la libéralité⁶.

En second lieu, la qualification de la condition résolutoire potestative en incombance n'apparaît pas véritablement convaincante, et cela pour trois raisons.

Tout d'abord, le comportement en question n'est pas tant une démarche préalable à la revendication d'un droit, qu'une attitude constituant la contrepartie d'un avantage d'ores et

¹ V. *supra* n° 74.

² V. not. BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français, thèse préc.*, n° 46 et s. ; adde CAPITANT (H.), *De la cause des obligations, thèse préc.*, n° 201 ; TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, D., 4^e éd., 2014, n° 588 et s. ; MALAURIE (Ph.) et BRENNER (Cl.), *Les successions, Les libéralités*, LGDJ, 6^e éd., 2014, n° 387 et s.

³ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *supra*, n° 74.

⁶ V. *Ibid.*

déjà reçu. Le comportement doit être adopté parce que le gratifié a reçu une certaine somme de la part du disposant.

Ainsi, et ensuite, la finalité de la condition résolutoire est différente de celle de l'incombance qui tend à limiter un risque d'abus dans l'exercice d'un droit. Ici, le comportement vise directement la satisfaction du disposant puisqu'il en a fait une condition de son engagement. Le comportement du gratifié est relatif à la cause du contrat pour le disposant. Cela justifie d'ailleurs l'effet attaché à la survenance de la condition.

En effet, et enfin, quant au régime attaché à ce comportement, si l'exécution forcée de la condition ainsi que la condamnation à des dommages-intérêts sont impossibles, ce n'est pas en raison du fait que le comportement est dans le seul intérêt de celui à qui il s'impose, mais en raison du fait qu'il relève du domaine de la liberté d'action du gratifié, puisqu'aucune obligation n'est mise à sa charge. D'ailleurs, il est douteux que le comportement du gratifié ne soit que dans son propre intérêt, puisque le disposant en a fait la condition expresse de sa libéralité. Le comportement du gratifié vise directement l'intérêt même du contrat, elle en constitue la cause pour le disposant. Par le biais de la condition, le disposant a précisé la cause de son engagement : il donne au gratifié parce qu'il attend de lui tel comportement. Cela justifie que la sanction encourue soit la révocation de la libéralité. Ce n'est pas par l'effet de la perte d'un droit que la révocation est prononcée mais par l'effet direct de la clause résolutoire qui traduit la perte de cause du contrat pour le disposant. Or, la sanction qui accompagne traditionnellement le manquement à une incombance est la perte de l'avantage qu'elle conditionne, c'est-à-dire une déchéance¹. L'inaccomplissement du comportement érigé en condition résolutoire ne justifie pas cette sanction, puisqu'il n'y a pas de contrainte. La révocation de la libéralité a un caractère automatique. Ainsi, la révocation liée au jeu de la condition résolutoire aura lieu y compris si le gratifié n'a pas pu adopter le comportement en question à cause d'un cas de force majeure². En revanche, la force majeure doit être de nature à relever le contractant ayant manqué à son incombance de la déchéance qu'il encourt³. D'ailleurs, cette sanction particulière qui lui est attachée, fait beaucoup pour le succès de l'incombance.

313. Les avantages liés à la sanction spécifique de l'incombance. L'intérêt de l'incombance réside principalement dans la sanction qui accompagne son manquement. En

¹ V. *infra*, n° 414 et s.

² V. not. TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 590 ; *adde* MALAURIE (Ph.) et BRENNER (Cl.), *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 484 ; V. *contra*, SÉRIAUX (A.), *Successions et libéralités*, Ellipses, 2013, n° 59 : l'auteur considère que la révocation opère nécessairement à titre de sanction.

³ V. *infra*, n° 453. Par ailleurs, la révocation a un effet rétroactif que ne partage pas la déchéance, V. TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 592 ; *adde infra*, n° 453.

effet, en vertu de sa sanction spécifique, à savoir la déchéance du droit conditionné¹, l'incombance permet d'éviter l'usage abusif du droit. Le contractant qui tendrait à revendiquer son droit conditionné par une incombance sans avoir préalablement observé cette charge comportementale ne pourrait plus s'en prévaloir auprès du cocontractant. Ainsi, le cocontractant pourrait lui opposer son illégitimité à s'en prévaloir². L'effet automatique de la déchéance pour manquement à une incombance prend alors les allures d'une mesure de justice privée, telle que l'exception d'inexécution³. Ainsi, la sanction attachée au manquement à l'incombance permet d'éviter, *a priori*, les sanctions liées à la caractérisation d'un abus. Si le droit est perdu, il ne peut donc plus être exercé, et faire l'objet d'un abus. La perte du droit attachée au manquement à une incombance implique que le préjudice est évité et l'atteinte à l'utilité du contrat empêchée. Le manquement à une incombance n'emporte donc pas les mêmes conséquences que la faute contractuelle⁴.

Ainsi, lorsque cela est justifié par la nature du droit concerné, il serait préférable de prévoir une incombance à la charge de son titulaire afin de contrôler l'exercice de sa prérogative en amont, plutôt que d'attendre l'appréciation du juge quant à sa régularité. Une telle appréciation intervenant nécessairement *a posteriori*, risque de conduire à une altération du contenu de l'accord initial, si ce n'est directement par la réfaction du contrat, du moins indirectement par l'allocation de dommages-intérêts.

D'ailleurs M. STOFFEL-MUNCK a pu proposer une distinction entre la déloyauté contractuelle dans l'exercice du droit, et l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle : la première de ces hypothèses correspondrait à une faute de comportement, un manquement au devoir de bonne foi, conduisant aux sanctions classiques de la faute ; tandis que la seconde traduirait le « *dépassement de ce qu'un droit permet valablement de faire* »⁵. Et bien que l'auteur reconnaisse qu'« *ainsi définie, l'institution est [...] peu sollicitée dans le droit positif* »⁶, elle permettrait, selon lui, de sanctionner l'abus par l'inefficacité du jeu de la clause invoquée abusivement. Cette proposition ayant clairement inspiré la jurisprudence « Les Maréchaux », semble rejoindre la distinction que nous proposons entre le manquement au devoir de ne pas commettre d'abus justifiant le prononcé des sanctions classiques de la faute contractuelle, et le manquement à une incombance contractuelle impliquant la perte du droit conditionné⁷. L'incombance apparaît alors finalement comme étant un mécanisme

¹ V. *infra*, n° 414 et s.

² Sur le lien entre l'illégitimité de l'intérêt à agir et le manquement à l'incombance, V. *infra*, n° 544 et s.

³ Sur les liens et la distinction démontrée entre ces deux sanctions, V. *infra*, n° 480 et s.

⁴ Sur l'inadéquation des sanctions contractuelles traditionnelles en cas de manquement à l'incombance, V. *infra*, n° 478 et s.

⁵ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.* ; *adde* « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 21.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. DESHAYES (O.), « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », in *Les prérogatives contractuelles*, *op. cit.*, p. 726 et s., spéc. n° 10 : Sans faire référence à la notion d'incombance, l'auteur montre que la jurisprudence relative à la mise en œuvre des clauses résolutoires, de dédit, d'essai, etc. n'est pas remise

permettant de justifier l'attendu de l'arrêt « Les Maréchaux » en droit positif. En effet, elle permet d'éviter que le contractant ne fasse un exercice illégitime de son droit et que le juge n'intervienne sur le terrain de la bonne foi pour le sanctionner *a posteriori*, avec le risque qu'il remette alors éventuellement en cause la substance des droits et obligations légalement convenus. Elle permet, au surplus, de justifier techniquement la jurisprudence qui sanctionne l'exercice illégitime d'un droit par un contractant en lui en refusant le bénéfice, sans recourir au devoir général de bonne foi.

314. La justification de la sanction privative du droit par le constat du manquement à une incombance. Il est arrivé que les juges du droit sanctionnent le titulaire d'une prérogative par la perte du droit de s'en prévaloir en se fondant sur la notion générale de bonne foi. L'exemple type de cette démarche est la jurisprudence relative à la mise en œuvre de la clause résolutoire. En effet, depuis plus de cinquante ans, la Cour de cassation rappelle que la mise en œuvre de cette clause « *reste subordonnée aux exigences de la bonne foi par application de l'article 1134 C. Civ.* »¹. Et les magistrats sanctionnent le contractant fautif, en refusant de donner effet à la clause, c'est-à-dire en empêchant le jeu normal². Contrairement à ce qu'ont pu avancer certains auteurs, le juge n'intervient pas ici dans le but d'émettre des « *réserves sur le bienfondé d'une stipulation contractuelle* » et pour réviser judiciairement le contenu du contrat³, mais pour sanctionner un mauvais comportement contractuel, c'est-à-dire contraire à l'esprit du contrat. Son intervention n'a pas un impact direct sur le contenu du contrat, mais a pour but de sanctionner un comportement. La stipulation n'est pas condamnée en elle-même, elle est valable, par contre le contractant qui en fait un mauvais usage est sanctionné par la perte du droit de se prévaloir de cette clause.

Or, il n'est pas impossible que cette jurisprudence ait précisément inspiré l'attendu de l'arrêt « Les Maréchaux ». En effet, en ce qu'il reconnaît la possibilité d'une sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, ce dernier pourrait consacrer un « *principe*

en cause par l'arrêt « Les Maréchaux » puisque « *la neutralisation ponctuelle qui y est mise en œuvre n'affecte pas la substance des droits et obligations : elle ne porte que sur des prérogatives [et puisque] cette neutralisation ne remet pas en cause l'existence des prérogatives mais uniquement l'exercice qui en a été fait* ».

¹ V. Cass. civ., 14 mars 1956, *Epoux Bernard*, Bull. civ. I, n° 133, p. 107.

² Il est vrai que les expressions employées par les juges sont particulièrement variées et empêchent de saisir clairement la nature même de la sanction prononcée : V. not. Cass. com., 7 janv. 1963, *Bailleux c. Jarety*, Bull. civ. III n° 16, p. 14 ; Cass. civ. III, 29 juin 1976, *Sté Sinvemi*, Bull. civ. III, n° 465 ; *RTD Civ.*, 1977, 340, obs. CORNU (G.) : la clause « *ne peut pas produire son effet* » ; Cass. civ. III, 16 oct. 1973, *Epx Rémond c. Epx Rouillard*, Bull. civ. III, n° 529, p. 386 : elle « *ne peut s'appliquer* » ; Cass. civ. III, 15 déc. 1976, *Jacquet c. Serre*, Bull. civ. III, n° 465, p. 354 : « *le commandement devait être sans effet* » ; Cass. civ. I, 22 juill. 1986, *Aguini c. Amoretti*, Bull. civ. I, n° 223, p. 212 : La mauvaise foi est « *de nature à faire obstacle au jeu de la clause résolutoire* » ; Cass. civ. III, 27 mai 1987, Bull. civ. III, n° 108 : le comportement du contractant « *exclut l'application de la clause résolutoire* » ; Cass. civ. I, 31 janv. 1995, *Epoux Bourdon*, Bull. civ. I, n° 57 : « *la clause résolutoire n'a pas été acquise* » ; CA Paris, 19 juin 1990, *Cts. Tollemer c. de Bouillé, D.*, 1991. jurispr. 515, note PICOD (Y.) ; *RTD Civ.*, 1992, p. 92, obs. MESTRE (J.) : la clause a « *perdu son effet automatique* » ; *adde* PICOD (Y.) « *La clause résolutoire et la règle morale* », *JCP G*, 1990, I, 3447.

³ V. not. Le GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse préc., n° 643.

d'inefficacité des clauses invoquées de mauvaise foi »¹. La perte du droit de revendiquer la prérogative serait ainsi la sanction à prononcer dans l'hypothèse où il en serait fait un usage déloyal. Des auteurs ont alors proposé de systématiser la « *neutralisation* » de la prérogative, c'est-à-dire le « *réputé non accompli* » comme mode de réparation en nature en cas de mauvaise foi². En vertu de cette sanction, le juge pourrait refuser de donner effet à l'exercice du droit, sans que celui-ci ne soit supprimé. Son titulaire pourrait ainsi éventuellement en faire usage par la suite, à supposer qu'il en respecte, cette fois-ci, les conditions d'exercice³.

Pourtant dans l'arrêt « Les Maréchaux », c'était précisément la neutralisation de la garantie de passif qui était reprochée aux juges du fond. De plus, cette règle générale de paralysie de la clause n'est évoquée nulle part dans le Code civil⁴. Une telle sanction semble, en l'état actuel du droit, limitée à certains cas spécifiques. Elle n'a pas de portée générale.

Et justement, cette sanction privative de l'exercice d'un droit présente un lien assez apparent avec la conséquence attribuée au manquement à une incombance. Il est alors possible de se demander si la sanction de la déchéance ne s'expliquerait pas par la particularité du comportement sanctionné, à savoir le manquement à une exigence conditionnant la légitimité de l'exercice du droit.

En effet, derrière le recours à la bonne foi, il semble que les juges se basent sur l'adoption d'un comportement qui, sans être fautif, rend illégitime le titulaire du droit à s'en prévaloir⁵. Précisément, il est des cas où, dans la jurisprudence évoquée, le créancier manipule la survenance de l'évènement érigé en condition⁶. Or, une telle démarche rappelle le mécanisme attaché à l'article 1178 du Code civil⁷. En vertu de cette disposition – qui a été expressément bilatéralisée par la jurisprudence – le contractant peut être déchu du droit de se prévaloir de la survenance de l'évènement érigé en condition résolutoire quand il se trouve lui-même à l'origine de cet évènement. Le comportement exigé du contractant est donc celui de ne pas influencer l'aléa attaché à la condition résolutoire. Mieux que l'hypothétique « finalité de la clause » dont les contours sont difficilement déterminables⁸, l'article 1178 du Code civil – et donc l'incombance de ne pas provoquer la survenance de la condition pourrait

¹ V. CHABAS (C.), « Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit », *JCP G*, n° 13, 25 Mars 2009, II, 10052 obs. sous Cass. civ. I, 30 oct. 2008, *préc.*

² V. DESHAYES (O.), « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *art. préc.*, spéc. p. 726 et s., n° 7 et s.

³ V. *Ibid.* Olivier DESHAYES distingue cette sanction de la déchéance qui entraîne, selon lui, la disparition complète de la prérogative. Sur ce point, V. *infra*, n° 428 et s.

⁴ V. HOUTCIEFF (D.), « Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *JCP G*, n° 38, 19 sept. 2008, 10154, p. 23 et s.

⁵ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La rupture du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 21.

⁶ V. par ex. CA Paris, 6^e ch. A, 19 juin 1990, *préc.* : le bailleur n'avait pas délivré au locataire les quittances de loyer nécessaires au locataire pour faire intervenir un fonds d'aide sociale qui le relayerait dans le paiement des loyers ; Cass. civ. III, 27 mai 1987, *GP*, pan. 212 : le bailleur exigeait des travaux qui étaient rendus inévitables en raison de son propre fait.

⁷ V. BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 397 ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse *préc.*, n° 71 et s, spéc. n° 168 et s.

⁸ *Contra*, V. not. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, thèse *préc.*, n° 423 et s.

être apte à fonder la sanction du créancier par la perte du droit de se prévaloir de la clause résolutoire¹. D'ailleurs, cette règle évoque la *mora creditoris*, institution qui, bien que non consacrée en droit interne, est connue dans certains pays étrangers ainsi que par la *CVIM*, et en vertu de laquelle le créancier qui a empêché le débiteur d'exécuter son obligation perd le droit de lui opposer la sanction liée à l'inexécution².

Aussi, en l'absence de consécration d'une telle règle en droit français, et dans l'attente d'une prochaine intervention législative mettant à la charge du créancier une incombance de mise en demeure préalable à la revendication de la clause résolutoire³, il est préférable pour les parties de stipuler expressément une telle incombance à la charge du bénéficiaire de la clause⁴. Cette exigence serait en effet de nature à contrôler le pouvoir de contrainte dont dispose le titulaire du droit de résolution sur le cocontractant, et empêcherait la mise à mal du contrat au détriment de celui qui subit l'exercice de la clause⁵. Tout au plus peut-il être reconnu au juge, pour l'heure, la possibilité de déclarer irrecevable la demande en justice tendant à la mise en œuvre d'une clause résolutoire lorsque le créancier a, par son comportement, empêché la correcte exécution de l'obligation, sur le fondement de l'illégitimité de l'intérêt à agir⁶.

La déchéance ne peut être prononcée que lorsqu'il existe une incombance, prévue expressément à la charge du titulaire du droit, et seulement si ce dernier manque à ce comportement qui conditionne l'exercice légitime de son droit. L'incombance ne saurait donc avoir de portée générale, car le principe de légalité attaché à sa sanction exige qu'elle soit expressément prévue, soit par le législateur, soit par les parties au contrat⁷. D'où la nécessité d'attirer l'attention du législateur ainsi que celle des praticiens sur l'intérêt de prévoir ce type d'exigence *ab initio*, lorsque la nature du droit le justifie.

315. De l'intérêt de prévoir des incombances dans les situations contractuelles empreintes d'aléa. En tant que comportement préalable et accessoire à l'exercice d'un droit, l'incombance semble apte à constituer un repère quant à la légitimité de l'exercice du droit par son titulaire. En effet, l'observation de l'incombance étant nécessaire au bon exercice du droit, le manquement à cette exigence est *de facto* révélateur de l'illégitimité du titulaire à le

¹ Il a pu être justement remarqué en doctrine que, bien souvent, « l'inefficacité de la clause ne repose pas sur la mauvaise foi, mais sur l'imputabilité de l'inexécution au créancier » (V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 460-19), c'est dire que le créancier étant à l'origine du manquement du débiteur à ses obligations, ne peut se prévaloir de ce manquement pour invoquer l'application de la clause résolutoire. En ce sens, V. not. Cass. civ. I, 4 avr. 1962, Bull. civ. I, n° 200 ; Cass. com., 12 janv. 1967, n° 64-12927, Bull. civ. III, n° 30 ; Cass. civ. III, 25 févr. 1971, n° 69-13732, Bull. civ. III, n° 136 ; 16 déc. 1987, n° 86-14417.

² V. *supra*, n° 156.

³ V. *supra*, n° 251.

⁴ V. *supra*, n° 168 et s.

⁵ V. not. Cass. civ. III, 13 déc. 1989, n° 88-15823 ; 20 mars 1996, n° 93-20316 ; 24 mai 2000, *préc.*

⁶ V. *infra*, n° 548.

⁷ V. *infra*, n° 438.

revendiquer. Cette exigence comportementale permet alors de limiter de manière préventive, les risques d'excès liés à l'exercice ultérieur du droit. Elle se distingue ainsi de l'abus de droit de par le mécanisme de contrôle opéré. Elle intervient de manière préventive, *a priori*, c'est à dire en amont de l'exercice du droit, contrairement à l'abus de droit qui s'apprécie nécessairement une fois le droit exercé puisqu'il suppose que ce dernier n'ait pas été revendiqué conformément à sa finalité ou sans nuisance pour l'autre partie.

Ainsi, lorsque M. LAMAZEROLLES avance que la jurisprudence sur l'abus dans la fixation unilatérale du prix est révélatrice de l'existence d'une incombance, il confond les deux mécanismes¹. En effet, il n'existe – sauf à ce qu'une clause contractuelle ne le prévoie expressément – aucune exigence de comportement spécifique venant encadrer, au moment de la fixation du prix, l'exercice de cette prérogative et conditionnant sa légitimité. Cette décision, d'ailleurs clairement fondée sur l'abus de droit, implique seulement qu'il est possible pour l'une des parties de fixer unilatéralement le prix d'un contrat d'application issu d'un contrat cadre, et que ce droit trouve une limite en cas d'abus dans son exercice. Les arrêts de 1995 n'imposent aucunement une exigence comportementale spéciale comme condition de la légitimité de l'exercice du droit de fixer le prix, ils énoncent que la faute dans l'exercice de la prérogative est sanctionnée². Cet exemple est d'ailleurs révélateur de ce que certains droits, dont l'exercice présente pourtant un caractère aléatoire – en l'occurrence, il s'agit d'un droit potestatif – ne font l'objet d'aucun encadrement *a priori*, seul leur usage abusif étant, *de lege lata*, passible de sanction. Pourtant, une telle contrainte n'est pas inenvisageable en la matière et pourrait, *de lege ferenda*, s'avérer d'une certaine utilité afin de limiter en amont le risque lié au caractère inattendu de l'exercice de ce droit. En effet, prévoir, par exemple, une incombance d'information préalable à la modification unilatérale du prix à la charge du titulaire du droit, sous peine de déchéance, pourrait éviter des mauvaises surprises pour le cocontractant et permettrait de limiter de manière efficace les risques liés au caractère inattendu de l'exercice du droit.

D'ailleurs, et de manière plus générale, le mécanisme de l'incombance pourrait être systématisé dans les situations d'unilatéralisme contractuel, afin de contrer le risque spécifique lié à un exercice brutal du droit potestatif³.

Par exemple, il peut être proposé d'encadrer la mise en œuvre du droit de révoquer le dirigeant par une incombance. En effet, si la Cour de cassation semble se contenter de l'appréciation *a posteriori* des circonstances de la révocation pour justifier l'abus et sa

¹ V. LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 377.

² V. *supra*, n° 302.

³ Il n'est ainsi pas surprenant qu'ait été suggéré d'étendre le recours à la sanction de la déchéance dans le cadre de contrats impliquant divers pouvoirs au bénéfice des contractants : V. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 61 et s.

sanction¹, les cours d'appel sont en revanche plus enclines à identifier précisément le manquement de l'organe décisionnel à certaines conditions préalables à l'exercice du droit de révocation. Par exemple, par un arrêt du 2 octobre 1997, la Cour d'appel de Paris a considéré la révocation d'un gérant comme étant fautive car il aurait dû être informé du projet de révocation et être préalablement invité à se justifier par une notification directe à son domicile personnel². Pareillement, une décision du 4 octobre 2001 de la Cour d'appel de Versailles a pu avancer que le directeur général aurait dû recevoir un avertissement préalable à la réunion au cours de laquelle la révocation a été prononcée³. Ces décisions semblent poser de manière implicite des exigences de comportement à la charge de l'organe décisionnel, préalablement à la prise de décision. Et bien que, pour l'heure, l'inobservation de ces démarches préalables ne soit, dans l'esprit des juges, qu'un simple indice de la faute de l'organe décisionnel, elle pourrait servir de technique d'encadrement de la mise en œuvre du droit de révoquer le dirigeant. En effet, une incombance de notification de la réunion visant à la révocation du dirigeant et invitant celui-ci à venir se justifier serait un moyen technique intéressant pour légitimer *a priori* l'exercice du droit de le révoquer. Elle aurait pour effet de permettre au dirigeant n'ayant pas bénéficié de cette notification préalable d'opposer à l'organe décisionnel la déchéance de son pouvoir de révocation et donc de conserver ses fonctions, le temps tout du moins que les démarches nécessaires à une correcte prise de décision soient entreprises. Une telle solution va d'ailleurs dans le sens de la favorisation du respect des droits fondamentaux du contractant et notamment du respect des droits de la défense⁴. Le dirigeant aurait précisément, par ce biais, le temps de préparer sa défense.

316. Un facteur de légitimité et de cohérence de l'exercice du droit. Cette technique particulière d'encadrement de l'exercice du droit que constitue l'incombance permet de légitimer *ab initio* la revendication ultérieure de la prérogative concernée. Elle oblige le titulaire du droit à fixer son attitude. S'il désire obtenir l'avantage attaché au droit, il doit observer le comportement qui le conditionne. Or, il est clairement dans l'intérêt du titulaire du droit d'en faire usage. Ainsi, le fait même de ne pas observer l'incombance qui le conditionne révèle une certaine incohérence du contractant dans l'exercice de son droit.

¹ V. not. Cass. com., 6 mai 1974, *préc.* ; 27 mars 1990, *JCP G*, 1990, II, 21537, note GUYON (Y.) ; 26 avr. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 158, p. 125 ; 26 nov. 1996, *préc.* ; 17 déc. 2002, n° 98-21918.

² V. CA Paris, 2 oct. 1997, *RJDA*, 1998, n° 297.

³ V. CA Versailles, 4 oct. 2001, *JCP E*, 2001, pan. 2038.

⁴ Sur l'importance du respect du principe de la contradiction, V. not. Cass. com., 3 janv. 1996, *préc.* ; 26 nov. 1996, *préc.* ; 24 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998. 527, obs. PRIETO (C.). Sur la prise en compte par le droit des contrats des droits fondamentaux du contractant, V. MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013, spéc. p. 199 et s., n° 232 et s. ; LE CANNU (P.), « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly*, 1996, p. 11 et s. ; BERTREL (J.-P.), « La cohabitation de la révocation ad nutum et du contradictoire », *Dr. et patr.*, oct. 1998, p. 74 et s. ; XAVIER-LUCAS (F.), « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Liberté et droits fondamentaux*, (ss dir. de) R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Paris, D., 11^e éd., 2005, p. 781 et s.

L'incombance n'est alors pas étrangère au contrôle de la cohérence du comportement contractuel.

§2- Une technique de contrôle de la cohérence du comportement contractuel

317. Cohérence et incombance. Depuis une quinzaine d'années, il est insisté par quelques auteurs sur le phénomène émergent de la prise en compte de la cohérence en matière contractuelle¹. Il a d'ailleurs pu être proposé de faire de la cohérence un véritable principe du droit des contrats. Il est vrai qu'il est à noter une certaine évolution du droit positif contractuel qui appréhende aujourd'hui, de diverses manières, les hypothèses de contradiction au détriment d'autrui (A). Mais les réflexions de théorie générale menées autour de ce phénomène conduisent au constat d'un certain flou quant à l'appréhension technique de la cohérence contractuelle. C'est ainsi qu'il s'avère particulièrement intéressant de montrer l'apport que peut constituer la réception de la notion d'incombance en la matière. En effet, en tant que comportement conditionnant l'exercice d'un droit, que l'individu doit observer dans son propre intérêt, l'incombance permet d'assurer la cohérence du comportement du contractant (B).

A- La prise en compte de la contradiction en droit positif

318. L'importance du droit comparé en matière de contradiction au détriment d'autrui. Si l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui fait aujourd'hui l'objet de débats en droit français, c'est notamment en raison d'une certaine influence des systèmes de droit étranger en la matière (1). En effet, des techniques issues, tant de *common law*, que de législations inspirées du droit romain, et visant à appréhender la cohérence comportementale, ont des répercussions dans notre droit et spécialement en droit des contrats (2).

¹ V. not. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 83 et s. ; adde HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc. ; « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G*, 2009, 463.

1. L'influence des systèmes de droit étrangers

319. Le *Non concedit venire contra factum proprium* dans les systèmes de droit romano-germanique. Le droit allemand, suivi par le droit suisse¹, applique le principe du *Non concedit contra factum proprium*, issu de l'*exceptio doli generalis* du droit romain². En effet, sur le fondement de l'abus de droit – *unzulässige Rechtsausübung* – déduit d'une interprétation très large de la notion de bonne foi du § 242 BGB, la jurisprudence sanctionne par la déchéance – *Verwirkung* – le comportement incohérent du contractant, notamment lorsqu'il « crée de par un comportement qui lui est imputable un lien de confiance amenant son cocontractant de bonne foi à prendre des dispositions qu'il n'aurait pas prises s'il n'y avait pas eu existence de ce lien de confiance »³. Sur ce fondement, il est par exemple interdit au débiteur de se prévaloir de la prescription s'il est à l'origine de l'impossibilité pour le créancier d'en suspendre ou interrompre le cours⁴. Il s'agit d'une déchéance prétorienne qui sanctionne « celui qui retarde l'exercice d'un droit et suscite ainsi la confiance de l'autre partie dans le fait qu'il n'en fera plus usage »⁵. Celui-ci « doit [alors] considérer son droit comme étant perdu, même si les délais de prescription ne sont pas encore expirés »⁶. Ainsi, il a pu être dit que le principe de bonne foi, en droit allemand, est « un repère formel, qui permet au juge allemand d'agir en tant que législateur, en lui offrant la possibilité de créer des normes là où il en manque ou de modifier des effets considérés comme étant inéquitables

¹ V. Sur le fondement de l'art. 2 CO, « les interprètes suisses et particulièrement le Tribunal fédéral n'ont [...] fait que reproduire de manière systématique les solutions équitables développées [...] par les tribunaux allemands » (V. RANIERI (F.), « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 25 et s.). Il en va d'ailleurs de même en droit autrichien (V. art. préc.).

² Sur le principe du *Non concedit contra factum proprium*, V. not. RIEZLER (E.), *Venire contra factum proprium*, 1912 ; adde LEHMANN (H.), ZHR Bd. 79 (1916), S. 96 ff., 98 ; RANIERI (F.), « Verwirkung et renonciation tacite, Quelques remarques de droit comparé », in *Mél. D. Bastian, t. 1, Droit des sociétés*, Litec 1974, p. 427 et s. ; « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil Law », RIDC, n° 4, 1998, p. 1055 et s. ; « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », art. préc.

³ V. JUNG (P.), « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La confiance, 11^e journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 nov. 2012, société de législation comparée, 2013, p. 31 et s. L'auteur précise que le champ d'application du *Non concedit venire* « va bien au-delà du droit contractuel où ce principe sert notamment de base à la sanction prévue en cas de rupture abusive des pourparlers ».

⁴ V. not. Reichsgericht, 22 sept. 1924, *Juristische Wochenschrift* 1924, p. 196, note V. TUHR (A.). Pour une solution similaire en droit français, V. Cass. civ. I, 27 mai 1975, RGAT, 1976, 67, note BESSON (A.) ; RTD Civ., 1976, 781, obs. DURRY (G.). Comp. un arrêt de la CEDH (CEDH, 29 janv. 2013, *Zolotas c/Grèce*, req., n° 66610/09) qui impose à un État (ici la Grèce) de prévoir une « obligation des banques, compte tenu des conséquences fâcheuses que peut avoir la prescription, de tenir informé le titulaire d'un compte inactif de l'approche de la fin du délai de prescription et lui donner ainsi la possibilité d'interrompre la prescription – en effectuant par exemple une opération sur le compte » (pt. 53). Judith ROCHFELD suggère de sanctionner le manquement à une telle contrainte par « la neutralisation de la prescription ». V. ROCHFELD (J.), « Le solidarisme à la mode européenne : vers une obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental en raison de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat », RDC, avr. 2013, p. 837 et s.

⁵ V. JUNG (P.), « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », art. préc.

⁶ V. RANIERI (F.), « Verwirkung et renonciation tacite, Quelques remarques de droit comparé », art. préc.

de dispositions légales ou contractuelles »¹. Cette règle, proche du mécanisme de la renonciation tacite, lui est souvent préférée notamment en raison du fait qu'elle ne nécessite pas de recourir à une présomption de volonté². Le *Non concedit venire* présente également un lien assez clair avec le principe de confiance légitime – le *Vertrauensschutz* – en ce que la contradiction comportementale trompe la confiance que pouvait avoir le cocontractant en son partenaire, en raison de l'attitude antérieurement adoptée par ce dernier³. Cette règle a d'ailleurs pu être proposée en doctrine comme justification de la norme spécifique du § 254 BGB, car celui qui ne minimise pas le dommage dont il est victime et qui, malgré tout, réclame au tiers la réparation complète du dommage s'expose, en raison de l'accroissement du montant de la demande de réparation, à être en contradiction avec son propre comportement préalable⁴.

Par ailleurs, la *Verwirkung* du droit allemand a son équivalent dans les droits belge et néerlandais, qui connaissent le concept de la *Rechtsverwerking*⁵. Seulement, à la différence des juges allemands, la jurisprudence belge ne reconnaît pas de « principe général suivant lequel un droit subjectif se trouverait éteint lorsque son créancier a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit »⁶. En effet, la Cour de cassation belge semble restreindre le prononcé de la déchéance à certaines circonstances spécifiques, et fait de la *Rechtsverwerking* une manifestation spéciale du principe plus général de l'abus de droit. Sur ce point, peut être cité un arrêt très intéressant de la Cour de cassation belge du 8 février 2001, dont l'attendu est à rapprocher de celui de l'arrêt « Les Maréchaux » rendu le 10 juillet 2007. En effet, les hauts magistrats belges estiment « que la sanction en cas d'abus de droit lors de l'exercice de droits contractuels consiste à imposer l'exercice normal de ces droits ou à réparer le dommage résultant de cet abus; que lorsque l'exercice abusif de droits concerne l'application d'une clause contractuelle, la réparation peut consister à priver le créancier du

¹ V. RANIERI (F.), « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », *art. préc.*

² V. *Ibid.*

³ Ce principe vise à protéger la confiance qu'une personne a pu, de façon légitime, avoir en une situation donnée. V. not. FAGES (B.), « Existe-t-il un vertrauensschutz en droit français des contrats ? », in *La confiance, op. cit.*, p. 21 et s. ; *adde* JUNG (P.), « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », *art. préc.*

⁴ V. not. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten, op. cit.*, p. 109 et s. (Selon l'auteur il s'agit d'un cas exceptionnel de *venire contra factum proprium* : « Sonderfall eines venire contra factum proprium »).

⁵ V. VAN OMMESELAGUE (P.), « Examen de la jurisprudence (1974 à 1982), Les obligations (suite) », *RCJB*, 1988, n° 1, p. 33 et s. ; « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? » *RD Com.* 1987 p. 101 et s. ; « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, spéc. n° 24 et s. ; STIJNS (S.) et SAMOY (I.), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport belge », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, (ss dir. de) P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 341 et s.

⁶ V. Cass. belge, 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, 1061, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1188, *JT*, 1990, 442, *RCJB*, 1990, 595, note HEENEN (J.), *RDC*, 1991, 207, note CNUDE (S.), *RW*, 1990-91, 1085, note JLMB, 1990, 881, note HENRY (P.), *Ann. Dr. Lg.*, 1990, 283, note MOREAU-MARGREVE (I.), *Res. Jur. Imm.*, 1991, 121, *T. Not.*, 1990, 402 ; *adde* GLANSDORFF (F.), « Dans quelle mesure le droit permet-il de se comporter de manière incohérente ? », *Journ. Procès*, 1990, n° 177, p. 32 et s. ; FORIERS (P.-A.), « Décharge-réception-quittance », *art. préc.*, spéc. n° 5, n. 14, p. 116 et n° 63, n. 172, p. 159.

droit de se prévaloir de la clause »¹. Les juges semblent distinguer la déloyauté contractuelle, qui peut impliquer le prononcé des sanctions classiques de la faute contractuelle, et l'abus dans l'usage d'une clause – d'une « prérogative contractuelle » – qui peut entraîner la perte de celle-ci².

En ce que le « *Non concedit venire contra factum proprium* » permet de priver d'un droit le contractant ayant trahi la confiance légitime de son partenaire économique, il se rapproche nettement du principe anglais de l'*estoppel*³.

320. L'estoppel issu des systèmes de common law. Le droit anglais connaît un « principe à mi-chemin entre la procédure et le fond du droit »⁴ permettant de prendre en compte et de sanctionner juridiquement la contradiction d'un comportement, il s'agit de l'*estoppel*⁵. Il a été cependant remarqué qu'il ne faut pas parler de l'*estoppel* mais plutôt des *estoppels*, tant ses manifestations sont multiples et complexes⁶. En effet, « la casuistique domine » en la matière⁷. À l'origine utilisé comme moyen de défense, ce principe « qui fonctionne à la manière d'une fin de non-recevoir »⁸ tend à se développer comme mécanisme offensif notamment en droits américain et australien⁹. De manière générale « la règle repose sur l'interdiction de profiter de ses propres contradictions ou, selon la formule d'un arrêt ancien, de « souffler à la fois le chaud et le froid, d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre » »¹⁰. Il est souvent avancé que cette règle repose sur une exigence de bonne foi. Or, à l'origine essentiellement appliqué en matière procédurale, l'*estoppel* trouve aujourd'hui des applications en droit des contrats¹¹, ce qui n'est pas sans créer un certain paradoxe étant donné

¹ V. Cass. belge, 8 févr. 2001, *Pas.*, 2001, 244, *Arr. Cass.*, 2001, 245, *JT*, 2002, 475, *RW*, 2001-02, 778, note VAN OEVELEN (A.), *RGDC*, 2004, 396 et *T. Not.* 2001, 473, note DEWULF (C.).

² V. STIJNS (S.) et SAMOY (I), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport belge », *art. préc.* : « la sanction de l'abus de droit n'est pas la déchéance du droit mais seulement la réduction du droit à son usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé ».

³ V. MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Lyon III, 1990, n° 2. L'*estoppel* se rapproche également fortement du principe de confiance que connaît, notamment, le droit allemand (V. *Ibid.*, n° 5).

⁴ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse préc., n° 262.

⁵ Sur l'*estoppel*, V. not. MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse préc. ; adde MUIR-WATT (H.), « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », in *L'internationalisation du droit*, *Mél. Y. Loussouarn*, 1994, D., p. 303 et s. ; CAUCHY-PSAUME (M.-C.), *L'estoppel by representation-étude comparative de droit français et anglais*, Paris XI, 1999 ; *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.* ; *La confiance légitime et l'estoppel*, (ss dir. de) B. Fauvarque-Cosson, Société de législation comparée éd. coll. droit privé comparé et européen, vol. 4, mars 2007, Rapports présentés au 17^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, juill. 2006.

⁶ V. *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, spéc. FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'*estoppel* du droit anglais », p. 3 et s. et HILLEL (O.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », p. 53 et s.

⁷ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 489.

⁸ V. FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'*estoppel* du droit anglais », *art. préc.*

⁹ V. *Ibid.*

¹⁰ V. *Ibid.*

¹¹ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 202.

que la *common law* ne connaît pas le principe de bonne foi en matière contractuelle¹. Néanmoins un tel principe n'est pas surprenant dans un système attaché à la prise en compte des attentes du créancier. Précisément, l'*estoppel* implique qu'une attente légitime d'un contractant, fondée sur l'attitude adoptée par l'autre partie, est trompée en raison d'un changement de comportement de cette dernière. La partie fautive sera alors « *estopped* » et ne pourra pas se prévaloir des conséquences de sa contradiction. Ainsi a été souligné le caractère préventif de l'*estoppel*².

Ces différentes appréhensions de la contradiction et de la confiance légitime du cocontractant dans les systèmes voisins ont inspiré les règles du droit international qui reconnaît un véritable principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

321. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit international. La *Lex Mercatoria* a connu la double influence des droits latins et anglo-saxons quant à l'appréhension de la contradiction comportementale du contractant³, ce qui se traduit par un principe général d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, à la fois inspiré de l'*estoppel* et du devoir de bonne foi⁴. Mais en ce qu'il « *traduit une tension entre deux conceptions [...] ce principe souffre d'une absence d'uniformité* »⁵. Néanmoins, l'arbitrage international y recourt très fréquemment⁶. De plus, les *Principes UNIDROIT* ont intégré ce principe général en leur article 1.8, intitulé « *Interdiction de se contredire* ». Celui-ci dispose qu'« *une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée*

¹ V. MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse préc., n° 9 ; ROBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *art. préc.*

² V. MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse préc., n° 1 : « *il prévient la réalisation d'un délit ou quasi-délit* ».

³ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 489 : l'auteur parle de « *la jurisprudence métissée de l'arbitrage international* » ; MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse préc., n° 4.

⁴ V. not. GAILLARD (E.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.*, 1985, p. 241 et s. ; KAHN (P.), « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, n° 2 p. 305 et s. ; OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préf. E. Loquin, LGDJ, 1992 ; PINSOLLE (P.), « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI*, 1998, n° 4, p. 905 et s., spéc. n° 32 et s. ; « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, p. 37 et s. ; ROBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, 1^{er} déc. 2005, n° 6, p. 695 et s.

⁵ V. PINSOLLE (P.), « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », *art. préc.* ; ROBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *art. préc.* : « *Le principe de cohérence participe [...] au devoir général de loyauté mais par certains aspects pourrait rappeler le mécanisme de l'estoppel sans qu'il y soit formellement rattaché* ».

⁶ V. not. les applications exposées par PINSOLLE (P.), « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », *art. préc.* ; *adde* DERAÏNS (Y.), « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI*, 4, 1993, p. 829 et s., spéc. n° 40 et s.

chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage »¹.

322. Confiance légitime et contradiction. Les systèmes de droit étrangers étudiés et le droit international ont pour point commun de donner une place importante à la confiance légitime à travers la sanction de la contradiction : c'est parce qu'une partie a suscité une attente chez l'autre, qui pouvait raisonnablement croire qu'elle se conformerait à cette attente, que l'attitude contraire est sanctionnée. Or, si le droit français applique parfois cette idée, il ne reconnaît pas un véritable principe de protection de la confiance². Reste alors à déterminer comment est appréhendée la contradiction en droit contractuel français.

2. La contradiction en droit contractuel français

323. Les problèmes d'adaptation des principes étrangers au droit français. Clairement reconnu en matière processuelle³, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui existe « *à l'état virtuel en droit contemporain* » des contrats⁴. Davantage attaché à la prise en compte de la bonne foi et à l'identification de devoirs à la charge des parties, le droit contractuel français est peu enclin à accepter un tel principe général.

En effet, d'une part, l'étendue des pouvoirs donnés au juge sur le fondement de la *Verwirkung* ou de la *Rechtsverwerking*, qui lui permet de remettre en cause le droit d'un contractant sur le fondement général de la bonne foi, s'accorde mal avec la tendance actuelle au réfrènement des pouvoirs du juge en matière contractuelle⁵. La Cour de cassation a

¹ V. Les *Principes UNIDROIT*, art. 1.8.

² V. FAGES (B.), « Existe-t-il un vertrauensschutz en droit français des contrats ? », *art. préc.* : « Si l'on porte le regard sur quelques applications particulières, l'idée de protection de la confiance est incontestablement présente ; les illustrations sont nombreuses, à divers endroits du droit des contrats. En revanche, d'un point de vue général, si l'on s'attache à la notion, au concept, au principe même de protection de la confiance, force est de constater que celui-ci n'a pas sa place en droit français des contrats. ». Quelques auteurs sont favorables à la réception du concept de confiance en droit français V. not. CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, Nice, 1977 ; *adde* MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse préc. ; MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC*, 2006, n° 2, p. 363 et s. ; *La confiance en droit privé des contrats*, (ss dir. de) L. Benabou et M. Chagny, D., 2008 ; NGUIHE KANTE (P.), « La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé », *RRJ*, 2009, n° 1, p. 317 et s. ; GÉNICON (T.), « Contrat et protection de la confiance », in *Les principes directeurs du droit des contrats (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Bologne les 19 et 20 octobre 2012)*, *RDC*, janv. 2013, p. 336 et s.

³ V. Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22888, *JCP G*, 2011, n° 1250, note HOUTCIEFF (D.) ; *RTD Civ.*, 2011, p. 760, obs. FAGES (B.) : l'arrêt vise expressément « le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ». Il s'agit d'un revirement. Jurisprudence antérieure : Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *D.*, 2009, 723 ; *D.*, 2009, 1245, note HOUTCIEFF (D.) : « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ».

⁴ V. MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *art. préc.*, n° 19.

⁵ V. *supra*, n° 300 et s.

d'ailleurs expressément refusé d'appliquer le principe de la *Rechtsverwerking* en droit français¹.

D'autre part les concepts de confiance légitime, de *reliance*, sont de pure tradition anglo-saxonne, et semblent ainsi difficilement aptes à s'intégrer au sein des systèmes de tradition civiliste². En droit français, la préférence est clairement donnée au principe général de bonne foi, et à l'idée d'un devoir de cohérence avec soi-même³. Se pose alors la question de la consistance du devoir de cohérence dans notre droit des contrats.

324. La question de la consistance du devoir de cohérence en droit des contrats.

Il a pu être très justement remarqué en doctrine que « *la grande difficulté à laquelle on est confronté quand on s'interroge sur les voltes faces des contractants, consiste à voir dans un premier temps de l'incohérence partout* »⁴.

Or, pour que le devoir de cohérence ait un sens et une autonomie conceptuelle, il doit pouvoir se distinguer d'autres mécanismes reconnus et appliqués en droit positif des contrats. Et notamment, la règle a peu d'intérêt lorsqu'elle recoupe celle du principe de force obligatoire du contrat⁵. Par exemple, lorsque la Cour de cassation décide que « *le sous-traitant ne peut à la fois se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles* »⁶, elle ne fait qu'appliquer le principe de force obligatoire du contrat : le contractant ayant valablement conclu le contrat de sous-traitance, et qui en demande l'exécution à l'autre partie, ne peut pas prétendre être dispensé d'exécuter ses propres obligations⁷. L'incohérence peut également

¹ V. not. Cass. civ. III, 5 mars 1971, Bull. civ. III, n° 175, p. 128 ; Cass. com., 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24, p. 20 ; *RTD Civ.*, 1985, 161, obs. MESTRE (J.).

² V. not. FAGES (B.), « Existe-t-il un *vertrauensschutz* en droit français des contrats ? », *art. préc.* ; adde MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *art. préc.*

³ V. not. PINSOLLE (Ph.), « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », *art. préc.* : « *ce n'est pas tant l'effet sur l'autre partie du comportement de la partie en cause qui est pris en compte par les arbitres, mais la compatibilité des prétentions de la partie en cause avec la conception que les arbitres se font de la bonne foi* » ; adde BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

⁴ V. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

⁵ En ce sens, V. *Ibid* : « *il peut paraître inutile, tout au moins en droit des contrats, d'affirmer l'existence d'un principe de cohérence, s'il signifie uniquement que l'on doit respecter ses engagements. L'article 1134 du Code civil suffit à justifier ce principe fondamental, sans qu'on ait besoin de faire appel à un devoir de cohérence.* ».

⁶ V. Cass. civ. III, 13 avr. 1988, *JCP G*, 1989, II, 21302, note MARTIN (R.) ; *RTD Civ.*, 1989, p. 743, obs. MESTRE (J.) ; 23 avr. 1992, *JCP G*, 1992, IV, 204.

⁷ Pour des solutions similaires empêchant le contractant de demander à la fois la résolution du contrat pour inexécution et l'exécution des obligations conclues : Cass. civ. III, 7 juin 1989, Bull. civ., III, n° 134 : « *le vendeur ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non obtenir l'exécution de l'obligation* » ; Solution reprise : Cass. civ. I, 29 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 365 ; Cass. com., 21 févr. 1995, *RTD Civ.*, 1995, p. 618, obs. MESTRE (J.) ; Une précision a pu être apportée : Cass. civ. I, 6 mars 1996, Bull. civ. I, n° 118 : « *une partie ne peut demander l'exécution d'aucune des stipulations d'un contrat mis à néant, s'agit-il de la clause de non-concurrence qui y était insérée [...] la circonstance que le contrat a été résilié aux torts réciproques des parties est à cet égard indifférente* ». Violait ainsi l'art. 1184, al. 2

résulter du manquement à une promesse spécifique faite par une partie à l'autre au cours de la relation contractuelle et acquérant ainsi force obligatoire. Par exemple, l'employeur qui licencie un salarié au motif de la réorganisation de l'entreprise à la suite de sa fusion avec un autre groupe se contredit s'il manque à la promesse qu'il avait pu faire à l'ensemble du personnel un mois seulement avant cette fusion, et donc en connaissance de cause, de maintenir l'ensemble des emplois¹.

Ainsi, « *le devoir de cohérence est [...] à chercher ailleurs, là où il pourrait avoir peut-être une utilité* »². Dans l'état actuel du droit français, il n'y a pas de principe général de cohérence qui s'impose au contractant. D'ailleurs, un tel principe est directement confronté à celui de la liberté contractuelle qui reste primordial dans le droit contemporain des contrats. Précisément, la Cour de cassation a pu rappeler que tout changement d'attitude n'est pas nécessairement suspect et ne doit pas, de ce fait, être prohibé³. Néanmoins, la Cour de cassation semble recourir au devoir de cohérence dans deux types d'hypothèses. Soit, elle cherche à rétablir la cohérence interne du contrat en réputant non écrite une clause le vidant de sa substance⁴, soit elle sanctionne la contradiction comportementale du contractant, qui a, par son fait, trahi l'attente de l'autre partie, notamment quant à l'exercice de son droit. Cette dernière hypothèse tendrait à introduire, de manière implicite, un véritable devoir de cohérence comportementale à la charge du contractant. Seulement, il est à noter que le fondement d'un tel devoir n'apparaît pas très clairement en jurisprudence, tant les justifications techniques données aux solutions rendues sont variées.

325. Le problème de la diversité des fondements du devoir de cohérence. La sanction de l'incohérence comportementale du contractant dans la mise en œuvre de son droit est diversement justifiée en doctrine. Une telle incertitude semble résulter d'une certaine casuistique de la jurisprudence en la matière⁵.

C. civ., la Cour d'appel qui statue par des dispositions tendant à l'exécution de la convention dont elle prononce la résolution : Cass. civ. I, 5 juill. 2005, n° 04-15808.

¹ V. Cass. soc., 3 févr. 1972, n° 70-40463, Bull. civ., V, n° 94.

² V. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

³ V. Cass. civ. III, 28 janv. 2009, n° 07-20891, *D.*, 2009, 2008, note HOUTCIEFF (D.) ; *RDC*, 2009, p. 999, obs. MAZEAUD (D.) ; *RDI*, 2009, 254, obs. MALINVAUD (P.) ; *RTD Civ.*, 2009, 317, FAGES (B.) ; 25 mars 2009, n° 08-11326, *D.*, 2009, 1020 ; *RTD Civ.*, 2009, 317, obs. FAGES (B.) : « *le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée* » ; *adde* FAGES (B.), « Existe-t-il un *vertrauensschutz* en droit français des contrats ? », *art. préc.*, n° 14.

⁴ L'incohérence dans le contenu même du contrat a notamment été sanctionnée par le célèbre arrêt « Chronopost » : Cass. com., 22 oct. 1996, *préc.* ; 29 juin 2010, n° 09-11841 : « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». Il s'agit clairement d'une question de validité, de légalité de la clause et donc d'un problème de cohérence du contenu du contrat. Il ne s'agit pas, en revanche, d'un « devoir » de cohérence, c'est-à-dire d'une contrainte comportementale.

⁵ V. not. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.* ; MAZEAUD (D.), « La confiance légitime et l'estoppel », *art. préc.*, n° 21 et s.

Si le principe de l'autonomie de la volonté a pu conduire, dans un premier temps, à interpréter l'absence de revendication prolongée de son droit par un contractant comme une renonciation tacite¹, il est aujourd'hui admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence que « *la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer laquelle ne peut se déduire d'un simple retard à demander l'exécution du contrat* »². D'ailleurs, outre que ce fondement est techniquement contestable en ce qu'il implique une fiction de volonté³, il entraîne au surplus les inconvénients liés à la contestation de la présomption de consentement⁴.

Parallèlement, l'apparence créée par le titulaire du droit vis-à-vis du cocontractant pourrait, *a priori*, inciter au recours à la théorie de l'apparence pour justifier la sanction de la contradiction. Cependant, il a été clairement démontré « *qu'il y a des différences trop importantes entre la théorie de l'apparence et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* »⁵, qui tiennent tant aux conditions, qu'aux effets de ces théories. En effet, tout d'abord, alors que la théorie de l'apparence implique la présence de trois personnes, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui se révèle entre deux personnes⁶. Ensuite, l'apparence suppose une situation initiale fautive, ce qui n'est pas le cas de l'interdiction de se contredire⁷. De plus, si la théorie de l'apparence a un impact sur la validité d'un acte, l'interdiction de se contredire entraîne en revanche la privation d'un droit⁸. Enfin, la théorie de l'apparence n'implique pas de porter un jugement sur le comportement du véritable titulaire du droit, contrairement à l'interdiction de se contredire⁹.

En réalité, comme en droit allemand et en droit suisse, la jurisprudence française semble plus encline à se fonder sur le comportement fautif du contractant, et notamment sur le critère de l'abus de droit, pour sanctionner l'incohérence. Elle a, par exemple, pu prononcer la responsabilité du maître du réseau de distribution pour rupture abusive du contrat car il avait incité son distributeur à réaliser d'importants investissements financiers, et ainsi fait naître chez ce dernier une confiance légitime dans le maintien de leur relation contractuelle, avant

¹ Telle est déjà l'origine de la *Verwirkung* en droit allemand, qui est aujourd'hui détachée de la renonciation : V. RANIERI (F.), « *Verwirkung et renonciation tacite, Quelques remarques de droit comparé* », *art. préc.*, spéc. p. 433 et s.

² V. Cass. com., 18 janv. 1984, *préc.*

³ V. not. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, thèse préc., spéc. n° 237 et s. ; adde HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 990 et s. ; BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 487 : [à propos de la *Verwirkung* en droit allemand] « *la liaison avec l'abus de droit [et donc le détachement de la renonciation tacite] a permis [...] d'éviter les obstacles inhérents à la prohibition de la renonciation unilatérale à l'obligation (§ 397) ou à sa contestation pour défaut de consentement véritable (§ 119)* ».

⁵ V. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. *Ibid.*

⁹ V. *Ibid.*

d'y mettre un terme¹. Tout en conservant le fondement implicite de la faute, il arrive que la Cour de cassation ne caractérise pas précisément l'existence d'un abus de droit mais fasse plutôt référence au principe général de bonne foi. D'ailleurs la chambre commerciale de la Cour de cassation a déjà pu dire qu'« *en vertu de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant* »². La bonne foi semble être finalement, en droit positif, le fondement dominant de la sanction du manquement à la cohérence contractuelle³. La jurisprudence relative au contrôle de la mise en œuvre de la clause résolutoire en fournit à elle seule une illustration édifiante⁴.

Cependant, une certaine particularité est à souligner concernant cette jurisprudence. En effet, la Cour ne sanctionne pas le manquement à la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause résolutoire par le prononcé d'une responsabilité et l'allocation de dommages et intérêts, mais elle prononce l'inefficacité de la clause ainsi invoquée. Or, une telle sanction s'apparente clairement à la déchéance prétorienne des droits allemand et suisse.

Ainsi, au constat de l'existence d'une diversité de fondements permettant de sanctionner l'incohérence du contractant, s'ajoute celui de la multiplicité des sanctions envisageables. Cela concourt encore davantage à une certaine illisibilité du droit positif en la matière.

326. Le problème de la diversité des sanctions du devoir de cohérence. MME BÉHAR-TOUCHAIS a pu faire le constat de l'existence d'une diversité des sanctions de la

¹ V. not. Cass. com., 5 avr. 1994, *préc.* ; 20 janv. 1998, *préc.* ; *adde* Cass. civ. I, 28 oct. 1991, Bull. civ. I, n° 282 : l'assureur qui empêche son cocontractant de se prévaloir de la prescription par son attitude dilatoire, ne peut pas opposer l'exception tirée de l'écoulement des deux ans pour faire déclarer son adversaire irrecevable. V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 690 : « *force est d'admettre que tout se passe, en fait, comme si le délai n'avait pas été acquis à son égard, comme s'il n'avait pas fait traîner les choses. Son comportement dilatoire est donc réputé ne pas avoir été manifesté : il est neutralisé* ».

² V. Cass. com., 11 mars 1997, n° 95-16853.

³ V. not. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15783, Bull. civ. IV, n° 44 ; *D.*, 2005, AJ, 883, obs. DELPECH (X.) ; *pan.* 2843, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RDC*, 2005, 1015, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2005, 392, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *RTD Com.*, 2005, 397, obs. LEGAIS (D.) : Manque à son obligation de bonne foi la banque qui revendique le bénéfice d'une convention d'unité de compte, alors qu'ayant fait fonctionner comme deux comptes indépendants les deux unités concernées, l'une en dollars, l'autre en francs, elle avait adopté un comportement incompatible avec l'application de cette convention ; *adde* Cass. civ. III, 28 janv. 2009, *préc.* : La Cour de cassation censure, pour violation de l'art. 1134, al. 3 C. civ., l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé de considérer comme fautif le fait qu'un assureur se soit, dans un premier temps, prévalu de la nature décennale des désordres afin d'exiger de son assuré le versement de primes majorées, pour, dans un second temps, contester devant les juges du fond la garantie correspondante et lui voir substituer une garantie moins onéreuse pour lui.

⁴ Sur ce point, les solutions sont régulièrement rendues au visa de l'art. 1134, al. 3 C. civ. : V. not. Cass. civ., 14 mars 1956, *préc.* ; Cass. civ. I, 22 juill. 1986, *préc.* ; CA Paris, 19 juin 1990, *préc.* : « *dans [...] la mise en œuvre de la clause résolutoire, le créancier a le devoir de faciliter à son cocontractant l'exécution de ses engagements, faute de quoi il y aurait manquement au principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi* » ; Cass. civ. I, 31 janv. 1995, *préc.* ; 16 févr. 1999, Bull. civ. I, n° 52, p. 34 ; Cass. civ. III, 22 juin 2011, *préc.*

contradiction au détriment d'autrui en droit positif, impliquant un certain manque de clarté¹. Il est vrai que « *Tantôt [...] le contractant incohérent est condamné à payer des dommages-intérêts à la victime de l'incohérence. Tantôt il est déchu de son droit d'invoquer telle clause contractuelle, ou de son droit d'invoquer la prescription. Tantôt il est considéré comme étant débiteur d'un engagement qu'il n'a pas vraiment voulu et qu'il doit alors exécuter, sa dette résultant soit de la théorie de l'apparence, soit d'une prétendue volonté tacite. Tantôt il est considéré comme n'étant plus titulaire d'un droit, auquel il est supposé avoir renoncé* »².

Or, il semble possible de clarifier les choses en reliant la sanction prononcée au fondement juridique retenu.

En ce qu'elles sont fondées sur une fiction de volonté, les deux dernières sanctions évoquées par l'auteur sont discutables techniquement. D'ailleurs, il a été vu que la jurisprudence française tend à délaisser ces solutions pour se fonder davantage sur la bonne foi du contractant. Or, un tel fondement implique la caractérisation d'une faute et d'un préjudice subi par le cocontractant. En effet, « *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui fondée sur la bonne foi ne peut jouer que si l'inaction du créancier a causé un préjudice au débiteur* »³. Ces éléments réunis, le juge peut alors prononcer la responsabilité du contractant fautif et éventuellement résoudre le contrat si ce comportement rend impossible une continuation saine et sereine de la relation contractuelle.

Pourtant, il a été vu qu'il se peut que la jurisprudence, sur le fondement de la bonne foi, sanctionne la contradiction du contractant par l'impossibilité pour ce dernier de se prévaloir de son droit. Or, bien que cette sanction présente des atouts importants⁴, elle pose problème lorsqu'elle intervient sur un tel fondement. En effet, d'une part, sauf à étendre les fonctions de la déchéance, ou à considérer que ce n'est pas le même type de déchéance qui joue selon les circonstances, cette sanction n'est pas compatible avec la condition du préjudice en raison de son caractère punitif⁵. D'autre part, ce caractère punitif de la déchéance justifie que celle-ci soit expressément prévue, *ab initio*⁶. Le principe de légalité attaché à la peine implique en effet que cette sanction fasse l'objet d'une prévision contractuelle ou légale⁷. Ainsi, et enfin, elle s'articule difficilement avec le caractère général du fondement de la bonne foi ou de l'abus de droit qui dépend de l'appréciation subjective du juge. L'utilisation d'un tel fondement aléatoire et imprévisible s'accorde mal avec la sévérité et la précision de la déchéance.

¹ V. BÉHAR-TOUCHAIS (M.), « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *art. préc.*

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.* ; *adde infra*, n° 440.

⁶ V. *Ibid.* ; *adde, infra* n° 438.

⁷ V. *Ibid.*

327. Cohérence, incombance et déchéance. Ces observations révèlent la nécessité d'un fondement technique précis au prononcé d'une déchéance par le juge. En effet il convient de justifier que le juge puisse recourir à ce type de sanction en matière contractuelle sans en bouleverser le mécanisme. Or l'incombance a précisément la capacité de justifier le recours à cette sanction particulière. C'est en cela que cette notion va manifester sa propension à encadrer la cohérence du comportement du contractant. Reste à comprendre les rapports qu'entretiennent l'incombance et la contradiction en droit contractuel.

B- Le lien entre l'incombance et la contradiction comportementale

328. Un lien pressenti en doctrine. Que ce soit en ayant connaissance de la notion d'incombance ou non, des membres de la doctrine ont clairement pu rapprocher certaines de ses manifestations de l'idée selon laquelle un certain devoir de cohérence s'impose parfois aux parties contractantes.

L'exemple type en est l'article 1178 du Code civil. En effet, la règle qui y est posée est souvent identifiée comme participant « à l'établissement par la jurisprudence d'un devoir général de cohérence à la charge des parties »¹. Il est vrai que le comportement du contractant qui se prévaut de la défaillance d'une condition qu'il a lui-même provoquée apparaît particulièrement contradictoire. Plus précisément, « le comportement contradictoire du débiteur consiste à agir sur l'aléa affectant la condition »².

D'ailleurs, cette disposition est parfois très justement rapprochée de la jurisprudence relative aux clauses résolutoires, qui est également fréquemment avancée comme exemple de la sanction de l'incohérence du comportement du contractant dans la mise en œuvre de sa prérogative³. Or, il a pu être remarqué que « la notion « d'incombance » n'est pas sans évoquer un devoir de ne pas faire obstacle à l'obligation se déclinant en fonction de la maîtrise par le créancier de l'aléa affectant l'obligation du débiteur »⁴. En effet, dans nombre d'arrêts – tout en maintenant néanmoins une référence à la bonne foi – les juges semblent condamner, non pas la faute du contractant dans la revendication de sa clause, mais plutôt le fait que sa mise en œuvre soit incompatible avec un comportement antérieurement adopté⁵.

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 602 ; adde MUIR-WATT (H.), « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *art. préc.*, n° 3 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1095 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, p. 61.

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1121 (c'est l'auteur qui souligne).

³ V. not. *Ibid*, n° 873 : « la clause résolutoire est l'illustration la plus frappante de ce phénomène. [...] la façade du respect de la bonne foi dissimule fréquemment une répression du comportement incohérent, sanctionnée par le maintien de l'attitude qu'avait initialement prise le créancier » ; adde, n° 1127.

⁴ V. *Ibid*, n° 1218.

⁵ V. not. Cass. com., 7 janv. 1963, *préc.* : « par le fait du bailleur, les locataires n'avaient pas été mis en mesure d'accomplir pleinement leur obligation [ainsi] la clause résolutoire n'avait pas produit son effet » ; adde Cass.

C'est alors la cohérence dans la mise en œuvre de la clause résolutoire qui semble prise en compte¹.

Cette observation a conduit un auteur à se demander s'il ne convient pas de distinguer l'exigence de cohérence ainsi sanctionnée par les juges, de celle de la bonne foi². Apparaît alors implicitement l'idée que c'est l'adoption d'un comportement conditionnant la revendication légitime de la prérogative qui justifie la particularité de la sanction prononcée, à savoir « *la privation, au moins temporaire, du droit d'invoquer la clause* »³. Il a d'ailleurs pu être remarqué de manière plus générale qu'« *il est frappant de constater que beaucoup des exemples cités au titre des incombances du créancier seraient pris en droit interne pour des conséquences de la bonne foi contractuelle* »⁴. Il en va ainsi, notamment de la règle de l'article 2314 du Code civil⁵ ou encore de celle de l'article 1168 du même Code⁶.

Au surplus, des auteurs ayant étudié la notion d'incombance l'ont clairement rapprochée de mécanismes voisins qui permettent d'appréhender la contradiction comportementale du contractant⁷. Notamment M. SCHMIDT a pu défendre le fait que le fondement juridique technique des incombances se trouve dans la maxime du *Non concedit venire contra factum proprium*⁸. En effet, selon l'auteur, « *l'obligation de moindre intensité contraignante* » que constitue l'incombance prendrait sa source dans le principe de l'interdiction de se contredire par son propre fait⁹. Un lien visible apparaît ainsi entre la notion d'incombance et la question de la cohérence en matière contractuelle.

civ. III, 29 juin 1976, *préc.* ; 20 juin 1989, *Loyers et copr.* 1990, comm. 383 ; 17 juill. 1992, Bull. civ. III, n° 254, D., 1992, Somm. 399, obs. AUBERT (J.-L.).

¹ V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 644 ; *adde* « Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 39 et s. ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 881 et s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, thèse préc.*, spéc. n° 173.

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 880.

³ V. *Ibid.*, n° 887.

⁴ V. *Ibid.*, n° 1222.

⁵ V. not. *Ibid.*, n° 1278 : « On peut aisément traduire l'hypothèse de l'article 2037 du Code civil en termes de cohérence. Le créancier ne fait-il pas obstacle aux obligations de son débiteur en rendant « impossible » la subrogation qui lui aurait permis d'échapper à l'insolvabilité du débiteur principal ? » ; *adde* DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives, thèse préc.*, n° 243.

⁶ Un lien a pu être fait en doctrine entre la *Verwirkung* et l'agrégation tacite : RANIERI (F.), « Verwirkung et renonciation tacite, Quelques remarques de droit comparé », *art. préc.* ; mais aussi, et plus précisément, entre l'incombance et l'agrégation tacite : V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 490 et s.

⁷ V. not. en droit allemand, V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten, op. cit.* ; en droit français : BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 490 et s.

⁸ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten, op. cit.*, p. 111 : « Le renvoi à la sentence de « *Venire contra factum proprium* » sert ainsi de fondement juridique méthodique à ces incombances » („Die Rückführung auf den Grundsatz vom venire contra factum proprium ist also die wirkliche Erklärung der rechtssystematischen Grundlage dieser Obliegenheiten.“).

⁹ V. *Ibid.* : « s'exerce une contrainte de moindre intensité contraignante qui trouve sa source juridique dans le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui » („übt sie einen teleologischen Rechtszwang aus, der seine Rechtfertigung in dem Prinzip des Verbots eines eigenen widerspruchsvollen Verhaltens findet“). Il s'agirait, selon l'auteur, d'une branche spécifique de l'*exceptio doli* rattachée au § 242 BGB, car l'incombance concerne aussi l'inadmissibilité de l'exercice d'un droit et consiste par conséquent, en une limite juridique de ce

329. L'inobservation de l'incombance révélatrice d'une incohérence. Le mécanisme de l'incombance permet de révéler l'incohérence du contractant de deux manières distinctes.

D'une part, le manquement à une incombance peut apparaître comme étant un fait intrinsèquement contradictoire. En effet, l'incombance est une contrainte dont l'observation est dans l'intérêt même de celui sur qui elle pèse. Le comportement attendu du contractant conditionne l'exercice de son droit. Or, il semble *a priori* cohérent que l'individu bénéficiant d'un droit en fasse usage. Une attitude contraire est surprenante en ce qu'elle va à l'encontre de la défense de ses propres prérogatives par le sujet de droit. Plus que surprenante, elle peut paraître suspecte si l'on part du postulat que tout individu agit toujours conformément à son propre intérêt. Précisément, le manquement à l'incombance est révélateur de ce que la personne n'agit pas dans son propre intérêt car elle ne pourra alors plus se prévaloir de son droit qui lui revenait pourtant légitimement *ab initio*.

Cependant et d'autre part, le manquement à l'incombance n'apparaît pas fautif en soi puisqu'il s'agit d'une simple condition à la revendication d'un droit, c'est une contrainte hypothétique que le contractant doit observer si, et seulement si, il compte faire usage de son droit. Ainsi l'inobservation de l'incombance peut être considérée comme acceptable : en manquant à son incombance, le titulaire du droit fait seulement comprendre au cocontractant qu'il n'en fera pas usage. En revanche, ce qui sera considéré comme étant un comportement incohérent, c'est le fait de revendiquer le droit par la suite. L'incohérence ne réside donc pas directement dans le manquement à l'incombance, elle consiste plus exactement dans le fait de se comporter par la suite comme si l'exigence avait été préalablement observée. Ce n'est pas le manquement à l'incombance qui est une manifestation d'un *venire contra factum proprium*, mais le comportement qui suit ce manquement, c'est-à-dire la revendication ultérieure de son droit par le contractant, qui sait avoir préalablement manqué à l'incombance qui le conditionne¹. Or, précisément la déchéance qui sanctionne l'inobservation de l'incombance empêche le contractant de changer d'avis au détriment de l'autre partie. Le mécanisme même de l'incombance permet ainsi de corriger la contradiction du contractant dans la mise en œuvre de son droit.

330. La correction de la contradiction par l'incombance. L'incombance, par son mécanisme spécifique, intervient de manière préventive et empêche *ab initio* que le

dernier, V. *Ibid*, p. 111 : « Ainsi, l'incombance du § 254 appartient à un cas particulier de l'interdiction du « *Venire contra factum proprium* », à une branche de l'*exceptio doli* du § 242 BGB, car elle concerne l'inadmissibilité de l'exercice d'un droit et consiste par conséquent, en une limite juridique à ce dernier. » („Demnach gehört die Obliegenheit des § 254 als ein Sonderfall des verbotenen *venire contra factum proprium* zum „*exceptio doli*-Zweig“ des § 242 BGB, betrifft also die Unzulässigkeit einer Rechtsausübung, stellt demnach Schrankenrecht dar.“).

¹ V. SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, op. cit., spéc. p. 115.

comportement contradictoire du contractant ne cause un préjudice à l'autre partie. Plutôt que de manifester l'incohérence du contractant, le rôle, la finalité de l'incombance est plus précisément de corriger sa contradiction en annihilant l'effet du comportement contradictoire. Ainsi, dans l'étude de la raison d'être de l'incombance contractuelle apparaît indirectement la prise en compte de la situation du cocontractant : cette contrainte a pour finalité de prévenir les conséquences dommageables de l'exercice incohérent d'une prérogative contractuelle pour l'autre partie.

Par exemple, l'incombance qui se trouve à l'article 1178 du Code civil « *corrige l'incohérence de celui qui, obligé sous une condition suspensive, a lui-même fait obstacle à la survenance d'un événement qui, sans son intervention, se serait certainement produit* »¹. Le fait que le contractant ne puisse se prévaloir de la défaillance de la condition empêche la contradiction. Ce serait le fait qu'il puisse arguer de l'échec de l'évènement érigé en condition, malgré le fait qu'il l'ait provoqué, qui serait constitutif d'une contradiction criante. Or, la défaillance de la condition, sanctionnant le manquement à l'incombance de ne pas en empêcher le jeu normal, permet d'éviter cette incohérence. En effet, « *au bout du compte tout est fait comme si le débiteur ne s'était jamais conduit de la sorte* »². La sanction attachée au manquement à l'incombance implique l'« *effacement total du comportement manifesté par le contractant* »³. Or, une telle sanction qui conduit au rétablissement du « *cours normal des choses* » s'avère préférable au fait de constater la faute et de la sanctionner par des dommages-intérêts, car elle permet d'éviter le préjudice du cocontractant, tandis que le prononcé d'une responsabilité civile implique nécessairement la constatation d'un préjudice subi par le cocontractant⁴. Par sa vertu préventive, l'incombance empêche de caractériser une faute et évite ainsi l'application de sanctions peu profitables à la bonne poursuite des relations contractuelles.

331. Conclusion de la section : complément de définition de l'incombance au regard de sa finalité. L'incombance contractuelle a été temporairement définie comme étant une *contrainte comportementale s'imposant en amont de l'exercice d'un droit dont la mise en œuvre est empreinte d'aléa, dans l'hypothèse où son titulaire désire obtenir l'avantage qui y est attaché*. L'étude de la finalité de l'incombance permet de compléter cette définition et d'expliquer pourquoi une telle contrainte vient conditionner l'exercice d'un droit. Précisément, l'incombance a pour *finalité de limiter les dangers attachés à l'exercice aléatoire du droit*. Elle est un instrument juridique permettant de limiter *a priori* l'incertitude relative à l'exercice d'un droit empreint d'aléa. En définitive, il est possible de définir

¹ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 602.

² V. *Ibid.*, n° 684.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*, n° 692.

l'incombance contractuelle comme étant *une contrainte comportementale pesant sur le contractant titulaire d'un droit limitant ab initio l'aléa lié à sa mise en œuvre, et qu'il doit observer préalablement à son exercice s'il veut pouvoir en jouir ultérieurement*.

332. Conclusion du chapitre. L'analyse de la finalité du devoir et de l'incombance contractuelle, mène, tout comme celle de leur objet, au constat d'une distinction de ces deux concepts. Tandis que la finalité du devoir est étroitement liée à celle du contrat, la raison d'être de l'incombance est plus directement attachée à la légitimité de l'exercice d'un droit contractuel.

Dans le domaine contractuel, l'objectif du devoir est d'assurer la bonne fin du contrat, la réussite du but contractuel, le maintien de l'utilité de l'acte tout au long de son exécution. Le devoir contractuel intègre ainsi le contenu du contrat afin que ce but soit atteint. Il aide à traduire la cause du contrat. Le manquement au devoir représente alors une certaine gravité car il a pour conséquence de priver le contrat d'utilité pour le contractant qui est victime de son inobservation. Tout comme l'inexécution des obligations contractuelles, l'inobservation du devoir contractuel est de nature à nuire à l'intérêt du contrat. Il constitue alors, à ce stade, un fondement technique utile permettant de légitimer le prononcé de sanctions contractuelles bien que les obligations contractuelles aient été par ailleurs exécutées.

Plus spécifiquement, l'incombance a pour finalité d'encadrer l'exercice d'un droit dont la mise en œuvre comporte, *a priori*, un aléa pour son destinataire. De par son caractère adventice et préalable à l'exercice du droit, elle permet de légitimer *ab initio* sa revendication et en conditionne la jouissance, tout en évitant le recours au fondement moins précis de l'abus de droit dont le régime fait au surplus l'objet de discussions. D'ailleurs, de par sa fonction préventive et grâce à la sanction spécifique qui y est assortie, cette contrainte permet spécialement d'éviter que le cocontractant ne subisse un dommage lié à l'incohérence du titulaire du droit qui ferait mine de ne pas s'y intéresser pour finalement le revendiquer à contretemps. La raison d'être de l'incombance ne se situe donc pas sur le même plan que celle du devoir, aussi s'agit-il d'un élément permettant de distinguer chacune de ces notions.

333. Conclusion du titre. L'analyse du devoir et de l'incombance contractuels mène au constat de leur différence et justifie que ces exigences comportementales trouvent des définitions distinctes.

Tout d'abord, ces notions ne partagent pas un même objet. En effet, le devoir se caractérise par sa dimension catégorique et permanente. Il est une exigence qui s'impose au contractant qu'il le veuille ou non, et de manière continue, tout au long de la relation contractuelle. Il peut impliquer divers actes précis et ponctuels mais la contrainte en elle-même est toujours un commandement pesant en permanence sur le contractant. Il traduit en cela parfaitement la dimension normative du contrat. Par ailleurs, cette contrainte qui rend

compte au *minimum* de la force obligatoire du contrat qui pèse sur les parties, ne saurait être écartée par leur volonté. Celles-ci peuvent seulement ajouter à cette exigence fondamentale. En revanche, l'incombance a une dimension moins contraignante que le devoir. Il s'agit d'une exigence comportementale attendue du contractant bénéficiant d'un droit, comme préalable à son exercice. Ainsi, cette contrainte se caractérise à la fois par le fait qu'elle accompagne spécifiquement l'exercice d'un droit et se trouve en cela être une contrainte accessoire et ponctuelle, mais également par le fait qu'elle ne fait que conditionner un avantage attendu du contrat et ne doit donc être observée que dans l'hypothèse où le contractant désirerait en jouir ultérieurement. Ainsi, il s'agit d'une contrainte hypothétique.

Ensuite, ces deux contraintes ne partagent pas une même finalité. Le devoir est la contrainte permanente et catégorique qui s'impose au contractant afin que le contrat préserve son intérêt tout au long de son exécution et jusqu'à la réalisation de son but, à savoir la satisfaction des parties. Il est alors un véritable tuteur des comportements dans l'exécution des obligations contractuelles. La finalité du devoir est étroitement liée à celle de la norme dans laquelle il s'insère. Il vise directement la bonne poursuite de l'objectif contractuel. Quant à l'incombance, sa finalité est plus spécifique puisqu'il s'agit d'une contrainte étroitement liée à l'exercice d'un droit contractuel. Sa raison d'être est connectée à la mise en œuvre d'un droit. Plus précisément, de par son caractère préalable et adventice à l'exercice d'un droit, l'incombance est une technique ayant la capacité de limiter les risques d'abus dans l'exercice du droit. Elle est également une technique permettant d'encadrer et de limiter les risques d'incohérence du comportement du contractant dans la mise en œuvre de son droit, en ce que son manquement empêche le titulaire du droit de le revendiquer ultérieurement.

Ce double constat des différences existant entre ces deux notions que sont le devoir et l'incombance, permet d'en proposer des définitions distinctes. En effet, si *le devoir est une contrainte catégorique et essentielle pesant en permanence sur le contractant en vue d'assurer directement la réalisation de l'objectif contractuel*, *l'incombance est une contrainte hypothétique et accessoire à l'exercice d'un droit qui ne s'impose au contractant que dans l'éventualité où il désirerait bénéficier ultérieurement de l'avantage conditionné.*

334. Conclusion de la partie. L'étude du devoir et de l'incombance contractuels mène au constat de l'existence de similitudes, de points communs, qui les rapprochent et qui justifient que ces notions soient analysées concomitamment. Néanmoins, leur analyse a également permis de voir les caractéristiques qui distinguent ces contraintes.

En premier lieu, ces notions peuvent être rapprochées l'une de l'autre en ce qu'elles revêtent une même nature. Le devoir et l'incombance sont, dans le cadre spécifique du contrat, des notions aptes à traduire les exigences purement comportementales qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution, et qui se distinguent des obligations qu'ils sont par ailleurs tenus d'exécuter. En vertu de son acception stricte, le terme d'obligation ne peut

servir à décrire toute contrainte juridiquement sanctionnée. L'obligation se caractérise par sa nature économique, car elle a pour objet le transfert d'une valeur patrimoniale. À cette nature spécifique correspond un régime général qui ne peut s'appliquer aux devoirs et aux incombances contractuels. Or, ces contraintes particulières se trouvent à la charge des parties en raison de la conclusion du contrat. Le devoir et l'incombance appartiennent au genre commun de la contrainte comportementale « non-obligationnelle » s'imposant au contractant. Ces effets « non-obligationnels » trouvent leur fondement dans une analyse normativiste du contrat. En effet, cette théorie permet d'expliquer que la norme nouvellement créée donne lieu à un ensemble de règles prévues par les parties ou le législateur, qui s'imposent aux contractants en raison de leur soumission volontaire à cette situation juridique. Les parties ayant conclu le contrat, se trouvent soumises à sa force obligatoire : elles sont assujetties. Les devoirs et les incombances sont la traduction de cet assujettissement au contrat. Ils révèlent que le contrat entraîne une restriction de l'autonomie des parties dès sa conclusion.

En second lieu, si ces notions partagent une nature comportementale commune, elles ne décrivent pourtant pas un même type de contrainte. Plus précisément, le devoir se distingue de l'incombance tant par son objet que par sa finalité. Le devoir se caractérise par sa dimension permanente, catégorique et essentielle. Il est une exigence qui s'impose au contractant qu'il le veuille ou non, et tout au long de la relation contractuelle, sans qu'il ne puisse être écarté par les parties. En revanche, l'incombance a une dimension moins contraignante que le devoir. Il s'agit d'une exigence comportementale attendue du contractant bénéficiant d'un droit, comme préalable à son exercice et en conditionnant la jouissance. Il s'agit d'une contrainte hypothétique, c'est-à-dire qui n'est due qu'à la condition que le titulaire du droit désire bénéficier de l'avantage attaché à son exercice. De plus, la finalité du devoir est étroitement liée à celle de la norme dans laquelle il s'insère. Il vise directement la bonne poursuite de l'objectif contractuel. Il sert à ce que le contrat preserve son intérêt, son utilité, pour chaque partie. Il est un outil permettant d'orienter le comportement des contractants à l'occasion de l'exécution des obligations contractuelles et constitue un repère pour le juge lorsqu'il détermine si l'exécution du contrat s'est bien opérée dans l'intérêt de chacun. Quant à l'incombance, sa finalité est plus spécifique puisqu'il s'agit d'une contrainte étroitement liée à l'exercice d'un droit contractuel. Et, plus précisément, de par son caractère préalable et adventice à l'exercice d'un droit, l'incombance est une technique ayant la capacité de limiter le risque que celui-ci ne soit exercé de manière abusive. Elle permet d'anticiper des risques d'incohérence dans l'exercice du droit, notamment grâce à la sanction qui y est attachée. En effet, le contractant qui n'adopte pas le comportement nécessaire à l'exercice légitime de son droit, en est déchu, ce qui l'empêche de pouvoir en jouir ultérieurement.

En définitive, il apparaît que le devoir et l'incombance contractuels sont des espèces distinctes, appartenant au genre commun des contraintes comportementales contractuelles.

Cette dialectique mise au jour entre les notions de devoir et d'incombance, se retrouve au niveau de leurs sanctions.

SECONDE PARTIE

**LES SANCTIONS DU DEVOIR ET DE
L'INCOMBANCE CONTRACTUELS**

335. Des sanctions inégalement dévoilées. Il a été vu que les notions de devoir et d'incombance ont été assez inégalement étudiées en doctrine¹. Si la notion de devoir est aujourd'hui reconnue et utilisée en droit français des contrats, celle d'incombance fait, pour l'heure, l'objet de recherches peu nombreuses et n'est pas encore définitivement acceptée par la doctrine. Or, ce décalage dans l'intérêt porté à ces notions se trouve curieusement inversé s'agissant de l'analyse de leur sanction. En effet, bien que l'incombance ait fait l'objet de peu d'études en droit français, la sanction qui y est attachée est généralement immédiatement mise en avant par les auteurs qui s'y intéressent. L'incombance est généralement remarquée grâce à la spécificité de la sanction qui l'accompagne, à savoir la perte d'un droit, une déchéance². En revanche, le devoir contractuel, qui est souvent évoqué en doctrine, n'a pas véritablement fait l'objet d'une étude approfondie quant au régime qui s'y attache, et notamment quant aux sanctions qui peuvent être prononcées en cas d'inobservation³. Cela peut *a priori* s'expliquer par les réticences qu'ont certains à étendre des sanctions, traditionnellement propres à l'inexécution des obligations contractuelles, au cas de manquement à un devoir contractuel. Cela peut également s'expliquer par la diversité des sanctions envisageables, qui implique des difficultés dans l'élaboration d'un régime clair et uniforme. Il n'en reste pas moins que ce constat permet de souligner, outre l'intérêt de déterminer clairement le régime du devoir contractuel, celui d'une mise en perspective des sanctions de ces différentes contraintes que sont le devoir et l'incombance contractuels. La dialectique observée entre ces notions se poursuit à travers leurs régimes.

336. La dialectique entre les sanctions du devoir et de l'incombance contractuels. La dialectique observée entre les notions de devoir et d'incombance contractuels se confirme au stade de l'étude de leur sanction. En effet, aux points communs et différences constatés entre ces deux phénomènes juridiques, correspond une même interaction au stade des sanctions de ces contraintes. Le fait qu'il s'agisse d'espèces distinctes appartenant au genre commun de la contrainte comportementale imposée au contractant se retrouve quant aux sanctions de ces exigences.

Le devoir et l'incombance n'impliquent pas les mêmes conséquences juridiques pour le contractant qui s'y trouve soumis. Les différences constatées entre ces notions se concrétisent nettement à ce stade. Ces notions sont principalement assorties de sanctions

¹ V. *supra*, n° 23.

² V. not. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs, op. cit.* ; adde LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 493 et s. ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, n° 92 et s.

³ V. not. à propos du devoir de bonne foi : ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 3 : « les auteurs ne prêtent en général qu'une faible attention à la question des sanctions du manquement à la bonne foi ».

distinctes, de sanctions qui leur sont propres, et qui correspondent à leurs caractéristiques propres (Titre I).

Mais, par ailleurs, il se peut que ces contraintes partagent, de manière plus incidente, plus secondaire, certains effets. L'intérêt de l'étude combinée de ces notions et leur nécessaire rapprochement transparaît ainsi en dernier lieu dans le fait qu'elles puissent parfois entraîner des effets communs (Titre II).

Titre I : La prépondérance de sanctions propres

Titre II : L'existence de sanctions communes

TITRE I

LA PREPONDERANCE DE SANCTIONS PROPRES

337. Des notions distinctes impliquant des sanctions distinctes. L'analyse des régimes des devoirs et incombances fait apparaître en premier lieu leurs profondes différences. À ces notions distinctes s'attachent des sanctions nettement dissemblables. L'autonomie de ces contraintes, révélée par l'identification de leurs caractéristiques propres, se dévoile particulièrement à travers leurs régimes. En effet, il a été vu que par son caractère catégorique, le devoir se rapproche de l'obligation et se distingue de l'incombance, qui est une contrainte hypothétique¹. Et précisément, au niveau des conséquences juridiques attachées à ces différentes contraintes, il est possible d'observer assez rapidement une certaine communauté de sanctions envisageables entre les obligations et les devoirs contractuels. Cependant, si les sanctions contractuelles classiques se révèlent applicables au devoir, il n'en va pas de même concernant l'incombance, dont la sanction singulière en rend le prononcé inutile. La particularité du régime de l'incombance explique d'ailleurs qu'il soit plus aisément identifié que celui du devoir qui semble, *a priori*, se confondre avec celui de l'obligation². Sur le plan des sanctions, le devoir contractuel se rapproche assez sensiblement de l'obligation et se distingue clairement de l'incombance. Pourtant, pour l'incombance, comme pour le devoir, la détermination de la ou des sanctions qui y sont attachées mérite d'être clairement opérée. Les mécanismes permettant de sanctionner le contractant qui manque à l'une ou l'autre de ces contraintes doivent être clarifiés.

338. Des sanctions à clarifier. S'il apparaît assez aisément, à première vue, que le devoir et l'incombance contractuels ne partagent pas nombre de sanctions, cela n'ôte cependant pas certaines difficultés.

Tout d'abord, il est difficile de déterminer clairement quelles sont les sanctions ayant vocation à s'appliquer en cas de manquement à un devoir contractuel, et cela tant en raison de la diversité des devoirs et de leur proximité avec l'obligation contractuelle, qu'en raison de la grande variété et complexité des remèdes contractuels. Un désordre apparent en la matière

¹ V. *supra*, n° 181 et s.

² D'ailleurs, des auteurs considèrent purement et simplement qu'il est artificiel de distinguer les régimes du devoir de l'obligation. En ce sens, V. not. CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », *art. préc.* ; *adde* GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 284.

invite à opérer un travail de clarification, et à montrer la logique d'ensemble de l'application des sanctions contractuelles. Il importe d'exposer les sanctions qui ont vocation à s'appliquer en cas de manquement à un devoir contractuel, de voir dans quelles limites elles peuvent être prononcées, et quelles sont les répercussions de leur reconnaissance sur la pratique contractuelle. En effet, reconnaître la possibilité de prononcer, en cas de manquement à un devoir contractuel, certaines sanctions traditionnellement propres aux hypothèses d'inexécution contractuelle n'est pas sans incidence sur les régimes mêmes de ces différents remèdes. Il conviendra donc d'analyser les sanctions propres au devoir contractuel (Chapitre I).

Ensuite, si l'incombance dispose, *a priori*, d'un régime clair et unifié, en ce que son manquement implique la perte d'un avantage juridique et ne peut faire l'objet des remèdes contractuels traditionnels, tels que l'exécution forcée ou une action en réparation du dommage causé, il est important de revenir sur ce régime spécifique pour en vérifier l'unité et en révéler les contours. Derrière un ordre apparent concernant la sanction de l'incombance se cachent plusieurs difficultés qu'il faudra tenter de résoudre. Ce travail permettra alors de préciser la sanction propre à l'incombance contractuelle (Chapitre II).

Chapitre I : Les sanctions propres au devoir contractuel

Chapitre II : La sanction propre à l'incombance contractuelle

Chapitre I

Les sanctions propres au devoir contractuel

339. La faute contractuelle à l'origine des sanctions contractuelles.

Traditionnellement, en matière contractuelle, c'est l'inexécution des obligations prévues par les parties qui justifie l'application de diverses sanctions proprement contractuelles. À suivre la conception classique du contrat qui tend à le réduire aux obligations qu'il fait naître, tout manquement contractuel serait nécessairement l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle. Certains auteurs ont ainsi proposé de remplacer la notion de faute par celle d'inexécution¹, celle-ci pouvant conduire à la mise en œuvre de diverses sanctions à l'encontre du contractant : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature ou par équivalent, ou encore la résolution du contrat². Ainsi, la découverte de l'existence de devoirs contractuels, dont le manquement est constitutif d'une faute³, amène inévitablement à s'interroger sur le champ d'application des sanctions contractuelles. La question qui se pose est celle de savoir si les sanctions prononcées à l'égard du contractant sont spécifiquement liées à l'inexécution d'une obligation contractuelle, ou plus largement au manquement à l'engagement contractuel, dont il a été vu qu'il dépasse le cadre de l'obligation contractuelle⁴ : les sanctions contractuelles dépendent-elles de la nature spécifique de l'obligation, ou de la particularité de la norme créée ? Tout comme il a été vu que le contenu contractuel est plus large que son contenu obligationnel, il peut être à présent démontré que le manquement au contrat englobe davantage que la seule inexécution de l'obligation contractuelle⁵. Les sanctions applicables en matière contractuelle ne paraissent pas liées à l'inexécution de l'obligation, mais s'avèrent plus largement aptes à corriger toute violation de

¹ V. not. TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994, p. 223 et s. ; RÉMY (Ph.), « Critique du système français de responsabilité civile », *art. préc.* ; « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323 et s. Il est vrai que les art. 1146 à 1155 C. civ. ne mentionnent pas la faute, alors que la notion d'« inexécution » est expressément employée à l'art. 1147 C. civ.

² V. not. GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Paris I, 2000 ; adde LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc. ; GRIDEL (J.-P.) et LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, n° 21, 21 mai 2008, I, n° 143, p. 13 et s. ; *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, *op. cit.* ; DEPREZ (J.), « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, *TAHC*, Paris, D., 1968, p. 28 et s. ; AUBERT de VINCELLES (C.) et ROCHFELD (J.), (ss dir. de), *L'acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, coll. Études juridiques, Paris, Economica, 2006.

³ V. *supra*, n° 190 et s.

⁴ V. *supra*, n° 68 et s. et n° 116 et s.

⁵ V. FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 349 et s.

l'engagement contractuel. En effet, le caractère catégorique du devoir, attaché à sa finalité de préservation de l'intérêt du contrat pour chaque partie¹, implique qu'il ne saurait y être manqué sous peine, pour le contractant, de s'exposer aux divers remèdes spécifiquement liés au mépris de l'engagement contractuel. C'est dire que s'appliquent aux cas de manquements aux devoirs contractuels, les sanctions proprement contractuelles.

340. La grande diversité des remèdes contractuels². Il a pu être très justement observé que le domaine des sanctions contractuelles est « *à la croisée des tensions et des idéologies qui traversent le contrat* »³. La question de la sanction du manquement au devoir contractuel par des sanctions typiquement contractuelles s'inscrit précisément au cœur de cette tension entre les différentes approches de l'acte juridique. La démonstration de la possibilité de prononcer des sanctions traditionnellement attachées à l'inexécution en cas de manquement aux devoirs contractuels n'est pas neutre, et s'inscrit dans le prolongement de la manifestation de l'existence de contraintes non obligationnelles pouvant s'imposer spécifiquement au contractant du fait de la conclusion du contrat. Or, l'inexécution est de nature à entraîner l'application de « *toute une série de moyens d'action, ou, pour s'inspirer de la terminologie anglaise, d'une grande diversité de remèdes* »⁴. Parmi ces différents remèdes, certains sont traditionnellement propres à l'inexécution contractuelle, et leur mise en œuvre semble alors cantonnée à l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Pourtant, il sera démontré que ce domaine, qui leur est habituellement réservé, peut être étendu en ce que ces sanctions sont également aptes à remédier au manquement au devoir contractuel (Section I). Par ailleurs si les conditions, l'autonomie, ainsi que le concept même de responsabilité contractuelle sont aujourd'hui discutés en doctrine, la notion de devoir n'est pas étrangère à ces controverses. Et il conviendra de voir que le devoir contractuel permet précisément d'appréhender les solutions de droit positif relatives à la responsabilité contractuelle (Section II).

¹ V. *supra*, n° 187 et s.

² Pour une étude du régime de ces remèdes consacrés dans le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, V. not. BOUCARD (H.), « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, *op. cit.*, p. 153 et s.

³ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2009, n° 1, p. 333 et s.

⁴ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 368-5 (c'est l'auteur qui souligne) ; *adde* TALLON (D.), « Les remèdes », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss. dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 271 et s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc.

Section I

Devoir contractuel et remèdes liés à l'inexécution contractuelle

341. Les sanctions traditionnellement propres à l'« inexécution contractuelle ». Parmi les sanctions traditionnellement propres à l'inexécution d'une obligation, et qui n'ont pas pour effet d'entraîner la disparition du contrat, il en est qui peuvent être directement mises en œuvre par le contractant et d'autres qui nécessitent l'intervention du juge. En principe, en vertu de l'adage selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même » le contractant ne peut mettre en œuvre des moyens propres à sanctionner son cocontractant sans avoir recours à la justice. Ainsi, lorsque le contractant désire obtenir l'exécution forcée de l'obligation ou diverses mesures de sauvegarde, il doit s'adresser au juge pour qu'il les prononce. Cependant « l'adage n'a pas de valeur absolue de sorte que certains moyens de justice privée sont considérés comme licites »¹. C'est le cas, notamment, de l'exception d'inexécution.

Or, il peut être démontré que tant le mécanisme de l'exception d'inexécution (§1) que celui de l'exécution forcée en nature (§2), originellement pensés pour corriger les conséquences de l'inexécution d'une obligation, ne sont pas hermétiques à la sanction du manquement à un devoir contractuel.

§1- Manquement au devoir contractuel et exception d'inexécution

342. Le devoir contractuel au cœur d'une étude renouvelée du mécanisme de l'exception d'inexécution. Traditionnellement, « l'exception d'inexécution est le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due »². Cette voie de justice privée qui permet au débiteur d'opposer à son créancier sa propre inexécution pour justifier son manquement, a ainsi un domaine classiquement restreint à celui des contrats synallagmatiques, en ce que ceux-ci impliquent des obligations réciproques à la charge des parties. Cependant, cette conception de l'exception d'inexécution correspond à une analyse du contrat le limitant à ses effets obligationnels. Il semble alors intéressant de s'interroger spécialement sur les enjeux de la prise en compte de l'existence de devoirs contractuels sur l'exception d'inexécution. Précisément, peuvent tout d'abord être mis en lumière les effets du

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 368-20.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 630.

manquement à un devoir contractuel sur le mécanisme de l'exception d'inexécution (A), avant d'envisager les effets de l'exception d'inexécution sur l'observation du devoir contractuel (B).

A- Les effets du manquement à un devoir contractuel sur le mécanisme de l'exception d'inexécution

343. Le contrat synallagmatique comme domaine traditionnel de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution est la traduction de l'« *exceptio non adimpleti contractus* », signifiant « *exception de contrat (d'engagement) non rempli* »¹. Cette expression latine est plus large que sa traduction française. En effet, elle permettait, en droit romain, de prendre en compte, au-delà de la seule inexécution de l'obligation, tout comportement du contractant l'empêchant de remplir l'engagement contractuel. C'était une application de l'exception de dol que le défendeur assigné en exécution pouvait opposer au demandeur qui n'offrait pas d'accomplir sa propre prestation². Le droit romain ne connaissait pas l'exception d'inexécution telle que le droit français positif la conçoit. Cette technique a été pensée par les canonistes et les postglossateurs, spécialement pour le schéma du contrat synallagmatique³, puisqu'elle suppose l'existence de deux obligations réciproques⁴. Depuis lors, l'exception d'inexécution est traditionnellement réservée au cadre des contrats synallagmatiques.

Le Code civil ne consacre pas ce remède particulier sous la forme d'un principe général, mais en prévoit seulement quelques applications éparses⁵. Ainsi c'est à la jurisprudence et à la doctrine qu'est revenu le rôle d'en édifier un régime commun⁶. Ses conditions d'application ont été consacrées et modelées au fur et à mesure des solutions jurisprudentielles. Par exemple, la jurisprudence en a étendu le domaine aux rapports synallagmatiques, c'est-à-dire à des obligations connexes, qui ne sont pas forcément issues d'un contrat ou d'un même contrat⁷.

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° *exceptio non adimpleti contractus*.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 631.

³ V. ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du Droit français*, Litec, 4^e éd. 1998, p. 136.

⁴ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°-d'inexécution (Exception) sens 2, b.

⁵ V. en matière de vente (art. 1612 et 1653 C. civ.) ; de bail (art. 1749 C. civ.) ; et de dépôt (art. 1948 C. civ.).

⁶ V. not. CASSIN (R.), *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914 ; SALEILLES (R.), « Exception de refus de paiement ou exception non adimpleti contractus », *Ann. dr. com.* 1892 et 1893 ; PILLEBOUT (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. P. Raynaud, Paris, LDGJ, 1971 ; MALECKI (C.), *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, Paris I, LGDJ, 1999 ; DESHAYES (O.), « L'exception d'inexécution », *Rép. Civ. D.*, janv 2011, n° 6 et s.

⁷ V. not. Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-12507 : « l'inexécution d'une convention peut être justifiée, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première ».

Néanmoins, et exceptées quelques études minoritaires¹, l'exception d'inexécution semble cantonnée à un cadre strict en raison de la condition traditionnelle de l'existence d'un rapport synallagmatique, c'est-à-dire de l'existence d'obligations connexes. Cette condition apparemment *sine qua non* à l'application de l'exception d'inexécution empêche *a priori* de l'appliquer à l'hypothèse du manquement de l'une des parties à un devoir contractuel, dont la nature se distingue de celle de l'obligation civile.

344. La différence de nature entre devoir et obligation comme obstacle apparent à la sanction du devoir par l'exception d'inexécution. Des auteurs contemporains ont avancé que le manquement aux devoirs contractuels, et en particulier le manquement au devoir de bonne foi, ne saurait justifier la mise en œuvre de l'exception d'inexécution par le cocontractant. Notamment, selon M. STOFFEL-MUNCK, le devoir de bonne foi est étranger, de par sa nature, à la conception économique du contrat dans laquelle s'inscrit l'exception d'inexécution, puisqu'il est impossible de peser la bonne foi et de la comparer quantitativement avec une obligation dont elle n'est pas la contrepartie².

Or, s'il est tout à fait juste de souligner la différence de nature qui existe entre le devoir de bonne foi et l'obligation civile, et de dire que le devoir de bonne foi est ainsi étranger à la conception économique du contrat³, le raccourci opéré entre cette observation et l'assertion selon laquelle cela rendrait la bonne foi totalement étrangère au mécanisme de l'exception d'inexécution est cependant discutable.

En effet, la jurisprudence n'exige pas une proportion mathématique entre l'inexécution et la riposte⁴, et s'il est impossible de donner une valeur économique à la bonne foi il doit, en revanche, lui être reconnu une valeur juridique. Cela se traduit concrètement par le fait que le manquement à la bonne foi est une faute qui peut être sanctionnée. Si la bonne foi n'est pas la contrepartie d'une obligation, elle doit néanmoins être observée par les parties au contrat, et à chaque instant. Par ailleurs, il a été vu qu'elle revêt, en tant que devoir, un caractère essentiel⁵. Or, cela n'est pas sans intérêt relativement à l'émergence de la prise en compte en jurisprudence de la gravité du manquement contractuel justifiant l'exception d'inexécution. En effet, même à considérer que la bonne foi ne puisse, à elle seule, constituer la contrepartie d'une obligation dont le manquement justifierait la mise en œuvre de l'exception

¹ V. HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Paris, 1937, p. 343 s. ; MENDUINA GORDON (E.), *Etude critique de la distinction des contrats unilatéraux et des contrats synallagmatiques dans l'exécution*, Nanterre, 2009.

² V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 161 ; *adde* DARMAISIN (M.), *Le contrat moral, thèse préc.*, n° 178 ; ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution, thèse préc.*, n° 225.

³ V. *supra*, n° 49 et s.

⁴ V. CUZACQ (N.), « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA*, 7 mai 2003, n° 91, p. 4 et s.

⁵ V. *supra*, n° 194 et s.

d'inexécution, elle constitue, au *minimum*, un critère d'appréciation de la gravité du manquement allégué par le contractant qui se prévaut de l'exception d'inexécution.

345. L'émergence de la prise en compte de la gravité de l'inexécution. Au fur et à mesure de ses interventions, notamment dans le cadre du contrat de bail, la jurisprudence a pu développer une nouvelle exigence quant à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution, relative à la proportionnalité de la riposte¹. Notamment, les juges refusent que le débiteur se prévale d'une inexécution secondaire du créancier pour justifier l'inexécution d'une obligation essentielle². Il faut que « *l'inexécution présente un certain caractère de gravité* »³. « *L'inexécution partielle ou défectueuse doit être suffisamment grave pour justifier l'exception* »⁴. Ainsi, comme a pu le mettre en avant M. STORCK, « *une certaine hiérarchie se dégage entre les obligations nées d'un rapport contractuel visant à mesurer l'importance respective des obligations inexécutées par l'une des parties et des obligations suspendues à titre de riposte par le cocontractant* »⁵. Une telle évolution – qui procède d'un raisonnement par analogie avec la légitime défense que connaît le droit pénal⁶ – viendra très probablement à être consacrée par la réforme du droit des contrats, puisque l'article 1219 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* pose très clairement la condition de la gravité de l'inexécution pour la mise en œuvre de l'exception⁷.

Or, de par son caractère nécessairement essentiel, le devoir s'impose avec davantage de force que l'obligation qui n'a pas toujours une telle dimension contraignante⁸. Ainsi, son manquement est constitutif d'une faute d'une certaine gravité. Ce manquement, particulièrement grave, doit alors être de nature à justifier que le cocontractant puisse suspendre l'exécution de sa propre obligation. Par exemple, si, en raison de l'inexécution des travaux par le bailleur, la jouissance du preneur est devenue très difficile, voire tout à fait compromise de par l'existence d'un danger planant sur son intégrité physique, le preneur doit pouvoir invoquer valablement l'exception d'inexécution⁹. Le manquement au devoir

¹ V. not. Cass. civ. I, 18 juill. 1995, Bull. civ. I, n° 322, p. 225 ; *adde* MESTRE (J.), « L'exception d'inexécution doit demeurer une riposte proportionnée et raisonnable », *RTD Civ.*, 1996, p. 395 et s.

² V. not. Cass. civ. III, 6 juill. 1982, n° 81-11711, Bull. civ. III, n° 168 ; 10 juin 1998, n° 96-17843.

³ V. MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 875.

⁴ V. *Ibid* ; V. *contra*, not. MALECKI (C.), *L'exception d'inexécution*, thèse préc., n° 326 et s., p. 295 et s. ; POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution des contrats, étude comparative*, préf. M. Goré, LGDJ, 2008.

⁵ V. STORCK (M.), *D.*, 1994, p. 462, note sous Cass. civ. III, 15 déc. 1993, *préc.*

⁶ V. art. 122-5, al. 1^{er} C. pén. : l'infraction n'est plus justifiée « *s'il y a une disproportion manifeste entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* ».

⁷ V. art. 1219 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ».

⁸ V. *supra*, n° 194 et s.

⁹ V. not. Cass. civ. III, 11 mai 1995, *D.*, 1996, som. p. 124, note MARTINE (E.).

contractuel se révèle être un indice pertinent de la gravité du manquement du contractant justifiant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution.

Au-delà, il ne semble pas absurde d'envisager une telle sanction en cas de manquement à un devoir sans que ne soit pour autant constatée l'inexécution d'une obligation, puisqu'un tel comportement présente, en soi, une gravité suffisante pour justifier que le cocontractant refuse d'exécuter son obligation.

346. La possibilité de suspendre l'exécution d'une obligation en cas d'inobservation d'un devoir par le cocontractant. Il a pu être remarqué en doctrine que la « *tension inhérente aux synallagma est aujourd'hui menacée* »¹, notamment par l'émergence de l'exigence de bonne foi qui « *se traduit de plus en plus par un devoir de coopération entre les parties* »². Le fait de reconnaître l'existence de différents devoirs à la charge de chaque contractant implique des conséquences sur la sanction du manquement contractuel qui ne sont plus liées à la nature synallagmatique ou non de l'acte. En effet, des devoirs sont également à la charge du créancier à un contrat unilatéral. Le comportement de ce dernier au cours de l'exécution du contrat n'est pas neutre et se voit de plus en plus pris en compte par les juges.

Cela admis, pourquoi ne pas reconnaître alors qu'un contractant puisse suspendre l'exécution de sa part de l'engagement, dans l'hypothèse où le cocontractant manquerait à un devoir contractuel ?

Par exemple, dans le cadre d'un contrat de collaboration, et dans l'hypothèse où l'exécution de son obligation serait devenue plus onéreuse pour l'un des contractants du fait d'un changement imprévu de circonstances, n'est-il pas envisageable de lui permettre d'opposer cette exception au cocontractant qui refuserait toute renégociation des termes du contrat³ ?

Pareillement, il ne semble pas impossible d'envisager une telle mesure dans l'hypothèse où l'un des contractants viendrait à manquer à son devoir de sécurité. Par exemple, le bénéficiaire d'une prestation de service ayant conscience qu'un risque grave pèse sur sa personne à l'occasion de l'exécution de cette prestation, ne pourrait-il pas opposer l'exception d'inexécution – c'est-à-dire suspendre le paiement de la prestation – tant que le prestataire ne se conformerait pas aux règles de sécurité qui sont attachées à la pratique concernée⁴ ?

¹ V. SÉRIAUX (A.), « La notion de contrat synallagmatique », in *Ét. J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 777 et s.

² V. *Ibid.*

³ En ce sens, V. ANDRÉ (Ch.), *Le fait du créancier contractuel*, thèse préc., n° 52 ; CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002, n° 424. Il peut être regretté que l'art. 1196 du projet de réforme ne le précise pas, il prévoit seulement, en une telle hypothèse, la possibilité de demander au juge qu'il prononce la résolution du contrat.

⁴ En ce sens, V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 413 et 426 (bien qu'il s'agirait d'une obligation selon l'auteur).

Dans ces hypothèses l'exception d'inexécution apparaît comme étant une mesure adéquate afin de faire pression sur le cocontractant pour qu'il adapte son comportement à ce qui est légitimement attendu de lui, et d'éviter, de manière préventive, la survenance d'un dommage qui pourrait être injustement causé à celui qui subit le manquement au devoir.

347. La critique non dirimante de l'effet pervers de l'application de l'exception d'inexécution à la bonne foi. Une importante critique a pu être portée en doctrine quant à l'opportunité de sanctionner le manquement à la bonne foi par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. En effet, selon des auteurs, une telle mesure aboutirait à encourager le débiteur à ne pas s'exécuter en soulevant systématiquement l'argument de la mauvaise foi du créancier¹. L'exception d'inexécution opposée au contractant de mauvaise foi mènerait alors à la solution paradoxale de rendre celui qui l'invoque de mauvaise foi.

Cependant, cette critique n'est pas vraiment convaincante, et cela à plusieurs titres.

Tout d'abord, c'est oublier que la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est aux risques et périls du contractant qui s'expose, en cas d'abus, à une sanction prononcée *a posteriori* par le juge qui conserve un rôle de contrôleur de la régularité de l'exercice de la mesure.

Ensuite, c'est sous-entendre l'idée que se prévaloir de la mauvaise foi de l'autre serait toujours une initiative suspecte. Un tel raisonnement aboutit donc à une présomption de mauvaise foi du contractant qui met en œuvre l'exception d'inexécution. Or, cela est contraire au principe posé par le Code civil qui présume la bonne foi². D'ailleurs, un tel argument dissimule assez mal une crainte de pure politique juridique qui serait de « *reprocher au créancier d'être créancier* »³.

Enfin, les auteurs qui refusent l'application de l'exception d'inexécution en cas de manquement à un devoir contractuel – notamment au devoir de bonne foi – reconnaissent souvent et pourtant la possibilité de sanctionner un tel manquement par la résolution du contrat⁴. Or, l'effet de l'exception d'inexécution est beaucoup moins grave, moins décisif, que celui de la résolution. En effet, cette dernière aboutit à la rupture du lien contractuel, tandis que la première a seulement pour effet de suspendre momentanément l'exigibilité des obligations. Elle implique un arrêt momentané de tout ou partie des effets du contrat. Ce

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 161 ; adde FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat), thèse préc.*, n° 148 : « il serait contraire à la bonne foi d'exciper de la violation de cette bonne foi pour se dispenser de remplir soi-même une obligation indispensable à la réalisation de l'opération économique recherchée ».

² V. art. 2268 C. civ.

³ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, n° 764.

⁴ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 165 et s. ; DARMAISIN (M.), *Le contrat moral, thèse préc.*, n° 190 ; contra, V. not. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat), thèse préc.*, n° 147. Sur cette question, V. *infra*, n° 588.

mécanisme contribue à la stabilité juridique des contrats de façon plus souple que d'autres sanctions. « *La suspension est, donc, à la fois une faveur pour le débiteur et une garantie pour le créancier* »¹. Ainsi, il a pu être justement dit que « *tant qu'il existe une chance de survie du contrat, la suspension doit être préférée à la résolution* »².

Il ne semble alors pas raisonnable, ni même pertinent juridiquement, d'empêcher le contractant d'opposer l'« *exceptio non adimpleti contractus* » à son partenaire dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à manquer à l'un ou plusieurs de ses devoirs contractuels, sous prétexte que cette institution est traditionnellement attachée à l'inexécution d'obligations réciproques.

D'ailleurs, le manquement au devoir de bonne foi permet de mettre en lumière la vertu préventive de l'exception d'inexécution en ce qu'il peut précisément constituer une cause justificative de l'inexécution anticipée.

348. Le manquement au devoir contractuel à l'appui de la réception de l'inexécution anticipée. Il est aujourd'hui reconnu qu'« *aucun obstacle technique n'empêche la réception de l'inexécution anticipée en droit français* »³. D'ailleurs, le projet d'ordonnance prévoit son application, ce qui laisse présager que cette mesure sera bientôt de droit positif⁴. Une telle sanction concerne l'hypothèse où le débiteur d'une obligation à terme se met dans l'impossibilité de l'exécuter. L'exécution est dès à présent rendue impossible de manière certaine. Cette situation devrait justifier que le créancier puisse invoquer l'exception d'inexécution avant même que le terme ne soit atteint. Les *Principes du droit européen des contrats* prévoient d'ailleurs, d'ores et déjà, une telle possibilité⁵.

Or, précisément, la mauvaise foi du cocontractant peut être un indice du fait qu'il ne s'exécutera pas avant la survenance du terme prévu. Par exemple, le mensonge du débiteur qui fait croire à son créancier qu'il rencontre certaines difficultés ne lui permettant pas d'exécuter son obligation dans le délai prévu, pour en réalité effectuer une prestation chez un tiers dont la rémunération est plus avantageuse, doit pouvoir justifier le refus du créancier de lui payer la somme correspondant à la réception des travaux.

Il est d'ailleurs possible d'avancer que le devoir de bonne foi est de nature à justifier le mécanisme de l'exception pour inexécution anticipée. En effet, comme M. LAITHIER a très

¹ V. MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, op. cit., n° 867.

² V. PINNA (A.), « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD Civ.*, 2003, p. 31 et s., n° 3 ; CUZACQ (N.), « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *art. préc.*, n° 11.

³ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 471.

⁴ V. art. 1220 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « Une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. ».

⁵ V. art. 9.201 PEDC : « une partie tenue d'exécuter dans le même temps que l'autre ou après elle peut, tant que le cocontractant n'a pas exécuté ou offert d'exécuter, suspendre l'exécution de sa prestation en tout ou partie, ainsi qu'il est raisonnable eu égard aux circonstances ».

bien pu le souligner, le refus ou l'incapacité d'exécuter à l'échéance l'obligation à terme constitue une violation actuelle du devoir de bonne foi. Dans une telle hypothèse, le lien étroit qui existe entre le respect de la force obligatoire du contrat et le devoir de bonne foi contractuelle est net. Le créancier qui serait victime d'un tel manquement commis par son cocontractant devrait ainsi être recevable à invoquer l'exception d'inexécution¹.

L'exception d'inexécution tend alors à se rapprocher de son ancêtre romain, dont le domaine d'application était plus large que ce que le droit positif ne reconnaît et qui permettait de prendre en compte toute faute du cocontractant. En réalité, la question du domaine de l'exception d'inexécution est liée à celle de son fondement.

349. L'importance de la détermination du fondement de l'exception d'inexécution. Il est vrai que « *l'exception d'inexécution apparaissant aujourd'hui comme un mécanisme bien implanté, dont le principe n'est plus contesté, la nécessité de lui assigner un fondement destiné à en asseoir la légitimité se fait moins vive* »². Néanmoins, la recherche du fondement d'un mécanisme permet d'en comprendre les applications, et s'avère, en cela, un exercice utile, y compris concernant une notion bien ancrée dans la science juridique comme l'exception d'inexécution. À son propos, plusieurs fondements ont pu être proposés en doctrine : la notion de cause³, la force obligatoire du contrat⁴, la volonté des parties⁵, ou encore la notion de connexité, d'interdépendance⁶. Ces fondements sont plus ou moins convaincants.

Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur les limites du fondement volontariste qui ont déjà été exposées⁷, et qui permettent d'écarter la volonté des parties comme explication suffisante du mécanisme de l'exception d'inexécution.

La notion de connexité apparaît en revanche intéressante pour expliquer cette institution. Elle permet de justifier l'évolution de la jurisprudence qui reconnaît son application aux rapports synallagmatiques, au-delà du cadre contractuel. Néanmoins, cette notion pâtit d'un certain flou. En effet, la connexité entre les obligations invoquées est parfois difficile à déterminer. De plus, elle est liée à l'idée de réciprocité des obligations, et semble donc cantonnée au domaine des rapports synallagmatiques.

¹ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 471.

² V. DESHAYES (O.), « L'exception d'inexécution », *art. préc.*, n° 13.

³ V. not. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc. ; LARROUMET (Ch.), *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat, 2^e partie : Effets*, Economica, 7^e éd., 2014, n° 696 ; CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, thèse préc., n° 230.

⁴ V. STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil. Obligations, t. 2 : Contrat*, *op. cit.*, n° 1710.

⁵ V. MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, théorie générale*, *op. cit.*, n° 1126.

⁶ V. GABET-SABATIER (C.), « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD Civ.*, 1980, p. 39 et s., spéc. p. 41, n° 7.

⁷ V. *supra*, n° 15 et s. ; n° 289 et s.

Il n'en va pas de même de la force obligatoire du contrat et de la notion de cause, fondements qui sont d'ailleurs très liés¹.

En effet, la force obligatoire du contrat permet de justifier le fait que l'inobservation de son engagement contractuel par l'une des parties puisse conduire l'autre à suspendre temporairement l'exécution. Ce fondement est néanmoins limité au cadre contractuel et n'explique pas le mécanisme de l'exception d'inexécution au-delà de ce cadre. De plus, la force obligatoire du contrat ne se limitant pas à son effet obligationnel², il est critiquable de considérer que l'inexécution d'une obligation puisse suspendre l'effet de la force obligatoire du contrat à l'égard du cocontractant. D'ailleurs, cela ne semble pas correspondre au droit positif³.

La théorie de la cause apparaît, sur ces différents points, plus convaincante en tant que fondement du mécanisme de l'exception d'inexécution. En effet, tout en s'intégrant à la théorie du contrat – et permettant ainsi de justifier le fait que l'engagement de l'une des parties puisse perdre sa cause en raison de l'inexécution de son obligation par l'autre⁴ – la notion de cause peut également expliquer le jeu d'interdépendance entre des obligations qui ne naissent pas d'un même contrat et dont l'existence de chacune est justifiée par l'existence de l'autre. De plus, dans le cadre contractuel, la notion de cause a cela d'intéressant qu'elle permet d'appréhender l'intérêt de chaque contractant à la conclusion du contrat, intérêt qui passe principalement par l'exécution des obligations conclues, mais également par l'observation des devoirs contractuels⁵. Au surplus, il est aujourd'hui reconnu par la jurisprudence que la cause du contrat peut s'apprécier au cours de son exécution et non plus seulement lors de sa formation⁶. La cause a alors un rôle particulièrement dynamique, en ce qu'elle permet de justifier, en cours d'exécution du contrat, que l'une des parties suspende l'exécution de son obligation si le contrat a perdu, au moins temporairement, de son intérêt pour elle. L'exception d'inexécution est une manifestation du rôle que joue la cause au stade de l'exécution du contrat, et, au-delà, de sa capacité à permettre la prise en compte du comportement exécutoire du contractant. Le manquement au devoir contractuel faisant perdre sa cause au contrat pour le cocontractant, justifie que celui-ci suspende momentanément l'exécution de son obligation, afin de contraindre le cocontractant à se conformer au comportement attendu de lui.

¹ V. *supra*, n° 289 et s.

² V. *supra*, n° 94 et s.

³ V. *infra*, n° 351 et s.

⁴ V. not. Cass. civ. I, 25 mai 1988, Bull. civ. I, n° 149 ; Cass. com., 3 déc. 1952, Bull. civ. n° 376.

⁵ V. *supra*, n° 283 et s.

⁶ V. not. Cass. soc. 2 nov. 1967, Bull. civ. IV, n° 747 ; Cass. civ. I, 30 oct. 2009, *RJDA*, 8-9/09, n° 697 ; *adde* MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 871 : « L'institution est d'autant plus solide que la Cour de cassation reconnaît aujourd'hui que dans les contrats à exécution successive, la cause peut s'apprécier en cours d'exécution du contrat et point seulement à sa formation ».

350. L'impact de l'exception d'inexécution sur l'observation du devoir contractuel. Il vient d'être vu que le manquement au devoir contractuel doit pouvoir justifier, en raison de sa gravité et de son impact sur le maintien de l'intérêt du contrat pour le cocontractant, que ce dernier oppose à son partenaire l'exception d'inexécution, c'est-à-dire qu'il suspende temporairement l'exécution de l'une de ses obligations. Mais, par ailleurs, il peut être constaté que la mise en œuvre de l'exception d'inexécution n'implique pas les mêmes effets sur l'observation des devoirs que sur l'exécution des obligations. En effet, si l'exécution des obligations peut être suspendue, il n'en va pas de même de l'observation des devoirs contractuels. Ainsi, il convient de voir la particularité du sort du devoir contractuel en cas de mise en œuvre de l'exception d'inexécution.

B- Les effets de l'exception d'inexécution sur l'observation du devoir contractuel

351. L'impossibilité d'opposer l'inobservation du devoir en réponse au manquement du cocontractant. L'exception d'inexécution ne doit pas être l'occasion pour la partie qui se prévaut d'un manquement de l'autre, d'en prendre prétexte pour manquer elle-même à ses devoirs contractuels. Le caractère essentiel du devoir doit s'opposer à ce que ce dernier puisse être volontairement bafoué par un contractant en réponse à l'inexécution du cocontractant. Une solution contraire serait, il est vrai, particulièrement inopportune, voire choquante. Par exemple, la bonne foi ne saurait être « mise de côté », sous prétexte de la mauvaise foi du cocontractant.

Précisément, M. STOFFEL-MUNCK a pu observer qu'analyser la bonne foi en termes d'« obligation » conduit à la conséquence absurde d'autoriser le débiteur à adopter une attitude de mauvaise foi en réponse à celle du cocontractant, c'est-à-dire à « *légitimer la mauvaise foi, par « suspension de l'obligation de bonne foi »* »¹. Cette remarque est tout à fait juste et s'ajoute aux éléments permettant de révéler que la bonne foi n'est pas une obligation juridique *stricto sensu*, mais constitue bel et bien un devoir. La nature purement comportementale du devoir jure avec la possibilité qui serait reconnue au contractant d'y contrevenir en toute légitimité, car cela reviendrait à justifier le mauvais comportement contractuel.

Reconnaître la qualification de devoir juridique à la bonne foi entraîne certaines conséquences, et notamment le fait que les parties ne peuvent volontairement s'en affranchir. En effet, la bonne foi n'étant pas une obligation contractuelle, mais un devoir dont l'une des caractéristiques est de s'imposer malgré la volonté contraire des parties, son caractère essentiel est de nature à justifier l'impossibilité pour le contractant de contrer l'inexécution

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 161.

d'une obligation en refusant d'observer l'un de ses devoirs. L'inexécution d'une obligation contractuelle ne saurait jamais justifier que l'autre partie en prenne prétexte pour manquer à ses propres devoirs. Une solution inverse serait inadmissible car elle reviendrait à remettre en cause l'essence même du devoir contractuel, et condamnerait purement et simplement le principe de la force obligatoire du contrat.

Si les obligations peuvent être valablement suspendues en cas d'inexécution d'une obligation ou de violation d'un devoir par le cocontractant, un tel comportement ne saurait justifier que le premier manque à ses propres devoirs. En effet, de manière générale, en vertu du principe émergent de la proportionnalité de la riposte, il ne peut être admis que le contractant puisse répondre à une inexécution par le manquement à l'un de ses devoirs car l'inobservation du devoir est plus grave que l'inexécution d'une obligation.

Cette affirmation n'est pas propre au devoir de bonne foi et doit être étendue à l'ensemble des devoirs. Ainsi, par exemple, l'inexécution d'une obligation ne doit pas pouvoir justifier que le créancier manque, en réponse, au devoir de sécurité qui s'impose à lui vis-à-vis du débiteur. En effet, « *La mise en danger de la sécurité physique de l'autre partie ou la mise en péril de son activité professionnelle constituent des ripostes particulièrement graves, que les tribunaux estiment rarement justifiées* »¹. Il a, par exemple, été jugé que le non-paiement d'un loyer ne justifiait pas la carence du bailleur à faire les « *travaux indispensables à la sécurité des occupants de l'immeuble* »².

La différence de sens entre les notions de devoir et d'obligation trouve ici une conséquence importante. Elle permet d'ailleurs d'expliquer, au-delà du cadre contractuel, une limite donnée à l'application de l'exception d'inexécution à des rapports extrapatrimoniaux, notamment aux relations entre époux. En effet, si l'un des époux doit pouvoir suspendre sa contribution aux charges du mariage en raison des manquements de l'autre à ses obligations ou devoirs nés du mariage, il est clair que « *personne n'admet qu'un époux soit autorisé à ne pas respecter [son devoir] de fidélité si l'autre n'exécute pas son propre devoir de cohabitation* »³. C'est que dans ce cas, est opposé au manquement à un devoir de l'un des époux, l'inobservation d'un autre devoir par son conjoint.

Par ailleurs, le double caractère permanent et essentiel du devoir implique que ce dernier continue de s'imposer à chaque partie au contrat, y compris lorsque l'exécution des obligations est suspendue par l'effet de l'exception d'inexécution.

352. Le maintien des devoirs contractuels à la charge des contractants en cas de suspension de l'exécution. La mise en œuvre de l'exception d'inexécution ne saurait justifier

¹ V. DESHAYES (O.), « L'exception d'inexécution », *art. préc.*, n° 80 ; *adde* CUZACQ (N.), « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *art. préc.*, spéc. n° 26 et s.

² V. Cass. civ. III, 15 nov. 1972, n° 70-13748, Bull. civ. I, n° 607.

³ V. GHESTIN (J.), « L'exception d'inexécution », Rapport français, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, *op. cit.*, p. 3 et s., spéc. p. 9, n° 11.

un manquement à ses devoirs par celui qui s'en prévaut. En effet, il a été vu que l'un des caractères du devoir qui le distingue de l'obligation – et même de l'incombance – est qu'il s'impose de manière continue à chaque partie au contrat¹. Les devoirs sont la manifestation de la force contraignante permanente de la norme contractuelle à l'égard des contractants². Or, l'exception d'inexécution ne remet pas en cause l'existence du contrat. Celui-ci est toujours en cours : « *le lien de droit n'est pas rompu* »³. « *La suspension des obligations jusqu'au moment où l'obstacle à l'exécution disparaît assure la stabilité du rapport contractuel* »⁴. Cette circonstance justifie que les contraintes impératives, essentielles, auxquelles le contrat donne naissance continuent de s'imposer aux contractants. Ainsi, la suspension de l'exigibilité des obligations liée à l'exercice de l'exception d'inexécution ne saurait s'étendre à l'observation des devoirs. Lorsque l'exception d'inexécution est invoquée par l'une des parties, celle-ci ne doit avoir d'effet que sur les obligations nées du contrat et non sur les devoirs qu'il implique. Les devoirs restent, en raison de leurs caractères spécifiques, à la charge des contractants même en cas de suspension de l'exécution des obligations.

353. L'intérêt de favoriser des sanctions permettant la poursuite du lien contractuel. Il vient d'être vu que l'exception d'inexécution apparaît comme étant une réponse envisageable au manquement au devoir contractuel. D'ailleurs, en raison du fait que cette sanction implique seulement la suspension de l'exécution des obligations, elle apparaît comme une sorte de mesure de faveur accordée au contractant fautif par son partenaire qui privilégie alors une solution de nature à permettre la poursuite du lien contractuel. Il en va de même de l'exécution forcée, car cette sanction vise à ce que l'accord remplisse directement son office initial, à savoir l'exécution des obligations contractées. Or, tout comme l'exception d'inexécution, l'exécution forcée est traditionnellement attachée à la circonstance de l'inexécution d'une obligation. Il convient néanmoins de voir à présent que ce remède peut trouver à s'appliquer en cas de manquement à un devoir contractuel.

§2- Manquement au devoir contractuel et exécution forcée en nature

354. Le devoir contractuel face à l'évolution des techniques d'exécution forcée en nature. Les mesures d'exécution « *permettent au créancier d'obtenir du débiteur, par des moyens légitimes de contrainte, ce que celui-ci lui doit et qui n'a pas été obtenu par la seule*

¹ V. *supra*, n° 183 et s.

² V. *supra*, n° 185.

³ V. GHESTIN (J.), « L'exception d'inexécution », *art. préc.*, spéc. p. 23, n° 21.

⁴ V. *Ibid.*

vertu de l'effet obligatoire »¹. Ces mesures semblent ainsi étroitement attachées à l'obligation. Elles tendent, en principe, à l'obtention par le créancier de la prestation même à laquelle il a droit en vertu du contrat, c'est-à-dire son exécution en nature². Ainsi, il peut paraître à première vue assez déroutant de s'interroger sur la possibilité de forcer le contractant à l'observation du devoir contractuel, dont on a vu qu'il n'a pas pour objet une prestation mais une attitude, un comportement spécifiquement attendu du contractant (A). Néanmoins, l'émergence de nouvelles techniques de contrainte offre une voie à l'exécution forcée en nature du devoir contractuel (B).

A- Les doutes portant sur la possibilité de forcer l'observation du devoir contractuel

355. La primauté donnée à l'exécution forcée en nature. En droit français il est de principe de donner primauté à l'exécution forcée en nature. En effet, l'article 1184 du Code civil permet au créancier « *de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* », « *quel que soit l'objet de l'obligation* »³. Une telle sanction est privilégiée car elle est le « *corollaire de la force obligatoire* »⁴, elle en est « *l'effet le plus direct* »⁵.

En outre, elle présente de réels avantages par rapport à l'allocation de dommages-intérêts. Non seulement une indemnité pécuniaire se heurte au risque de l'impécuniosité du cocontractant, mais au surplus, elle ne remplace jamais le fait promis, bien au contraire, elle laisse subsister la source du dommage. De plus, la gravité de l'inexécution n'est pas une condition de l'exécution forcée⁶. Or, si toute inexécution peut impliquer une exécution forcée, une inexécution grave est *a fortiori* en mesure d'y donner lieu. Cette mesure peut alors, y compris dans l'hypothèse d'un manquement contractuel grave, être préférée aux autres remèdes contractuels. Cela peut d'autant plus se justifier du fait que, contrairement à la

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1106.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*, n° 1110.

⁴ V. *Ibid.* ; adde FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 376-2 et 376-34 : « *il faut « revigorer » la force obligatoire du contrat, mise à mal par l'insubordination d'une partie* ».

⁵ V. VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., p. 167 et s., spéc. n° 16.

⁶ V. Cass. civ. III, 22 mai 2013, n° 12-16217, note LAITHIER (Y.-M.), « Le prononcé de l'exécution forcée en nature ne dépend pas de la gravité du manquement du débiteur », *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 22 : l'auteur observe tout de même que « *De lege ferenda, la prise en compte de la gravité du manquement n'est nullement absurde si l'on veut bien admettre que l'exécution forcée en nature, à l'image des autres sanctions de l'inexécution du contrat, n'est pas nécessairement opportune.* ».

résolution du contrat qui consacre l'échec de la relation contractuelle, l'exécution forcée implique la réussite du but contractuel car « *la convention va enfin produire son effet* »¹.

Néanmoins, bien que préférable et préférée à d'autres sanctions contractuelles, l'exécution forcée en nature ne s'avère, *a priori*, pas toujours possible ni même souhaitable. Se pose ainsi la question du domaine de l'exécution forcée en nature.

356. La question du domaine de l'exécution forcée en nature. L'exécution forcée en nature traduit parfaitement la nature contraignante de l'obligation. Le débat relatif à son application aux obligations de faire et de ne pas faire montre que la contrainte qu'elle renferme entre en conflit avec la liberté du sujet². En effet, si l'exécution forcée en nature d'une obligation de somme d'argent ne pose pas de difficultés, et s'avère être la seule possible en ce qu' « *il ne peut y avoir d'autre équivalent de l'argent que l'argent* »³, il n'en va apparemment pas de même pour les obligations de faire et de ne pas faire, en raison de l'article 1142 du Code civil. Celui-ci dispose que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »⁴. Pour la doctrine majoritaire, cette règle a pour fondement la maxime « *Nemo praecise cogi potest ad factum* » (Nul ne peut être contraint à l'accomplissement d'un fait). C'est-à-dire qu'elle sous-entendrait que certaines obligations seraient par essence réfractaires à l'application d'une telle sanction puisque cela reviendrait à « *porter atteinte aux droits intangibles de toute personne à son intégrité physique et à sa liberté* »⁵. Sont alors notamment visées les obligations qualifiées « de comportement » : « *le créancier d'une obligation de comportement est dans une position inférieure car l'exécution implique le concours du débiteur, lequel sait très bien que l'« on ne fait pas boire un âne qui n'a pas soif »* »⁶. *A fortiori*, cette limite concerne alors les devoirs, puisque ceux-ci impliquent un comportement de la part du contractant et sont étroitement liés à sa personne. Cela explique les nombreuses réticences qui existent en doctrine à reconnaître la possibilité d'une telle sanction en cas de manquement à un devoir contractuel.

357. Les réticences doctrinales à admettre l'exécution forcée en nature du devoir. Des auteurs ont pu avancer que l'emploi du terme « devoir » devrait parfois être préféré à celui d' « obligation » précisément en ce que le comportement en question ne serait

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 376-26. Aussi ces sanctions sont-elles inconciliables, c'est à dire qu' « *il est défendu au créancier de réclamer la résolution du contrat tout en poursuivant l'exécution des obligations que celle-ci renferme* » V. *Ibid*, n° 376-22.

² V. PICOD (Y.), « Obligations », *art. préc.*, n° 38.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1109.

⁴ V. *Ibid*, n° 1112 ; *adde* n° 1106 : « *toute contrainte physique directe sur la personne du débiteur est a priori bannie et la contrainte indirecte – l'emprisonnement pour dettes – a elle-même, pour l'essentiel, été abolie* ».

⁵ V. *Ibid*, n° 1113.

⁶ V. AYNÈS (L.), « Rapport introductif », in *Exécution en nature, exécution par équivalent*, coll. RDC, mardi 14 oct. 2004, RDC, 1^{er} janv. 2005, n° 1, p. 9 et s.

pas susceptible d'exécution forcée¹. L'impossibilité d'une exécution forcée serait alors un critère du devoir tenant à son régime², ce qui le rapprocherait de l'incombance dont l'une des particularités est qu'elle ne peut donner lieu à exécution forcée³. L'impossibilité d'une exécution forcée serait ainsi un élément de différenciation de l'obligation commun aux devoirs et aux incombances⁴.

Cela a notamment pu être avancé à l'occasion de l'analyse du devoir de bonne foi. En effet, M. STOFFEL-MUNCK a jugé « *frappant de constater combien [l'exécution forcée en nature] est incapable de saisir l'idée d'une obligation contractuelle de bonne foi* »⁵. Selon l'auteur, le fait que la bonne foi ne soit, par nature, « *pas une chose mais un état* », et qu'elle « *relève du domaine de l'être et non de celui de l'avoir* », empêche d'en forcer l'exécution, et ne laisse possible que la sanction de son absence⁶.

Néanmoins, cette conception du domaine d'application de l'exécution forcée en nature est assez restrictive, notamment au regard de l'évolution qu'a pu connaître l'interprétation de l'article 1142 du Code civil.

358. L'évolution dans l'interprétation de l'article 1142 du Code civil. L'analyse susvisée de l'article 1142 du Code civil est aujourd'hui contestée et dépassée. En effet, il a pu être justement avancé que la règle posée par cet article ne signifie pas que certaines obligations sont par nature étrangères au domaine de l'exécution forcée, mais plutôt, que si le débiteur refuse de s'incliner devant la condamnation à exécution, il pourra alors se voir condamné à verser des dommages-intérêts au créancier, sans égard à la nature de l'obligation concernée⁷. Ainsi il faudrait « *lire la formule légale comme permissive et non comme*

¹ V. not. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc., n° 342, n. 4 : « le terme de « devoir » étant sans doute plus approprié, en ce sens que la prétendue obligation [de renégocier] est insusceptible d'exécution forcée ».

² En ce sens, V. not. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 149 : « L'exécution forcée en nature est toujours impossible pour les devoirs contractuels (...) c'est leur caractère moral ou comportemental qui explique l'impossibilité d'exécution forcée. (...) Du reste, les procédés indirects d'exécution forcée que sont les facultés de remplacement (...) et de destruction aux frais du débiteur (...) sont évidemment absurdes pour les devoirs contractuels. Peut-on forcer quelqu'un à être de bonne foi ? » ; adde BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », art. préc., spéc. n° 173 ; ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, thèse préc., n° 224.

³ V. *infra*, n° 486 et s.

⁴ V. BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », art. préc., spéc. n° 173 : « l'obligation est susceptible d'exécution forcée, le devoir ne l'est pas [...]. L'illustre la notion d'incombance, issue d'une conception raffinée des devoirs par la doctrine allemande et suisse ».

⁵ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 159 ; adde ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, thèse préc., n° 334 : « il ne se conçoit pas qu'une partie assigne l'autre pour la faire condamner « à la bonne foi » ; elle peut seulement demander que le comportement que celle-ci a adopté « de mauvaise foi » soit sanctionné ».

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. WÉRY (P.), « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., p. 205 et s. ; adde VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., n° 9.

impérative : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire peut se résoudre en dommages et intérêts en cas d'inexécution » (et non pas « doit » se résoudre exclusivement en dommages et intérêts) »¹. La limite légale *a priori* donnée à l'exécution forcée en nature d'une contrainte de nature comportementale cède alors sous l'effet de cette nouvelle interprétation de l'article 1142 du Code civil.

Par ailleurs, il est aujourd'hui reconnu que, même à considérer que cet article doive être lu dans le sens qu'en retient la doctrine majoritaire, il n'a plus de portée de principe, car il connaît maintes atténuations et exceptions². D'ailleurs, c'est à l'appui de cette disposition que la jurisprudence a clairement admis un principe de primauté de l'exécution en nature de l'engagement³. En effet, au-delà des exceptions prévues par la loi, la pratique a connu une « *diversification des procédés* » permettant d'aboutir à l'exécution forcée en nature, sans remettre en cause les libertés fondamentales de l'individu. Aujourd'hui, « *le créancier peut espérer atteindre l'objectif par des contraintes indirectes, telles que l'astreinte, qui permet d'exercer sur le débiteur récalcitrant une pression telle, au plan patrimonial, qu'il aura tout intérêt à céder, sauf à éprouver un préjudice plus considérable* »⁴. C'est dire, finalement, que la conception de la contrainte a été modifiée : « *La contrainte envisagée de nos jours n'est plus celle qui était envisagée par les rédacteurs du Code civil et qui pouvait être violente* »⁵. Mais elle n'en est pas moins existante. À une conception stricte de l'exécution forcée en nature, réduite au fait pour le créancier d'être « *sûr de pouvoir triompher de l'entêtement du débiteur à violer le lien contractuel* »⁶, peut se substituer une vision plus large, prenant en compte le résultat à atteindre : toute mesure permettant au créancier, malgré le refus du débiteur de se soumettre à son engagement, de recevoir un avantage correspondant à celui qu'il attendait du contrat, peut être comprise comme relevant d'une mesure d'exécution forcée en nature⁷.

359. Une conception large de l'exécution forcée en nature permettant son application en cas de manquement au devoir contractuel. L'analyse renouvelée du sens de l'exécution forcée en nature implique que son domaine ne se trouve plus nécessairement réduit aux obligations autres que comportementales, et peut trouver à s'appliquer en cas de résistance du contractant à l'adoption d'une certaine attitude attendue de lui. Et plus précisément, il convient de voir en quoi, ainsi entendue, cette sanction n'est pas étrangère au

¹ V. VINEY (G.), « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *art. préc.*, n° 9.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1114.

³ V. not. Cass. civ. III, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103 ; Cass. civ. I, 16 janv. 2007, Bull. civ. I, n° 19.

⁴ V. *Ibid.*, n° 1106.

⁵ V. CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *RRJ*, 2003, n° 4, p. 2433 et s., spéc. n° 35.

⁶ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 376-32.

⁷ V. *Ibid.*

domaine du devoir contractuel. En effet, différentes techniques permettent, aujourd'hui, de forcer l'adoption par le contractant d'un comportement exigé en vertu du contrat.

B- Les techniques permettant l'exécution forcée en nature du devoir contractuel

360. Le possible recours à l'injonction de faire. Tout d'abord, si le cocontractant – ou le juge – garde l'espoir que la partie fautive change de comportement et se conforme à ce qui est légitimement attendu d'elle, il doit pouvoir être en mesure de lui enjoindre d'adopter le comportement adéquat, en vue de permettre le maintien de l'intérêt du contrat pour chaque partie, et donc sa bonne continuation, son exécution normale¹. Ainsi, il a pu être justement remarqué que « *le juge en dehors de tout texte, utilise parfois l'injonction pour obliger une partie à se comporter en bon contractant* »². En effet, « *rien n'interdit de penser que le recours à l'injonction est souhaitable chaque fois que les circonstances le permettent* »³. « *La mesure autoritaire ainsi prise s'efforce de favoriser le bon déroulement futur de la relation contractuelle. À défaut d'être tout le temps possible, cela s'avère toujours une bonne chose* »⁴. Il s'agit d'un ordre donné à la partie défaillante par le juge, de se conformer à l'attitude attendue d'elle⁵. Cette mesure joue un rôle d'avertissement, en ce que le contractant sait que, s'il ne s'y soumet pas « *sans motif valable, il ne peut espérer aucune indulgence* »⁶. Elle a pour avantages d'être rapide et peu onéreuse, mais présente l'inconvénient de se réduire à une forme judiciaire d'intimidation, sans véritable sanction autonome⁷. Elle entraîne l'application du droit commun en cas de persévérance du manquement contractuel. Cela explique qu'elle reste peu utilisée, et que la sanction de l'astreinte, dont l'efficacité est bien supérieure, lui soit préférée⁸.

361. L'efficacité certaine de l'astreinte. La contrainte que renferme l'exécution forcée en nature peut s'exercer plus ou moins directement sur le débiteur. En effet, si la saisie du bien constituant l'objet d'une obligation de donner est un moyen direct d'en assurer

¹ En ce sens, V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 777 et s. ; adde WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, thèse préc.*, n° 158 ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, *art. préc.*, spéc. n° 7 et s.

² V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 777.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.* ; adde n° 790.

⁵ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Injonction, sens 2 (pr. civ.).

⁶ V. SIMLER (Ph.), « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 93 ; adde CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 53 : elle permet « *de révéler en cas d'inexécution l'absence de bonne volonté du débiteur, ce qui incitera le juge à plus de rigueur en cas de procédure au fond* ». C'est « *une simple procédure d'intimidation* ».

⁷ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1119.

⁸ V. CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 53.

l'exécution forcée, le mécanisme de l'astreinte permet, de manière plus indirecte¹, de contraindre le sujet à se conformer à ce qui est attendu de lui. D'origine prétorienne, l'astreinte a été consacrée par la loi du 5 juillet 1972, elle-même abrogée et remplacée par la loi du 9 juillet 1991, et elle est prévue dans la plupart des projets de réforme². Elle est une condamnation pécuniaire fixée à tant de jour de retard par le juge afin que le sujet adopte l'attitude exigée, à défaut de quoi il s'expose à une augmentation progressive du montant de la pénalité³. Ainsi, l'astreinte permet d'atteindre le débiteur dans ses intérêts patrimoniaux « en lui infligeant une pénalité telle qu'il s'expose, en s'obstinant dans son refus d'exécuter son obligation, à éprouver un préjudice considérable »⁴. Cette mesure présente une vertu comminatoire⁵ : plus le montant fixé par le juge sera élevé plus son efficacité sera grande, c'est-à-dire qu'elle incitera véritablement à l'exécution volontaire de l'obligation⁶. Il s'agit d'une peine privée puisque le montant n'est pas lié au préjudice subi par le créancier, et il lui revient directement⁷. De plus, le juge doit prendre en compte le comportement du débiteur afin de déterminer le montant de l'astreinte⁸. Ainsi, si « l'astreinte est très certainement indirecte, elle n'en contraint pas moins le débiteur lui-même à exécuter l'obligation contractuelle »⁹. À travers elle, « c'est toujours le contrat qu'on doit exécuter »¹⁰. Le procédé de contrainte indirecte que constitue l'astreinte vise concrètement à aboutir à l'exécution. Elle est un moyen permettant la satisfaction de l'attente initiale du créancier.

Or, rien ne semble s'opposer à ce qu'une telle sanction puisse inciter le contractant à ce qu'il cesse de se comporter contrairement aux devoirs contractuels, et à ce qu'il adopte un comportement conforme à son engagement. Il a par exemple pu être plaidé pour le prononcé d'une injonction de faire, assortie d'une astreinte, en cas de manquement au devoir de bonne

¹ Ainsi ce serait « un moyen de coercition et non une voie d'exécution forcée » (V. PUTMAN (E.), « La contrainte dans le droit de l'exécution », *RRJ*, 1994, n° 2, p. 341 et s. ; *adde* CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 35 : l'astreinte ouvrirait une troisième voie : « celle de l'exécution en nature indirecte ».

² Sur l'exécution forcée en nature dans les différents avant-projets de réforme du droit des contrats, V. not. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 376-17 ; *adde* DELEBECQUE (Ph.) « L'exécution forcée », *RDC*, 1^{er} janv. 2006, n° 1, p. 99 et s. ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Exécution et inexécution du contrat », *art. préc.* ; LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G*, NS, n° 21, 25 mai 2015, p. 47 et s.

³ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Astreinte (I).

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1120.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.*, n° 1121 et s.

⁸ V. L. n° 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 36 : « Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ». Sur la liberté du juge de l'exécution concernant la fixation et la reconduction de l'astreinte, V. not. Cass. civ. II, 29 janv. 2015, n° 14-10544, *JCP G*, n° 12, 23 mars 2015, p. 530, note FOISSIER (Th.).

⁹ V. CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 48.

¹⁰ V. ANCEL (P.), « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution*, 23^e colloque des IEJ, L'Harmattan, 2001, p. 151 et s.

foi¹. Et si une telle proposition est assez isolée au sein de la doctrine contemporaine, les auteurs ne s'opposent généralement pas à l'idée de l'exécution forcée du devoir de coopération, c'est-à-dire lorsque la bonne foi se concrétise à travers des exigences plus précises. Il est ainsi assez souvent accepté qu'en cas de refus de l'un des contractants de renégocier un contrat devenu déséquilibré, l'autre partie puisse saisir le juge afin qu'il ordonne au premier d'en renégocier les termes sous astreinte². Le devoir de renégocier s'avère être un exemple édifiant de la possibilité de sanctionner la mauvaise foi par une exécution forcée en nature.

Également, le juge devrait pouvoir être en mesure d'ordonner, sous astreinte, la communication d'un renseignement, par exemple, imposer à un employeur d'informer individuellement ses salariés du retrait du mode d'évaluation qui leur était appliqué et qui a été jugé illicite³.

Une telle sanction n'est pas non plus inenvisageable en cas de manquement au devoir de sécurité : le contractant ne respectant pas les normes de sécurité exigées dans le cadre de l'accomplissement de la prestation pourrait être astreint par le juge à s'y conformer⁴.

Ainsi, une sanction que l'on pouvait considérer comme étant propre à l'inexécution de l'obligation semble, elle aussi, s'adapter à l'hypothèse du manquement au devoir contractuel. En définitive, l'exécution forcée en nature apparaît, tout comme l'exception d'inexécution, plus largement apte à sanctionner la violation de l'engagement contractuel.

Par ailleurs, l'article 1143 du Code civil pose une exception importante à la règle de l'article 1142 concernant les obligations de ne pas faire, qui permet également de relativiser l'impression de ne pouvoir sanctionner un comportement par son exécution forcée.

362. Le sens de l'article 1143 du Code civil. Les obligations de ne pas faire débouchent sur la sanction de leur contravention, c'est-à-dire du défaut d'abstention. Or, il existe une mesure d'exécution forcée propre aux obligations de ne pas faire, posée à l'article 1143 du Code civil. En effet, celui-ci dispose que, lorsque cela est possible, « *le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement soit détruit* ». Et si le débiteur n'obtempère pas, le créancier « *peut se faire autoriser à (le) détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu* ».

¹ V. not. DESGORCES (R.), *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse préc., p. 147.

² En ce sens, V. not. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc., n° 813 : il « *pourrait être prononcée contre la partie à l'origine du blocage une condamnation sous astreinte à reprendre les discussions ou à formuler des contrepropositions*. » ; adde ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, thèse préc., n° 343 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007, art. préc., spéc. n° 11 ; FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 786.

³ Pour une demande en ce sens formée par un comité d'entreprise à l'encontre de l'employeur, V. Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26539.

⁴ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 426.

Selon le professeur STOFFEL-MUNCK, « le mot « destruction » est alors entendu au sens de démolition »¹, c'est-à-dire dans un sens matériel, concret et non abstrait.

Pourtant, s'il est probable que les rédacteurs du Code civil l'entendaient effectivement ainsi en 1804, la jurisprudence s'est, par la suite, clairement appuyée sur une interprétation de l'article 1143 beaucoup moins prosaïque que celle proposée par l'auteur, en s'en servant pour sanctionner le manquement à des obligations de ne pas faire en revenant sur la mesure prise en fraude de l'engagement d'abstention. Notamment, la Cour de cassation a pu reconnaître la possibilité pour les juges d'ordonner la fermeture d'un établissement exploité en contravention à l'obligation de non-concurrence, si cela venait à causer un trouble à l'ancien cocontractant².

Le fait de retenir un sens plus abstrait aux termes employés par le législateur dans cette disposition permet d'y attacher des solutions innovantes, et cela présente précisément un intérêt quant à la sanction de la mauvaise foi contractuelle. En effet, s'il n'est techniquement pas envisageable de forcer *ab initio* un contractant à se conformer à la bonne foi, il doit être possible, sur ce fondement, de remettre en cause une mesure prise en contravention à la bonne foi contractuelle. En vertu de l'article 1143 du Code civil, il reste toujours possible d'exiger en justice que la contravention cesse pour l'avenir, si cela conserve un intérêt. Ainsi, la sanction que cet article permet, et qui se trouve traditionnellement appliquée aux obligations de ne pas faire, se trouve aujourd'hui utilisée pour remédier au manquement à l'exigence de bonne foi, et notamment aux hypothèses de fraude aux droits des créanciers par le débiteur.

363. Le potentiel de l'article 1143 du Code civil pour sanctionner la fraude du débiteur. Il a été vu que l'obligation de ne pas faire se rapproche du devoir par un élément important, à savoir qu'elle implique nécessairement un comportement qui se prolonge dans le temps³. Elle se rapproche d'ailleurs encore davantage du devoir de bonne foi en ce que celui-ci fait, au *minimum*, peser une exigence d'abstention sur les épaules du contractant, qui ne doit pas se comporter de mauvaise foi⁴. Ainsi, à l'image de ce qui est prévu pour l'obligation de ne pas faire, ce qui a été accompli de mauvaise foi par un contractant en contravention à l'engagement pris, devrait pouvoir être détruit, en vertu de l'article 1143 du Code civil.

Une telle proposition renvoie notamment à la question du sort de la fraude paulienne. La fraude paulienne est une manifestation spécifique de la mauvaise foi contractuelle du débiteur⁵. Une telle fraude consiste, pour le débiteur, dans le fait de conclure un acte avec l'intention délibérée de nuire aux droits de ses créanciers – ou tout au moins en ayant

¹ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 160.

² V. not. Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-15051, Bull. civ. IV, n° 166 ; 20 janv. 1981, n° 79-16521, Bull. civ. IV, n° 41 ; Cass. civ. I, 19 nov. 1996, n° 94-20202, Bull. civ. I, n° 404 ; 26 févr. 2002, n° 99-19053, Bull. civ. I, n° 68.

³ V. *supra*, n° 205.

⁴ V. *supra*, n° 120.

⁵ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne, thèse préc.*, spéc. n° 137 et s.

conscience du préjudice causé à ses créanciers par cet acte – « *en soustrayant à leur légitime droit de poursuite tels biens ou en organisant son insolvabilité* »¹. En vertu de l'article 1167 du Code civil, les créanciers sont en droit d'attaquer les actes conclus en fraude de leurs droits. Mais c'est en vertu de l'article 1143 du même Code, que les juges sont autorisés à rendre l'acte frauduleux inopposable à l'égard du créancier lésé. En effet, l'article 1143 du Code civil présente une vertu explicative de la sanction de la fraude paulienne². Il permet de fonder l'action du juge qui, pour rétablir le créancier dans ses droits, fait comme si l'acte contesté n'avait pas eu lieu. Finalement, le juge « détruit » – au sens juridique – l'effet de l'acte conclu en fraude des droits du créancier, et fait ainsi en sorte que ce qui a été fait en contravention à l'engagement initial, ne puisse lui nuire.

Au-delà de ce type précis de fraude, la jurisprudence reconnaît d'ailleurs clairement que « *la suppression de ce qui a été fait au mépris d'un engagement d'abstention peut revêtir la forme d'une nullité si l'interdit que le débiteur a enfreint était de conclure un acte juridique* »³. Par exemple, le juge peut annuler une vente conclue en violation d'un pacte de préférence, si le vendeur et le tiers acquéreurs ont tous deux commis une fraude aux droits du bénéficiaire du pacte⁴.

L'article 1143 du Code civil présente ainsi une vertu explicative des sanctions aujourd'hui appliquées en jurisprudence en cas de manquement à la bonne foi contractuelle du fait de la conclusion d'un acte s'inscrivant à défaut d'un contrat en vigueur. Mais le mécanisme de l'exécution forcée peut également expliquer d'autres mesures aujourd'hui prises par le juge pour sanctionner la mauvaise foi contractuelle, et notamment lorsque celle-ci se manifeste à l'occasion de la résiliation unilatérale du contrat.

364. Les mesures d'exécution forcée en cas de résiliation unilatérale abusive du contrat. Le pouvoir de rompre unilatéralement le contrat fait partie de ces prérogatives dont peuvent se trouver investies les parties au contrat, et dont la mise en œuvre entraîne des effets de droit qui trouvent un impact direct sur la situation du cocontractant⁵. La gravité des effets d'une telle décision explique que l'exercice de ce pouvoir soit très encadré en droit positif et qu'il doive répondre à des conditions précises, à défaut de quoi il s'avèrerait abusif⁶. Et, précisément, des auteurs plaident aujourd'hui pour que soit reconnu au juge des référés un pouvoir de décider du maintien du lien contractuel lorsque la rupture du contrat est

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1175.

² V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse préc., spéc. n° 171 et s.

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, op. cit., n° 376-56.

⁴ V. not. Cass. com. 7 mars 1989, n° 87-17212, Bull. civ. IV, n° 79 ; 7 janv. 2004, n° 00-11692 ; Cass. civ. I, 10 juill. 2002, n° 00-13669, Bull. civ. I, n° 192.

⁵ V. *supra*, n° 280 et *infra*, n° 610 et s.

⁶ V. *supra* n° 280 et *infra*, n° 611 et s.

irrégulière¹. Le président du tribunal de grande instance, en vertu de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, le juge du tribunal d'instance selon l'article 849, alinéa 1^{er} du même Code, ou encore le président du tribunal de commerce conformément à l'article 873, alinéa 1^{er} de ce Code, sont en effet admis « *même en présence d'une contestation sérieuse* » à « *prescrire, en référé, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ». La Chambre commerciale a ainsi pu juger que le risque d'un dommage imminent devait justifier que le juge des référés ordonne la reprise de relations contractuelles établies entre un fournisseur et ses clients². De même la Cour d'appel de Paris a reconnu, par un arrêt du 28 janvier 2009 la possibilité au juge des référés de « *faire injonction à une partie à un contrat de reprendre les relations contractuelles qu'elle a manifestement fait cesser de manière illicite* »³. Mais, afin de pallier les risques de lenteur et d'encombrement des rôles⁴, il a été suggéré par un éminent auteur de limiter le recours à ces dispositions dans « *les seuls cas où le créancier n'a pas respecté un délai de préavis suffisant* »⁵. Et dans les hypothèses où le créancier romprait le contrat sans pouvoir justifier du manquement particulièrement grave commis par le débiteur, il serait possible de le sanctionner sur le fondement des articles 808 ou 872 du Code de procédure civile⁶ : si le débiteur parvient à convaincre le juge des référés du caractère sérieusement contestable de la gravité du manquement reproché par le créancier, le maintien du contrat peut alors être ordonné jusqu'au prononcé de sa résolution par le juge du fond⁷. D'ailleurs, une telle mesure est clairement admise en droit du travail. En effet, le maintien forcé du contrat est possible si l'employeur a procédé à un licenciement nul, c'est-à-dire, soit en violation d'une liberté fondamentale du salarié, soit en attendant à son statut protecteur⁸. L'employeur est alors tenu de réintégrer le salarié dans son ancien emploi ou, à

¹ V. not. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 376-58 et s. ; *adde* JAMIN (Ch.), « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.*, 2001, p. 1568 et s. ; DESHAYES (O.), « L'exécution forcée du contrat ordonnée par le juge des référés », *RDC*, avr. 2013, p. 907 et s.

² V. not. Cass. com., 26 févr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 87 ; *JCP G*, 1992, II, n° 21914, note LEVY (L.) ; 21 mars 1984, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RTD Com.*, 1985, p. 91, obs. BÉNABENT (A.) et DUBARRY (J.-C.).

³ V. CA Paris, 28 janv. 2009, *RJDA*, 2009, n° 586 ; *RTD Civ.*, 2009, p. 529, obs. FAGES (B.) ; *adde* Cass. civ. I, 29 mai 2001, *RTD Civ.*, 2001, 590 ; CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2004, *Bull. Aix*, 2004-2, p. 56, note WEILLER (L.) ; *RTD Civ.*, 2004, 508, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; Cass. civ. I, 15 juin 2004, n° 00-16392, *RTD Civ.*, 2004, 508, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.). En revanche, il ne lui est pas permis d'ordonner la poursuite d'un contrat régulièrement résilié : V. not. Cass. com. 28 nov. 2006, *RTD Civ.*, 2007, 345, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

⁴ Pour une telle critique, V. not. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defr.*, 30 mars 2003, n° 6, p. 369 et s.

⁵ V. JAMIN (Ch.), « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *art. préc.*

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. not. Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-44811, *Bull. civ. V*, n° 152 ; 26 sept. 1990, n° 88-41375, *Bull. civ. V*, n° 387 ; 14 juin 1972, n° 71-12508, *Bull. civ. V*, n° 425.

défaut, de l'affecter à un poste équivalent¹. La nullité de la décision unilatérale prise par l'employeur permet la continuation du contrat dans ses conditions initiales. Cela met en exergue le fait que le maintien du contrat, en cas de rupture abusive du contrat, opère comme une « destruction » de l'acte juridique unilatéral illicite².

Sous cet aspect, la mesure prise par le juge se rapproche alors assez sensiblement de la déchéance de la prérogative – suggérée par certains auteurs comme sanction adéquate de l'abus de droit³ – en ce que le contractant à l'origine de la résiliation est dépourvu du droit de s'en prévaloir – tout du moins jusqu'à ce qu'il soit statué au fond, sur l'opportunité de la décision. Mais le parallèle entre ces sanctions s'arrête là car il s'agit bien de deux mécanismes distincts. Tout d'abord, l'exécution forcée du contrat résilié de manière abusive nécessite une décision de justice, ce qui n'est pas le cas de la déchéance qui, préalablement prévue par le législateur ou les parties, opère de plein droit⁴. Ensuite, alors que la déchéance a un caractère définitif, la poursuite du contrat décidée par le juge des référés n'a qu'un caractère provisoire. La nécessité de fixer un délai pour le maintien du contrat a d'ailleurs été soulignée en doctrine⁵.

Ces diverses observations mènent au constat de l'existence de nombreuses possibilités offertes au juge pour faire respecter le devoir contractuel en général et le devoir de bonne foi en particulier. Toutefois, il est vrai qu'il est des mesures qui sont, par nature, inapplicables au devoir en raison de son fort caractère personnel.

365. La mesure de remplacement de l'article 1144 du Code civil exclue du régime du devoir contractuel. Parmi les mesures qui s'avèrent inapplicables au devoir contractuel en raison de son caractère fortement personnel, doit être en premier lieu évoquée la mesure de remplacement prévue à l'article 1144 du Code civil.

Celui-ci dispose que lorsque cela est possible « *le créancier peut [...] être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* », qui « *peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution* ». La mise en œuvre de cette mesure de remplacement suppose que l'exécution en nature de l'obligation soit possible par une autre personne que celle du débiteur. C'est dire qu'en sont exclues « *les obligations marquées d'un fort intuitus personae* »⁶. Or, l'obligation *intuitus personae* se rapproche précisément du devoir de par la prépondérance qu'elle donne au lien personnel sur la dimension réelle de l'obligation. Tout comme pour l'obligation *intuitus personae*, nul ne peut observer le devoir d'autrui. En effet, il a été vu que contrairement à l'obligation, le devoir n'est pas un bien, et

¹ V. not. Cass. soc., 29 oct. 1998, n° 96-42863 ; 30 mars 1999, n° 97-41013, Bull. civ. V, n° 144.

² V. not. MARAIS (A.), « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 2002, n° 197, p. 7 et s. ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 376-62.

³ V. *supra*, n° 326 et s.

⁴ V. *infra*, n° 442 et s.

⁵ V. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1116.

pour reprendre l'expression de M. STOFFEL-MUNCK, il relève davantage de l'être que de l'avoir. Il revêt alors un caractère essentiellement personnel car il pèse spécifiquement sur la personne qui doit l'observer et ne saurait être accompli en son lieu et place par un tiers. De plus, les devoirs impliquent souvent des commandements de ne pas faire. Or, il est reconnu en doctrine que « *pour les obligations de ne pas faire, le procédé de la substitution est inutilisable, car nul ne peut s'abstenir d'un comportement à la place d'autrui* »¹. Pareillement, nul ne peut s'abstenir d'être de mauvaise foi pour autrui, cette exigence pèse sur chaque partie au contrat, sans qu'elle ne puisse s'en défaire, ou qu'elle en soit exempte par l'effet du bon comportement d'un tiers.

366. L'action oblique prévue à l'article 1166 du Code civil exclue du régime du devoir contractuel. En second lieu, l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, qui permet d'éviter le risque d'insolvabilité du débiteur en octroyant à son créancier le droit de se substituer à lui dans l'exercice de ses droits², ne relève pas du régime du devoir contractuel, en tant que comportement dénué de valeur marchande. En effet, l'action oblique ne saurait être exercée par le créancier à l'égard du débiteur de son propre débiteur en raison d'un manquement de celui-ci à l'un de ses devoirs contractuels, car c'est au titre de leur droit de gage général³ que « *les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* »⁴. Cette mesure tend à « *la réintégration de certaines valeurs dans le patrimoine du débiteur* »⁵. Elle vise spécifiquement les droits et actions de nature patrimoniale que le débiteur n'aurait pas accomplis⁶. Elle a pour but la récupération d'une créance certaine, liquide et exigible⁷. Sont alors exclus de son domaine, non seulement les « *droits et actions patrimoniaux attachés à la personne* »⁸, mais également les devoirs du débiteur qui ne contiennent aucune créance, mais au contraire, « *un principe de dette possible* »⁹. Là aussi le caractère éminemment personnel du devoir explique l'impossibilité pour le créancier d'exiger du tiers qu'il accomplisse ses devoirs à l'égard du débiteur. Mais, reste évidemment possible pour le créancier d'exercer une action en réclamation des dommages-intérêts à la place de son débiteur, en cas de carence de celui-ci, dans l'hypothèse où il aurait été victime du manquement à l'un de ses devoirs par son

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 376-92.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1141.

³ V. *Ibid.*, n° 1137.

⁴ V. art. 1166 C. civ.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1142.

⁶ V. *Ibid.*, n° 1143 : « *Tout créancier impayé peut, en principe, exercer par la voie oblique tous les droits et actions de son débiteur, pourvu, cependant, qu'ils soient de nature patrimoniale.* ».

⁷ V. *Ibid.*, n° 1147.

⁸ V. *Ibid.*, n° 1144 et s.

⁹ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.* p. 51.

cocontractant¹. La créance de réparation est précisément une valeur que le créancier a intérêt à ramener dans le patrimoine de son débiteur.

Par ailleurs, tout comme il a été vu qu'il peut fonder le mécanisme de l'action paulienne, le manquement à son devoir de bonne foi par le débiteur pourrait sembler justifier l'action oblique exercée par son créancier. Néanmoins, contrairement à ce que requiert l'action paulienne, le comportement du débiteur qui n'exerce pas ses droits et actions n'est pas nécessairement fautif². En effet, la preuve de l'intention de nuire du débiteur n'est pas exigée³. Tandis que la fraude est de l'essence de l'action paulienne et constitue nécessairement une violation du devoir contractuel de bonne foi par le débiteur⁴, l'action oblique ne trouve pas toujours sa cause dans une faute du débiteur. En effet, la crainte de son insolvabilité peut être due à une simple carence du débiteur principal dans l'exercice d'un droit ou d'une action qui lui appartient. Or, la diligence dans l'exercice d'un droit n'est pas un devoir pour l'individu, mais une incombance⁵. Et précisément, une telle mesure présente une utilité certaine en cas de manquement à une incombance en ce qu'elle permet au créancier de la personne sur qui elle pèse de l'accomplir en son lieu et place afin de ne pas perdre la valeur attachée au droit conditionné par le comportement⁶.

Au-delà des effets négatifs qui s'attachent au manquement au devoir, le débiteur a tout intérêt à respecter son devoir contractuel de bonne foi en ce que cela emporte parfois des effets positifs. Et plus précisément, le respect de ce devoir peut limiter la possibilité de prononcer l'exécution forcée de son obligation.

367. Le respect du devoir de bonne foi comme limite à l'exécution forcée d'une obligation. Si c'est souvent l'absence de bonne foi qui est prise en compte pour sanctionner le contractant, sa bonne foi peut, *a contrario*, avoir un effet sur l'application de certaines sanctions, et il en va ainsi notamment pour la mise en œuvre de l'exécution forcée de l'obligation inexécutée. En effet, la bonne foi du débiteur peut être une limite à l'exécution forcée de son obligation. Elle joue alors un rôle positif, de protection du contractant qui, certes, n'a pas exécuté l'obligation née du contrat, mais qui n'a pas adopté un comportement révélant le désir d'y échapper à tout prix. La bonne foi du débiteur – c'est-à-dire l'absence de

¹ Sur la responsabilité contractuelle comme sanction du manquement au devoir contractuel, V. *infra*, n° 369 et s.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1149 : « le seul constat de carence, abstraction faite de tout jugement porté sur le comportement du débiteur soit suffisant ».

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit. n° 310-50 : « Il convient que le créancier établisse la carence de son débiteur. [...] C'est dire, d'une part, qu'il suffit que le débiteur ait commencé à entreprendre certaines diligences dans la réclamation de son dû pour que l'action oblique soit privée de son fondement [...] Mais aussi, d'autre part, que le créancier poursuivant n'ait pas d'autre preuve à rapporter que la simple absence d'action : nul n'est besoin d'établir l'insolvabilité du débiteur ou de caractériser davantage son comportement (par exemple : inaction délibérée, refus intentionnel, carence coupable ou inertie prolongée) ».

⁴ V. *supra*, n° 363.

⁵ V. *supra*, n° 213 et s.

⁶ V. *infra*, n° 489.

mauvaise foi – est parfois une condition exigée pour obtenir une mesure de faveur de la part du juge.

Notamment, ce dernier, constatant le bon comportement du débiteur, pourra lui octroyer un délai de grâce, qui aura pour effet de reporter ou d'échelonner le paiement des sommes dues¹, et qui suspendra, momentanément, les procédures d'exécution qui auraient pu être engagées contre le contractant².

Pareillement, en matière de surendettement des particuliers, l'absence de mauvaise foi du débiteur est une condition pour solliciter les mesures de traitement de sa situation financière, prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation. En effet, « *La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* »³. Les différentes mesures et procédures qu'une telle situation peut impliquer ont également pour effet de reporter et de rééchelonner les dettes du surendetté, et donc de le mettre à l'abri, au moins pour un certain temps, des sommations visant à obtenir l'exécution de leurs obligations par ses créanciers. L'absence de mauvaise foi du débiteur trouve ainsi, en dernier lieu, une incidence positive, en ce qu'elle peut lui permettre d'échapper, tout au moins momentanément, à la poursuite en paiement par ses créanciers.

368. Conclusion de la section. Contrairement à ce qui est traditionnellement avancé, les remèdes contractuels ne sont pas cantonnés au constat de l'inexécution d'une obligation contractuelle. La mise en évidence de devoirs contractuels permet de voir que ces sanctions sont envisageables au-delà de cette seule circonstance, et sont plus largement liées au manquement contractuel. En tant que contrainte catégorique ayant pour finalité la réalisation du but contractuel, le devoir comporte ainsi des effets communs avec l'obligation. Néanmoins, ces similitudes sont à relativiser car la nature comportementale du devoir et son caractère essentiel expliquent que l'exception d'inexécution ou l'exécution forcée en nature ne soient envisageables pour sanctionner un tel manquement que sous certaines limites ou sous certaines formes.

Par ailleurs, si l'exécution forcée en nature du devoir est envisageable en ce qu'il s'agit d'inciter le contractant à adopter le comportement attendu de lui, son exécution par équivalent n'est, en revanche, pas possible. En effet, il n'existe pas d'« équivalence » à l'observation d'un devoir, puisque ce dernier ne saurait être évalué monétairement⁴. Pour

¹ V. art. 1244-1 C. civ.

² V. art. 1244-2 C. civ.

³ V. art. L. 330-1 C. conso.

⁴ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 87 : « *La renégociation en elle-même ne nous semble pas pouvoir être qualifiée d'obligation contractuelle, aussi longtemps qu'il sera admis qu'elle est insusceptible d'exécution par équivalent.* ».

autant, le manquement au devoir contractuel doit être de nature à conduire à la condamnation du fautif à verser des dommages-intérêts à son partenaire lorsque cette faute est source d'un préjudice pour ce dernier. Ce comportement peut donc aboutir au prononcé d'une responsabilité contractuelle¹.

Section II

Devoir contractuel et responsabilité contractuelle

369. La concentration des principales difficultés liées à la responsabilité contractuelle dans la notion de devoir contractuel. Les notions de devoir et de responsabilité, traditionnellement proches l'une de l'autre, entretiennent un rapport ambigu en matière contractuelle. En effet, il apparaît rapidement à l'analyse de la responsabilité contractuelle que les difficultés majeures qui y sont liées touchent à la place qui peut ou doit être reconnue aux devoirs dans la sphère contractuelle. Le devoir contractuel est au cœur des principales questions que soulève l'étude de la responsabilité contractuelle.

Tout d'abord, attachés à une vision « pure » du contrat – c'est-à-dire réduit à sa fonction économique et à son contenu obligationnel – des auteurs ont remis en cause le concept de responsabilité contractuelle, plaidant pour une analyse des dommages-intérêts liés à l'inexécution en termes d'« exécution par équivalent » de l'obligation, et non comme un tort impliquant réparation du dommage causé². Il apparaît alors que si la responsabilité contractuelle s'est récemment heurtée à ces critiques doctrinales, c'est en ce que son mécanisme traduit l'existence de contraintes rattachées au contrat qui ne peuvent être analysées en termes d'obligations *stricto sensu*. Précisément, l'admission de l'existence de devoirs contractuels se trouve directement à l'appui de la réception du concept de responsabilité contractuelle (§1).

Ensuite, le devoir est également en lien étroit avec les interrogations relatives au domaine et à l'autonomie de la responsabilité contractuelle vis-à-vis de la responsabilité délictuelle. Généralement présenté comme élément de perturbation des frontières entre ces

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1129.

² Parmi les auteurs contestant la réalité du concept de « responsabilité contractuelle », V. not. RÉMY (Ph.), « Critique du système français de responsabilité civile », *art. préc.* ; « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *art. préc.* ; LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD Civ.*, 1998, p. 839 et s. ; LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, D. action*, op. cit., n° 800-2 et s., p. 419 et s. ; TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 429 et s. ; « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *art. préc.* ; CADIET (L.), « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mél. P. Drat, D.*, 2000, p. 495 et s. ; RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 1^{er} janv. 2005, n° 1, p. 13 et s.

deux ordres de responsabilité, le devoir contractuel serait source de confusions en la matière. Pourtant, il peut être vu qu'en tant qu'il s'intègre au contenu contractuel, le devoir contractuel permet de mettre en lumière la spécificité et l'autonomie de la responsabilité contractuelle (§2).

§1- Le devoir contractuel à l'appui du concept de responsabilité contractuelle

370. Conditions de la responsabilité et devoir contractuel. Selon certains auteurs, le concept de responsabilité contractuelle serait erroné¹. En effet, une partie de la doctrine considère qu'il faudrait cantonner la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle à une exécution par équivalent, c'est-à-dire condamner le contractant à payer en argent ce qu'il devait exécuter en nature. Il n'y aurait alors qu'une seule responsabilité, à savoir la responsabilité délictuelle, qui aurait vocation à s'appliquer dès qu'une faute serait constatée, peu important que la victime soit le cocontractant ou un tiers². Selon ses partisans, l'exécution par équivalent permettrait de rétablir l'équilibre du contrat sans que les conditions de la responsabilité n'aient à être constatées³. *A contrario*, concevoir l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle implique d'accepter l'existence d'une faute proprement contractuelle comme cause d'un préjudice contractuel. Ainsi, le débat portant sur le concept même de responsabilité contractuelle se cristallise autour de deux éléments principaux, à savoir la constatation d'une faute et celle d'un préjudice. Or, la notion de devoir contractuel

¹ V. *Ibid.*

² Il est vrai que tel qu'il est structuré, le Code civil associe, en matière contractuelle, les dommages-intérêts à la seule hypothèse de l'inexécution d'une obligation contractuelle. En effet, le Titre III du Livre III du Code, intitulé « *De l'effet des obligations* », comporte une section qui a pour titre « *Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* ». Clairement, « *les rédacteurs du Code civil ont envisagé le droit du créancier à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat, comme un effet de l'obligation contractée. Selon cette conception, le débiteur est, sauf en cas de dol, tenu de procurer au créancier l'équivalent de l'avantage qu'il attendait du contrat et non de réparer le dommage qui lui a été injustement causé.* » (V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 559 ; adde LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 3 : « *Il est certain que les rédacteurs du Code civil n'ont pas conçu l'inexécution d'une obligation contractuelle comme un fait générateur de responsabilité civile.* »).

³ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *RDC*, 2004, p. 280 et s., note sous Cass. civ. III, 3 déc. 2003, n° 02-18033. Des auteurs ont voulu voir dans des arrêts de la Cour de cassation (V. not. Cass. civ. III, 13 nov. 1997, *RTD Civ.*, 1998, 124 et 696, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; 30 janv. 2002, *Bull. civ. III*, n° 17 ; Cass. soc., 4 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 368) une consécration de la théorie selon laquelle les dommages-intérêts contractuels ne sont qu'une modalité d'exécution par équivalent. V. obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *RDC*, 2003, p. 54 : l'auteur résume l'arrêt par l'abstract suivant : « *les dommages-intérêts sont une modalité d'exécution par équivalent de l'obligation demeurée impayée* ». Mais la Cour de cassation n'a nullement utilisé l'expression d'exécution « *par équivalent* » : elle énonce uniquement que « *les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* ».

est précisément en lien avec ces éléments du débat¹. En effet, l'acceptation de l'existence de devoirs contractuels implique de reconnaître que le manquement contractuel peut être autre chose qu'une simple inexécution d'une obligation, puisqu'il peut consister en l'inobservation de l'un de ces devoirs. Si « *la découverte de [la responsabilité contractuelle] (relativement récente) est un progrès de la civilisation juridique* »², c'est précisément parce que ce concept participe de la reconnaissance du fait que le contrat ne se résume pas à la création d'obligations et que le manquement contractuel ne se réduit pas à l'inexécution d'une obligation. La notion de devoir contractuel conduit alors à la réception du concept de faute contractuelle (A). De plus, la notion de devoir contractuel permet de concevoir que le contractant puisse souffrir du comportement de son partenaire, c'est-à-dire que son attitude condamnable soit source d'un préjudice, au-delà de la simple constatation d'une inexécution contractuelle. Le devoir contractuel met en lumière la fonction réparatrice des dommages-intérêts en matière contractuelle, c'est-à-dire qu'il conforte la réalité du concept de préjudice contractuel (B).

A- Le devoir contractuel à l'appui du concept de faute contractuelle

371. Conditions relatives à la faute et devoir contractuel. Au-delà de la condition première de l'existence d'un contrat valablement formé entre les parties³, il est traditionnellement avancé que la responsabilité contractuelle nécessite l'inexécution d'une obligation incluse dans le contrat, et que cette inexécution soit fautive⁴. Or, le débat sur la réalité du concept de responsabilité contractuelle s'est concentré sur ces conditions, notamment en raison de l'impact des devoirs progressivement « découverts » par la jurisprudence, qui viendraient fausser tant la notion de contrat que celle d'exécution. Pourtant, bien au contraire, les devoirs contractuels justifient la prise en compte du comportement exécutoire du contractant, au-delà de l'exécution pure et simple de l'obligation. Ainsi, à bien vouloir admettre que des devoirs intègrent le contenu obligatoire du contrat, et s'imposent aux

¹ V. BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », *art. préc.*, spéc. n° 9 : « *Le débat n'est pas seulement doctrinal – et le serait-il qu'il ne perdrait pas de son intérêt car, au-delà de la technique, c'est de politique juridique qu'il s'agit* ».

² V. LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 2 ; *adde* GAY (J.-L.), « Recherches sur les origines de la responsabilité contractuelle », in *Ét. G. Le Bras*, t. 2, Paris, S., 1965, p. 1191 et s. ; JOURDAIN (P.), « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1998, p. 65 et s. ; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.), *Droit civil, Les obligations, III- Le rapport d'obligation*, D., 9^e éd., 2015, n° 170 à 172 ; RADÉ (C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », *Jcl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 170, août 2014 ; « l'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron., p. 301 et s.

³ V. MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD Civ.*, 1929, p. 550 et s., spéc. n° 13 et s.

⁴ V. *Ibid.*, n° 50 et s.

parties au cours de son exécution¹, les conditions d'application de la responsabilité contractuelle peuvent être précisées. Celle-ci sera potentiellement engagée, au-delà de l'inexécution d'une obligation incluse dans le contrat, en cas de violation d'un devoir en intégrant le contenu (1). Mais, quoi qu'il en soit, doit être constaté un comportement fautif de la part du contractant (2).

1. La violation d'un devoir intégrant le contenu du contrat

372. Violation du devoir contractuel et responsabilité du contractant. En ce qu'il intègre le contenu de l'acte obligatoire, le devoir contractuel est une contrainte qui s'impose au contractant. Sa violation peut donc être, à l'image de l'inexécution d'une obligation, le fait générateur de la responsabilité contractuelle encourue par le fautif vis-à-vis de son partenaire (a). Néanmoins, le devoir contractuel est la manifestation de l'intégration de l'ordre contractuel dans l'ordre juridique général et il se peut que sa violation cause, par ailleurs, un tort à un tiers. Le manquement contractuel résultant de la violation d'un devoir intégré au contrat peut ainsi justifier le prononcé de la responsabilité délictuelle du contractant à l'égard d'un tiers (b).

- a. La violation d'un devoir contractuel cause de responsabilité contractuelle à l'égard du cocontractant

373. La nécessité préalable de connaître le contenu du contrat pour traiter de la responsabilité contractuelle. Il a pu être très justement avancé par un éminent auteur que *« le problème de la responsabilité contractuelle ne peut être abordé que si le contenu du contrat est connu. [...] Toute question de responsabilité contractuelle suppose préalablement résolue la question de l'étendue de l'obligation du débiteur »*². En effet, *« bien souvent, dès qu'on a précisé le contenu du contrat, la question de responsabilité contractuelle est par là-même tranchée »*³. Or, précisément, en fonction de ce que l'on considère comme devant intégrer le contenu obligatoire de l'acte, l'on retiendra ou non la réalité du concept de responsabilité contractuelle en droit positif⁴. Ainsi, l'analyse de la responsabilité contractuelle ne peut s'affranchir d'une réflexion préalable sur le contenu obligatoire du contrat.

¹ V. *supra*, n° 67 et s.

² V. MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, spéc. n° 10.

³ V. *Ibid.*

⁴ Dans le même sens, V. LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 1.

374. La remise en cause de la responsabilité contractuelle à travers l'exclusion des devoirs de sécurité et de bonne foi du contenu contractuel. Selon une analyse traditionnelle voulant que le contrat « *oblige à quelque chose de plus que la normale* »¹, celui-ci ne pourrait inclure que les obligations spécialement voulues par les parties, alors que les devoirs généraux « *auxquels toute personne est tenue en vertu de la vie en société* »², qui ne puiseraient pas leur origine dans la convention, relèveraient du régime de la responsabilité délictuelle³.

C'est ainsi que des critiques virulentes ont été émises en doctrine quant à la pertinence de la sanction de l'« obligation de sécurité » par la responsabilité contractuelle⁴, notamment en ce que sa qualification d'« obligation de moyens » mettrait à néant l'objectif d'une meilleure indemnisation⁵. Ainsi, plusieurs auteurs plaident pour une « décontractualisation » de cette exigence⁶. Plaidoyer qui a d'ailleurs tendance à être de plus en plus suivi par la jurisprudence⁷.

Mais, de manière plus générale, la critique porte sur l'ensemble des « devoirs généraux », car elle touche aussi l'exigence de bonne foi. La question de sa nature obligationnelle est au cœur du débat relatif au régime de responsabilité applicable en cas de mauvaise foi du contractant. Ainsi, il est avancé par des auteurs qu'en ce que « *le manquement à la loyauté ne constitue pas à proprement parler une inexécution du contrat* »⁸, la norme de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil ne serait en réalité qu'un rappel de celle posée à l'article 1382 du même Code, impliquant la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle⁹.

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 567.

² V. *Ibid.*

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, op. cit., n° 381-7.

⁴ V. not. ESMEIN (P.), « L'obligation et la responsabilité contractuelles », art. préc., spéc. n° 4 : les contrats « *n'impliquent pas le devoir d'assurer la sécurité du cocontractant ; [...] ce devoir existe en l'occurrence parce qu'il existe à l'égard même des personnes envers qui on est pas lié par contrat* » ; adde TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 567.

⁵ V. not. RÉMY (Ph.), « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », art. préc., spéc. n° 17 et s. ; adde LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », art. préc., spéc. p. 858 ; adde *infra*, n° 390 et s.

⁶ V. not. BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, op. cit., spéc. n° 290 : « *la décontractualisation complète de l'obligation de sécurité nous paraît s'imposer comme la solution la plus économique et la mieux adaptée pour remédier au désordre qui a envahi la distinction des deux ordres de responsabilité* » ; adde JOSSERAND (L.), *Cours de Droit Civil positif français, théorie générale des obligations*, op. cit., n° 491 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Obligations*, t. 2, op. cit., n° 951 ; CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 1030.

⁷ Pour un constat du reflux de la sanction de l'« obligation de sécurité » par la responsabilité contractuelle, V. not. LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », art. préc., spéc. p. 863 ; adde SAVAUX (É.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD Civ.*, 1999, p. 1 et s., spéc. n° 19.

⁸ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 115.

⁹ V. *Ibid.*, n° 119 ; adde LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, D. action*, op. cit., n° 808, p. 424 ; JOSSERAND (L.), *Cours de Droit Civil positif français, théorie générale des obligations*, II, op. cit., n° 489 ; FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 91 et s.

Déplacer ces devoirs hors du contrat permettrait d'en retrouver une conception « épurée », conforme à la vision qu'en avaient les rédacteurs du Code civil en 1804, à savoir un acte créateur d'obligations, et dont l'inexécution pourrait se résoudre à un paiement par équivalent. Il apparaît très clairement que le rejet du concept de responsabilité contractuelle passe par l'exclusion des « obligations non spécifiquement contractuelles » du domaine contractuel.

375. L'erreur d'une conception « épurée » du contrat. Il a pu être très justement remarqué par M. LAITHIER que « *la notion « pure » de contrat, prétendument de droit positif [...] relève soit du sentiment, soit de l'idéalisme juridique, soit d'une confusion entre la fonction principale du contrat – l'échange patrimonial – et sa notion, confusion entretenue par l'emprise intellectuelle de cette « épure du contrat idéal » qu'est la vente* »¹. En effet, il n'est pas original, aujourd'hui, de rappeler que cette conception purement volontariste du contrat ne permet plus, à elle seule, d'en expliquer le fondement et les rouages. En tant que norme juridique, le contrat est également soumis à l'influence d'éléments objectifs. Plus précisément, la réalité des rapports contractuels se situe dans l'interaction, dans l'interdépendance des éléments objectifs et subjectifs². Si en 1804, le contrat type était le contrat de vente, formé en un trait de temps entre parties situées sur un pied d'égalité, il n'en est plus ainsi aujourd'hui. De multiples phénomènes de droit positif obligent à considérer le contrat au-delà de son contenu obligationnel décidé par les parties. En effet, d'une part, doit être relevée la tendance, accrue depuis le début du XX^e siècle, du législateur à prévoir des règles dont l'observation s'impose impérativement aux sujets à l'occasion de l'exécution du contrat. Le contrat de travail³, le contrat de société⁴, ou encore les contrats de consommation⁵ sont, par exemple, des contrats dont les implications sont largement prévues par les dispositions légales et réglementaires, et très peu par les contractants eux-mêmes. D'autre part, depuis maintenant plus d'un siècle, la mondialisation et la circulation des personnes ont pu favoriser le développement de nouveaux types d'échanges, s'inscrivant tant dans l'espace

¹ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 89.

² V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., spéc. n° 7 ; adde WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., spéc. n° 93 et s. ; REVET (T.), « Objectivation ou subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », art. préc.

³ V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse préc., n° 89 ; adde JEAMMAUD (A.), « Les polyvalences du contrat de travail, in Les transformations du droit du travail », in *Ét. G. Lyon-Caen*, D., 1989, p. 308 et s. ; VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 492 et s.

⁴ V. not. sur le débat relatif à la nature institutionnelle ou contractuelle de la société : BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Mél. Sayag*, Litec, 1998, p. 131 et s. ; HAMEL (J.), « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mél. J. Dabin*, 1963, t. 2, p. 645 et s. ; DIDIER (P.), « La théorie contractualiste de la société », art. préc. ; LIBCHABER (R.), « La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin*, 1999, p. 281 et s. ; MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », art. préc.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 74 ; VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 494.

que dans la durée¹. Or, le Code civil de 1804 ne prévoit rien concernant la durée ou le mode d'exécution du contrat². Cela a pu avoir comme conséquence que les articles 1134, al. 3 et 1135, originellement considérés comme simples outils d'interprétation, ont été utilisés par le juge pour appréhender le comportement des contractants dans la phase d'exécution du contrat³. Ces articles, qui font référence à la bonne foi et à l'équité, permettent de fonder techniquement l'existence d'exigences qui « *ne sont plus à base de consentement, mais à base d'autorité* »⁴. Ces dispositions permettent de saisir le fait que l'intérêt des parties au contrat est plus large que l'exécution de la prestation principale⁵. Il s'agit, pour le juge, de voir si, au-delà de l'exécution de l'obligation contractuelle, le contrat a conservé tout son intérêt pour les parties contractantes, et cela passe par l'analyse du comportement exécutoire de celles-ci⁶. Ainsi, la prise en compte du contenu « non-obligationnel » du contrat permet de retenir une conception plus large de la faute contractuelle, qui, appréciée en fonction de l'utilité du contrat, ne se réduit pas à l'inexécution contractuelle⁷.

376. Le contenu obligatoire du contrat au-delà de son contenu obligationnel au soutien de la responsabilité contractuelle. La reconnaissance de la réalité du concept de responsabilité contractuelle passe principalement par le fait d'admettre que les devoirs qui s'inscrivent dans ce cadre, de par l'autorité de la loi, ont une nature contractuelle. En vérité, remettre en cause la responsabilité contractuelle revient à contester le sens et le rôle de l'article 1135 du Code civil, ainsi que « *la conception des conventions qu'il recèle* »⁸. A

¹ V. FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long terme », in *Ét. R. Houin*, D., 1985, p. 263 et s.

² V. not. ROCHFELD (J.), « Les modes temporels d'exécution du contrat », *art. préc.* ; *adde* FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long terme », *art. préc.* : « *Le droit commun, en effet, est peu sensible au phénomène de la durée* » ; JAMIN (CH.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *art. préc.*

³ L'utilisation de ces dispositions par le juge s'étend aujourd'hui à tous types de contrats, au point que l'on y voit la marque d'un retour aux mécanismes du droit commun, venant influencer le droit des contrats spéciaux : V. SAVAUX (É.), « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats, Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 4. Pour des influences dans le cadre du contrat de travail, V. not. LAGARDE (X.), « Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD Civ.*, 2002, p. 435 ; Pour les influences du devoir de loyauté dans le cadre du contrat de société, V. not. LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *art. préc.* ; MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », *art. préc.* ; GRÉVIN-LEMERCIER (K.), *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2011.

⁴ V. JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », *art. préc.*, spéc. p. 346.

⁵ V. *Ibid.* : « *L'intérêt recouvre la satisfaction que la fourniture du bien ou service promis devait procurer, tout au moins dans la mesure où elle est prévisible. Ainsi compris, rien n'autorise à exclure la sécurité des biens et des personnes, ni les autres normes de comportement de l'intérêt du créancier juridiquement protégé* ».

⁶ En ce sens, V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 90.

⁷ V. ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD Civ.*, 1933, p. 627 et s., spéc. n° 3 : « *Il est vrai qu'on est responsable par suite de l'inexécution de l'obligation. Mais il n'est pas vrai qu'on soit en faute par le seul fait de l'inexécution* » ; « *le débiteur n'est pas toujours responsable quand l'obligation reste inexécutée* » ; « *la responsabilité suppose un autre élément et cet élément est la faute* » ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 71.

⁸ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 417.

contrario, prendre au sérieux cette disposition qui contractualise les suites « *qui découlent implicitement de la nature du contrat et du but de l'opération* »¹, permet d'admettre que le contrat ne se résume pas aux obligations convenues, mais contient également les suites que la loi, les usages, ou l'équité lui donnent en fonction de sa nature. Le manquement contractuel doit alors être compris de manière plus large que l'inexécution contractuelle. Il comprend tout comportement s'inscrivant à défaut de ce que la norme contractuelle implique, à commencer par le manquement au devoir de sécurité².

377. La responsabilité contractuelle comme sanction du manquement au devoir contractuel de sécurité. Il a pu être vivement reproché aux juges d'avoir contractualisé le devoir de sécurité et, d'avoir développé, en outre, une jurisprudence très empirique relativement à sa qualification.

Il est vrai que l'exigence de sécurité a parfois été rattachée à des contrats de manière assez artificielle.

Mais il n'en reste pas moins que dans la plupart des cas, elle s'impose spécialement dans le cadre contractuel en ce que le contrat expose spécifiquement le contractant à un danger que les tiers ne courent pas. Le contrat institue alors une situation particulière de danger. Or, lorsqu'elle est une « suite naturelle » du contrat, l'exigence de sécurité ne saurait en être traitée distinctement, car elle participe directement de l'intérêt que recherche le créancier. Le devoir de sécurité « *est [alors] conforme à l'utilité que doit remplir le contrat* »³.

De plus, le fait que ce devoir s'insère dans le cadre contractuel implique qu'il passe par le prisme de l'attente des parties, et donc que son régime puisse obéir à des règles propres, différentes du régime général de la responsabilité délictuelle⁴. En effet, le manquement au devoir de sécurité dans le cadre contractuel ne peut avoir la nature d'une faute délictuelle puisque, dans cette hypothèse, les parties ne sont pas dans une situation de pure fait, elles se connaissent. Leur relation est liée à une rencontre préalable de leurs volontés. Par le biais de l'acte, chaque contractant peut appréhender, de manière plus ou moins consciente, les risques qui pèsent sur sa sécurité corporelle à l'occasion de l'exécution du contrat. Ainsi, ce qui distingue le devoir de sécurité contractuel du devoir général de sécurité, c'est l'attente du créancier, et plus précisément la prise en compte d'un danger potentiel, lié à l'objet du contrat ou à sa nature. En matière contractuelle, le contractant a toujours la possibilité d'évaluer les risques que l'exécution du contrat fait peser sur sa personne. En revanche, en matière

¹ V. LÉGIER (G.), « Responsabilité contractuelle », *Rép. Civ. D.*, août 1989, n° 30.

² En faveur de la réparation du dommage né du manquement à l'« obligation complétive » sur le fondement de l'art. 1150 C. civ., V. not. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil, thèse préc.*, n° 428 ; LÉGIER (G.), « Responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 40.

³ V. LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 11 ; *adde* SAVAUX (É.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *art. préc.*, spéc. n° 40.

⁴ V. VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 168-3 ; *adde infra*, n° 400 et s.

délictuelle, le dommage est le plus souvent impromptu, inattendu : il ne peut pas être anticipé puisqu'il survient entre des personnes qui, par hypothèse, ne se connaissent pas. C'est ainsi que la nature délictuelle de certaines clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité a pu être très justement discutée en doctrine¹.

Mais le cœur de la responsabilité contractuelle ne se situe pas exclusivement dans l'article 1135 du Code civil et ne s'exprime pas seulement à travers le cas du devoir contractuel de sécurité². En effet, doit lui être associé son voisin, l'article 1134, alinéa 3, qui, mettant à la charge du contractant une contrainte comportementale à l'occasion de l'exécution du contrat, permet de justifier que la faute contractuelle ne se résume pas à l'inexécution d'une obligation.

378. La responsabilité contractuelle comme sanction du manquement au devoir contractuel de bonne foi. Il a déjà été vu que le manquement à la bonne foi contractuelle traduit une atteinte portée à la force obligatoire du contrat³. Lorsque la volonté manifeste de ne pas exécuter porte sur les obligations servant la finalité du contrat, le dol du débiteur prive alors l'acte de cause, ce qui doit pouvoir justifier le prononcé d'une sanction spécifiquement contractuelle⁴. Également, lorsque c'est par son fait que le créancier empêche l'exécution correcte de son obligation par le débiteur, sa faute ne peut être dissociée de l'acte à l'occasion de l'exécution duquel elle s'inscrit. Or, en ce qu'il prend en compte la force obligatoire du contrat pour chaque partie à l'acte, l'article 1134 du Code civil est à même de justifier que le créancier puisse lui-même engager sa responsabilité contractuelle en cas de faute. Réalité que l'article 1147 du Code civil ne permet pas de traduire⁵. Ainsi, la mauvaise foi du contractant, en tant qu'atteinte portée à l'engagement contractuel, et en cas de dommage causé par ce comportement, doit pouvoir justifier le prononcé de la responsabilité contractuelle. Et, plus que sur le fondement de l'article 1147 du Code civil qui est réduit à la circonstance de l'inexécution d'une obligation par le débiteur, les articles 1134 et 1135 du même Code paraissent aptes à fonder techniquement cette sanction. De manière générale, en ce que les exigences comportementales qui s'imposent aux contractants en vertu de ces textes sont

¹ V. ESMEIN (P.), « Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », in *Mél. R. Savatier*, 1965, p. 271 et s., spéc. p. 273 et s.

² V. SAVAUX (É.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *art. préc.*, spéc. n° 38 : « Mais dans cette voie, où convient-il de s'arrêter ? Ne convient-il pas d'exclure toutes les obligations qui n'ont pas été réellement voulues par les parties ? Mais ne faudrait-il pas alors rayer du Code civil l'article 1135 et son voisin, l'article 1134 alinéa 3 ? Et que deviendrait la moralisation des conventions réalisée grâce à ces textes ? Quelle serait la situation du créancier privé du soutien de ces obligations accessoires ? ».

³ V. *supra*, n° 119 et s.

⁴ V. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., spéc. n° 328.

⁵ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 383 : l'auteur s'interroge sur le fondement de la responsabilité du créancier lorsque le contrat est unilatéral et en propose une explication à partir de l'art. 1134 C. civ. ; *adde* TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *art. préc.* ; ANDRÉ (C.), *Le fait du créancier contractuel*, thèse préc.

étroitement liées à l'exécution des obligations contractuelles, et s'intègrent au contenu contractuel, leur manquement doit être de nature à caractériser une faute proprement contractuelle impliquant le prononcé d'une responsabilité contractuelle. C'est d'ailleurs précisément ce qu'a pu reconnaître l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses arrêts du 1^{er} décembre 1995, en décidant que l'abus d'un droit d'origine contractuelle, en tant que manquement à l'obligation de bonne foi imposée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, est désormais sanctionné par une responsabilité contractuelle¹.

La responsabilité contractuelle, liée à la constatation de la lésion de l'intérêt du contractant, ne peut être un faux concept puisque les dommages-intérêts alloués ne se réduisent pas à une fonction de paiement mais prennent plus largement en considération le comportement exécutoire du contractant². Aussi, il est possible de regretter avec M. JACQUES la tendance actuelle remarquée chez certains auteurs à vouloir attacher à la méconnaissance de la norme contractuelle des sanctions extérieures au contrat. En effet « *au contractant qui se comporte comme si le contrat n'existait pas, la meilleure réponse juridique n'est-elle pas de le ramener à cette réalité qu'est son engagement ?* »³. Et l'application des sanctions proprement contractuelles n'est-elle pas le meilleur moyen d'opérer ce rappel ?

Il est vrai que certaines situations ont tendance à brouiller les pistes en la matière, et notamment le fait que l'une des parties ait la qualité de professionnel.

379. Le problème du rattachement du devoir contractuel à la qualité de professionnel. Le contractant ayant la qualité de professionnel a fait l'objet d'une attention accrue du législateur et de la jurisprudence au cours de ces dernières dizaines d'années. Supposé détenir un savoir et un savoir-faire supérieurs à son cocontractant, le professionnel s'est notamment vu mettre à sa charge, dans un objectif de rééquilibrage des relations contractuelles, un devoir de conseil. L'évolution du droit en la matière s'est avérée assez spectaculaire. Sur le plan civil, des exigences de plus en plus lourdes pèsent sur le professionnel. Par exemple, alors que le notaire ne pouvait originellement pas faire l'objet d'une action en responsabilité civile, celle-ci est aujourd'hui admise, et doit être conjuguée

¹ V. Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 espèces), *préc.*

² V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse *préc.*, spéc. n° 90 : « Les dommages-intérêts ont pour fonction de compenser la lésion de l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution de l'obligation contractuelle ; et leur montant varie dans la mesure où cet intérêt est lésé. » ; *adde* JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse *préc.*, spéc. n° 413 et s.

³ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse *préc.*, n° 164 ; *adde* ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.* ; FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, thèse *préc.*, spéc. n° 659 ; Plus précisément en cas de manquement au devoir de collaboration, V. CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, thèse *préc.*, spéc. n° 424 ; en cas de manquement au devoir de renégocier, V. THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse *préc.*, spéc. n° 802 ; en cas de manquement au devoir de conseil, V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 569.

avec ses responsabilités pénale¹ et disciplinaire². De plus, la prise en compte de sa qualité de professionnel, et de son statut d'officier public, ont conduit à ce que les juges écartent progressivement le devoir de conseil de la sphère contractuelle et l'autonomisent, considérant qu'il serait issu de la loi et non du contrat. Cette conception implique que seule la responsabilité délictuelle du notaire peut être engagée, et non sa responsabilité contractuelle, y compris en présence d'un contrat conclu avec le client³. Or, ce choix de la responsabilité délictuelle aggrave la fonction d'indemnisation, car il n'y a pas de clause limitative de responsabilité possible⁴. La jurisprudence fait preuve, en la matière, d'une très grande sévérité, à tel point que la responsabilité du notaire semble aujourd'hui davantage fondée sur le risque que sur la faute⁵. Face à cette explosion des devoirs imposés aux professionnels s'est développé un phénomène de mutualisation des risques et donc un rôle majeur est aujourd'hui attribué aux assureurs. Cela conduit au cercle vicieux faisant que les juges auront davantage tendance à condamner le notaire sachant qu'il est couvert par une assurance. Finalement cette jurisprudence débouche sur une dénaturation des fonctions de la responsabilité civile, en ce que son rôle dissuasif lui est retiré.

Il serait donc plus judicieux de revenir à une analyse contractualiste du devoir de conseil et de permettre aux parties de l'aménager dans la mesure du possible.

Néanmoins, il reste vrai que le manquement par le professionnel, ou tout autre type de contractant, à son devoir contractuel, peut être également l'occasion de causer un dommage à un tiers. Le devoir contractuel traduit alors le fait que le contrat n'est pas un espace clos mais une situation juridique imbriquée dans l'ordre juridique général, justifiant que le manquement d'un contractant puisse causer un tort à un tiers, et ainsi engager sa responsabilité à son égard.

¹ Dans certains cas, reconnaître l'existence de devoirs liés à l'exigence de bonne foi (« devoir civil ») permettrait de restreindre le recours à des devoirs de nature pénale, ainsi le recours à la loyauté permettrait la dépénalisation de certains domaines du droit, notamment en droit des sociétés, (En ce sens, V. LATHÉLIZE-BONNEMAISON (M.), « Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125) ou en droit du travail (V. not. MULLER (M.), *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat*, Paris II, 1976 ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1008 ; VINEY (G.), « Chronique Responsabilité civile », *JCP G*, 1994, I, 3773, n° 3). Le devoir contractuel pourrait ainsi avoir pour utilité de servir à la dépénalisation du droit des contrats.

² Des sanctions professionnelles peuvent être prononcées concomitamment aux sanctions civiles, par exemple la radiation d'une profession, la suspension provisoire de l'exercice de l'activité, etc.

³ V. par ex. Cass. civ. I, 3 avr. 2007, *préc.* ; 15 mai 2007, n° 06-15318 ; Cass. civ. III, 23 mai 2007, n° 06-11889.

⁴ V. art. 2 D. du 24 mars 1978, qui répute abusive « la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations » ; *adde* SERLOOTEN (P.), « Vers une responsabilité professionnelle ? », in *Mél. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805 et s., spéc. n° 10. V. *infra*, n° 400 et s.

⁵ Le devoir de conseil pesant sur le notaire est extrêmement lourd, en ce qu'il n'est pas limité par les compétences personnelles du client ou le fait qu'il soit assisté : V. *supra*, n° 189.

- b. La violation d'un devoir contractuel cause de responsabilité délictuelle à l'égard d'un tiers

380. La remise en cause du principe de relativité de la faute contractuelle par la Cour de cassation. Par une décision innovante de son assemblée plénière, la Cour de cassation a décidé le 6 octobre 2006 que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »¹.

La Cour a alors tranché une double question. Tout d'abord, elle était interrogée sur la possibilité pour un tiers d'invoquer une faute contractuelle, en dehors d'un manquement à une règle de civilité générale, pour obtenir réparation du préjudice en résultant. Ensuite, elle était amenée à se prononcer sur le régime de responsabilité applicable au contractant vis-à-vis du tiers.

Et alors, provoquant un « *complet renversement de perspective* »², la Haute Cour, en sa formation plénière, a remis en cause l'approche traditionnelle de la relativité de la faute contractuelle, en affirmant que le tiers peut se prévaloir d'un manquement contractuel. Elle a par ailleurs indiqué que la responsabilité encourue par le contractant vis-à-vis du tiers est de nature délictuelle. Et en application de ce qui précède, elle a précisé que le tiers doit être victime d'un dommage causé par le manquement contractuel.

Cette solution a essuyé de nombreuses critiques, et compte parmi les causes du rejet du concept de responsabilité contractuelle en doctrine. En effet, si des auteurs ont contesté l'existence d'une telle sanction, c'est notamment en raison de l'apparente complexité du droit positif résultant de la différence de traitement donné à la victime de l'inexécution contractuelle selon qu'elle est un tiers ou le créancier³.

¹ V. Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, Bull. civ. ass. plén., n° 9, *RLDC*, 2007/34, n° 2346, note BRUN (Ph.), *RLDA*, 2006/11, n° 656, note JACQUES (Ph.), *D.*, 2006, p. 2825, note VINEY (G.), *JCP G*, 2006, II, n° 10181, avis GARIAZZO (A.), note BILLIAU (M.). Sur des interrogations quant à l'existence d'un revirement ultérieur de la Cour de cassation sur cette question, V. MAZEAUD (D.), « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.*, 2012, n° 10, p. 659 et s. (commentaire de l'arrêt de la Cass. civ. I, 15 déc. 2011, n° 10-17691).

² V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc.*, n° 1.

³ V. LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », *art. préc.*, spéc. n° 1.

Mais, si la solution rendue était discutable dans son application au cas d'espèce en raison de la situation particulière dans laquelle était placé le tiers¹, elle peut néanmoins être défendue dans son principe².

381. La reconnaissance implicite d'un contenu contractuel autre qu'obligationnel. En premier lieu, et principalement, cette solution s'avère justifiée en ce qu'elle sous-tend une vision des effets du contrat ne se limitant pas à la seule prestation promise, mais au contraire qui prend en compte l'existence d'exigences s'imposant au contractant pouvant interagir avec l'ordre juridique général. Clairement, la notion de devoir contractuel est au cœur de cet apport de l'arrêt. En effet, à considérer que le contrat ait pour seul effet d'impliquer l'exécution de l'obligation stipulée, et donc de donner exclusivement naissance au droit au paiement, le principe de la relativité contractuelle peut être défendu en ce que la faute résultant de l'inexécution ne saurait être reprochée que par le créancier³. Il en va autrement, en revanche, s'il est constaté l'existence de devoirs qui complètent le contenu contractuel. Et, précisément, par sa décision de 2006, la Cour de cassation condamne tout raisonnement tendant à distinguer l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation avec celle de la violation d'un devoir contractuel. La largesse de l'expression de « *manquement contractuel* » permet, au contraire, de constater une faute contractuelle à travers ces deux types de faits. La reconnaissance de l'existence de devoirs contractuels empêche de conforter le principe de relativité de la faute contractuelle. La violation d'un devoir intégré au contrat est un fait générateur de responsabilité tant à l'égard du cocontractant qu'à l'égard des tiers⁴.

382. Le manquement contractuel constitutif d'un fait illicite à l'égard des tiers. En second lieu, la solution rendue peut être expliquée à l'appui d'une lecture renouvelée de l'article 1165 du Code civil. En effet, si le contrat ne crée en principe de liens d'obligation qu'entre les parties contractantes, il crée, en revanche, entre les parties, une situation juridique

¹ Le tiers avait, en l'occurrence, un intérêt particulier à la correcte exécution du contrat (V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc.*, spéc. n° 3 : En l'espèce l'« *arrêt vient consacrer l'action d'un tiers qui n'avait subi le manquement contractuel qu'en raison de sa qualité de créancier du créancier de l'obligation inexécutée. [...] Il s'agissait donc d'un tiers très particulier, qui, à travers la personne de son débiteur, avait un intérêt personnel à l'exécution du contrat, et dont on peut se demander s'il n'aurait pas été plus juste de le soumettre aux règles de la responsabilité contractuelle* ».) et son préjudice ne semblait pas résulter directement du manquement contractuel (V. *Ibid.*, n° 16 et s. : l'auteur propose ainsi de distinguer entre le tiers subissant un dommage directement causé par le manquement contractuel, auquel cas la responsabilité délictuelle devrait s'appliquer en vertu de la décision du 6 oct. 2006, et le tiers qui est victime d'un dommage médiateur, c'est-à-dire celui qui subit le manquement contractuel parce qu'il est lui-même créancier de l'un des contractants, et qui devrait se voir opposer une responsabilité contractuelle en vertu d'une interprétation extensive de la jurisprudence relative aux chaînes de contrats.).

² V. *Ibid.*, n° 4 et s.

³ V. *Ibid.*, n° 6.

⁴ V. TOSI (J.-P.), « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Mél. M. Gobert, Economica*, 2004, p. 479 et s., n° 7.

dont les tiers ne peuvent méconnaître l'existence. L'opposabilité du contrat aux tiers implique que ceux-ci sont tenus de s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution de ces prestations. Et « *réciroquement, le contrat est opposable par les tiers qui sont en droit de se prévaloir, contre les parties elles-mêmes, tant de la situation résultant de l'exécution du contrat que de la situation contractuelle elle-même* »¹. Au-delà, la notion d'opposabilité peut encore signifier que le contrat ne doit pas être l'occasion de causer un dommage aux tiers². Et il a pu être très précisément défendu que, « *dans son principe, cette solution apparaît comme l'aboutissement de la notion d'« opposabilité » qui établit le contrat, non plus seulement comme un fait interindividuel dont la portée est limitée aux seules parties contractantes, mais aussi comme un fait social intéressant l'ensemble de la collectivité* »³. La conclusion, ainsi que l'exécution du contrat, ne doivent pas être l'occasion pour les parties de contrevenir au devoir général de ne pas nuire à autrui⁴. Si l'activité contractuelle s'avère préjudiciable aux tiers, elle constitue alors, à leur égard, un fait illicite⁵.

Reste que ce fait illicite n'est pas suffisant, à lui seul, pour permettre d'engager la responsabilité du contractant vis-à-vis du tiers. Cela est explicite à travers la solution rendue par la Cour de cassation qui retient l'application de la responsabilité délictuelle en cette hypothèse.

383. Le choix justifié du régime de la responsabilité délictuelle. En troisième et dernier lieu, la décision rendue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 s'avère tout à fait justifiée en ce qu'elle énonce que c'est sur le fondement de la responsabilité délictuelle que le tiers peut invoquer le manquement contractuel comme cause de son dommage.

En effet, tout d'abord, en ce que le tiers n'est, par définition, pas partie au contrat, et qu'il n'a donc pas eu la possibilité d'en négocier les termes et conditions, il ne serait pas adéquat de les lui imposer par le biais de la mise en œuvre d'une responsabilité contractuelle. Une solution contraire reviendrait à assimiler le tiers à une partie contractante et donc remettrait en cause le principe de l'effet relatif du contrat qui veut que celui-ci ne nuise point aux tiers.

Ensuite, s'il est parfois avancé que cette solution présente le risque de confronter le contractant à des recours vis-à-vis desquels il ne serait plus protégé par les stipulations contractuelles qui ne joueraient qu'à l'égard du cocontractant, ce qui réduirait d'autant

¹ V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc.*, n° 9.

² V. *Ibid.*, n° 10.

³ V. *Ibid.*, n° 2.

⁴ V. *Ibid.*, n° 10.

⁵ V. *Ibid.*, n° 11.

l'intérêt du contrat pour le débiteur de l'obligation de réparation¹, ce risque est, en réalité, limité par une exigence importante, à savoir la caractérisation du lien de causalité entre le manquement contractuel et le dommage subi par le tiers². En effet, le manquement contractuel n'est illicite à l'égard du tiers que s'il lui cause un dommage. La question n'est donc pas tant celle de l'origine de la faute que celle du lien de causalité entre elle et le dommage subi par le tiers³. Cela n'est finalement que le rappel des conditions traditionnelles d'application de la responsabilité délictuelle : il faut que soit prouvée une faute – et peu importe qu'elle consiste en un manquement contractuel – et un dommage, mais aussi, que cette faute soit la cause du préjudice subi par la victime⁴. L'action du tiers ne peut être uniquement fondée sur la preuve du manquement contractuel parce qu'il n'est pas une partie à l'acte, et ce manquement ne constitue pas, à son égard, la violation d'un engagement contractuel. Précisément, « *son action n'est pas le moyen de réclamer indirectement à son profit le bénéfice du contrat auquel il n'est pas partie, elle tend à faire valoir que le contrat, en raison du manquement, lui a été dommageable* »⁵. Or, le lien de causalité entre la faute contractuelle et le dommage subi par le tiers est assez difficile à prouver, ce qui est de nature à réduire les hypothèses où la responsabilité délictuelle du contractant sera engagée à l'égard des tiers. Reste le cas particulier où le manquement contractuel consiste en la violation par le contractant d'un devoir général intégré au contenu contractuel, notamment du devoir de sécurité. En effet, un tel comportement est de nature à pouvoir causer directement un préjudice à un tiers, à savoir une atteinte à son intégrité corporelle, ou à ses biens⁶.

384. Inobservation d'une contrainte contractuelle et faute contractuelle. En ce qu'il s'inscrit dans le cadre de l'accord conclu, le devoir participe de l'objectif contractuel. Sa violation perturbe l'attente légitime du cocontractant, et justifie qu'elle entraîne le prononcé de la responsabilité contractuelle du fautif à son égard. Mais, par ailleurs, en ce que le devoir traduit, dans le cadre contractuel, une exigence comportementale générale, son manquement peut être aussi source de responsabilité du contractant à l'égard des tiers. L'identification du contenu du contrat et la place reconnue aux devoirs contractuels permet ainsi d'apporter une lecture cohérente des solutions jurisprudentielles rendues en la matière.

¹ V. VINEY (G.), *D.*, 2006, p. 2830, *note préc.* sous Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, *préc.* : l'auteur fait part de la crainte qui est la sienne de voir le contrat vidé de sa substance par l'application du régime de la responsabilité délictuelle au contractant dont la faute a causé un dommage à un tiers.

² V. ANCEL (P.), « Faut-il « faire avec » ? », *RDC*, 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 538 et s., spéc. n° 26 et s.

³ V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc.*, n° 3.

⁴ Une même exigence existe concernant la responsabilité contractuelle, V. art. 1151 C. civ. ; *adde* TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 592 : « *il doit y avoir une relation de cause à effet entre le dommage, dont on réclame réparation, et la faute du débiteur* » (ce sont les auteurs qui soulignent).

⁵ V. WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc.*, n° 14.

⁶ V. *Ibid.*, n° 19.

De plus, la notion de devoir contractuel est au soutien du concept de faute contractuelle, en ce qu'elle empêche de détacher l'analyse de l'exécution de l'obligation du comportement exécutoire du contractant. En raison de la nécessaire prise en compte de l'éventuelle violation d'un devoir contractuel, la faute contractuelle ne peut se réduire à l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation, argument qui est pourtant traditionnellement au soutien du rejet du concept de responsabilité contractuelle. La notion de faute contractuelle est plus large que celle d'inexécution, car elle permet d'inclure l'hypothèse de la violation d'un devoir intégrant le contenu du contrat. Ainsi, de par son influence sur l'acception de la notion de faute contractuelle, le devoir contractuel plaide directement pour la réception du concept de responsabilité contractuelle. Qu'elle résulte de l'inexécution d'une obligation ou de la violation d'un devoir contractuel, la condition *sine qua non* du prononcé de la responsabilité contractuelle reste la constatation d'une faute contractuelle.

2. *La nécessaire constatation d'une faute contractuelle*

385. Controverses autour de la notion de faute contractuelle. Si la définition de la faute pose, en soi, des difficultés¹, celle de la faute contractuelle est encore davantage discutée. De la définition qui en est donnée, dépend la réception de ce concept ainsi que le régime qui lui est associé. Précisément, il peut être vu que reconnaître la réalité du concept de faute contractuelle permet d'assurer l'unité du régime de responsabilité applicable au contractant, quel que soit le type de faute que celui-ci commet à l'égard de l'autre partie. Il y a une unité de la notion de faute contractuelle (a). Cela admis, c'est alors au niveau de la preuve de la faute contractuelle que des distinctions vont apparaître. En effet, le régime de la preuve de la faute contractuelle va s'avérer distinct selon la portée de la contrainte pesant sur le contractant (b).

a. L'unité de la notion de faute contractuelle

386. Le caractère *a priori* hybride de la notion de faute contractuelle. La compréhension de la notion de faute contractuelle est perturbée par la distinction aujourd'hui opérée entre la faute délictuelle et l'inexécution contractuelle. En effet, il a pu être souligné par un auteur, qu'il y a deux façons différentes de concevoir la notion de faute en matière contractuelle : la première est de l'assimiler à la faute délictuelle, la seconde est de la réduire à l'inexécution d'une obligation contractuelle². Parfois, ces deux conceptions sont

¹ V. *supra*, n° 190 et s. et n° 239.

² V. note STOFFEL-MUNCK (Ph.), *RDC*, 2004, p. 280 et s. sous Cass. civ. III, 3 déc. 2003, *préc.*

alternativement retenues pour décrire la faute contractuelle, mais n'en restent pas moins dissociées¹.

Selon la première de ces conceptions, la faute contractuelle serait un jugement de valeur sur la qualité du comportement du débiteur au regard de certains standards moraux, techniques ou sociaux. Il s'agit de la vision classique de la faute contractuelle. Ainsi selon ESMEIN la faute contractuelle « *est un écart de conduite que le juge apprécie exactement comme il apprécie l'écart de conduite qui constitue la faute délictuelle en comparant la conduite de l'agent à celle d'un homme diligent abstrait* »².

En revanche, la seconde de ces conceptions veut que la faute contractuelle soit ramenée à l'« *inobservation, par le débiteur, d'une obligation née du contrat* »³. La faute contractuelle désigne, en ce cas, toute espèce d'inexécution d'une obligation contractuelle. À suivre cette définition, il apparaît alors clairement que la caractérisation de la faute contractuelle dépend très étroitement de l'identification des obligations découlant du contrat. À retenir une conception étroite du contenu contractuel, réduit aux obligations *stricto sensu*, la faute contractuelle n'est autre que l'inexécution d'une obligation. Or, paradoxalement, une telle définition de la faute contractuelle aboutit directement au rejet même de cette notion. En effet, l'inexécution de l'obligation justifiant à elle seule que le créancier puisse obtenir des dommages-intérêts à titre d'exécution par équivalent, la notion de faute contractuelle serait inutile quant à l'octroi de ces dommages-intérêts qui auraient alors une fonction très spécifique en matière contractuelle. Quant au comportement fautif du contractant, celui-ci devrait justifier l'application de la responsabilité délictuelle, seul véritable mécanisme de responsabilité. Selon cette conception, la faute du contractant, telle que définie traditionnellement, devrait alors relever de la responsabilité délictuelle.

Mais si une telle dissociation de l'exécution de l'obligation contractuelle et du comportement du contractant semble *a priori* tenable à ne prendre en compte que les obligations de payer et à envisager une inexécution simple de l'obligation, elle ne l'est plus à partir du moment où l'on veut bien adopter une vue d'ensemble du droit positif des contrats. En effet, deux phénomènes particulièrement fréquents sont à l'épreuve de cette théorie, à savoir l'existence d'obligations impliquant un comportement exécutoire de la part du contractant, ainsi que l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation aggravée par un dol.

¹ V. not. OPHÈLE (C.), « Les déclinaisons de la faute, Faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA*, n° 6, Juin 2003, p. 21 et s.

² V. ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *art. préc.*, n° 5 ; *adde* n° 29 : « *La faute consiste à n'avoir pas, dans une circonstance précise, et eu égard aux engagements assumés, accompli l'acte ou l'abstention qu'aurait accomplis un bon père de famille tenu des mêmes engagements.* » ; *adde* SAVATIER (R.), *Traité de la Responsabilité civile en droit français, t. I, Les sources de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 4 et s.

³ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Faute contractuelle ».

387. L'appréciation du comportement du contractant en cas de faute ordinaire.

Les obligations contractuelles impliquent un comportement exécutoire de la part du contractant, qu'elles soient de moyens ou de résultat. C'est dire que le respect de la foi contractuelle ne se résume pas à l'exécution de l'obligation, mais comprend également la façon dont est exécutée l'obligation. Lorsqu'il aura à juger de cette exécution, le juge observera si ce que le créancier était légitimement en droit d'attendre du débiteur du fait de la promesse a été accompli et si cela a été correctement accompli.

L'appréciation du comportement apparaît nettement à travers la notion d' « obligation de moyens », qui implique que le juge compare le comportement adopté par le débiteur avec celui qu'aurait eu l'« homme raisonnable », c'est-à-dire « *l'homme soigneux, avisé, diligent* »¹. Dans cette hypothèse la faute ne se réduit pas à l'absence de l'avantage attendu du contrat, et donc à l'inexécution, mais elle résulte de la prise en compte de l'attitude du débiteur dans la production de cet avantage.

Cette observation a d'ailleurs pu mener des auteurs à assimiler purement et simplement l'obligation de moyens au devoir juridique. Par exemple, M. STOFFEL-MUNCK a avancé que « *les obligations de moyens ne sont pas vraiment des obligations au sens technique du terme* »², mais « *tradui[sent] simplement l'exigence d'une certaine qualité de comportement* »³. Pourtant l'assimilation de l'obligation de moyens au devoir peut être discutée. Tant que le comportement attendu a un objet précis et consiste en la fourniture d'une valeur il s'agit d'une obligation juridique, peu importe qu'elle soit de moyens ou de résultat. En effet, d'une part, il a pu être très justement souligné que « *ce n'est pas parce que l'obligation du médecin est de moyens, qu'elle porte de manière exclusive sur un comportement : elle vise au contraire une prestation précise et délimitée* »⁴. L'obligation de soin du médecin est une obligation juridique bien qu'elle ne soit que de moyens précisément en ce qu'elle comprend une prestation, elle est une valeur promise par le médecin au bénéfice du patient⁵. D'autre part, « *le débiteur qui s'oblige à un résultat ne peut pas mettre en œuvre n'importe quel comportement pour y parvenir* », car il « *pourrait être tenu responsable du comportement qu'il a mis en œuvre en vue de fournir le résultat, c'est-à-dire de son comportement exécutoire* »⁶. Ainsi, l'obligation juridique de moyens ne se résume pas à un comportement, et l'exécution de l'obligation de résultat n'est pas dénuée de toute prise en compte du comportement du contractant. D'ailleurs, loin d'exclure l'analyse de la faute du

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 579.

² V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, avr. 2007, p. 587 et s.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 213.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 28 juin 1989, n° 86-19318 ; 18 janv. 2000, *préc.* ; il en va de même concernant l'obligation de soin du vétérinaire : Cass. civ. I, 31 janv. 1989, *préc.*

⁶ V. *Ibid.*, n° 220.

contractant, l'obligation de résultat opère en réalité une présomption de faute, ce qui a un impact sur le terrain de la preuve, mais non sur le concept de responsabilité contractuelle¹.

Finalement, « *aussi suggestive soit-elle, la distinction entre « avantage » et « comportement » ne doit pas laisser supposer que le contrat est réductible à l'un ou l'autre de ces aspects. Promesse d'un avantage et promesse d'un comportement sont deux faces d'une même médaille* »².

De plus, la faute ordinaire, celle qui s'inscrit à défaut du comportement qu'aurait eu l'« homme raisonnable », n'est pas le seul type de faute que le juge peut être amené à sanctionner. Il se peut, qu'au-delà, le contractant commette un dol dans l'exécution du contrat. Or, la réalité de la prise en compte de la faute aggravée du contractant en droit positif est à l'appui direct de la réception du concept de faute contractuelle.

388. L'appréciation du « mauvais comportement » à travers la faute contractuelle aggravée. Le Code civil a abandonné la théorie de l'Ancien droit des trois degrés de faute contractuelle. En vertu de l'article 1137, le seul type de comparaison est le comportement « raisonnable ». Néanmoins « *le code civil distingue incontestablement le dol de la faute non intentionnelle ou faute simple* »³. Le dol est une faute intentionnelle : il « *suppose au moins la connaissance du tort que l'on cause à autrui, ce qui suffit à constituer la mauvaise foi* »⁴. Le dol caractérise, par excellence, le manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Il est davantage que l'inexécution contractuelle. Il est constitutif d'un comportement particulièrement grave du contractant qui traduit un refus de sa part de se conformer à son engagement. En ce qu'il accompagne étroitement l'inexécution d'une obligation, et en ce qu'il exprime une atteinte directe à la foi contractuelle, le dol ne peut être sanctionné indépendamment du cadre dans lequel il s'inscrit⁵.

C'est ainsi que certains auteurs suggèrent de distinguer la faute ordinaire, qui ne serait en réalité qu'une simple inexécution du contrat, impliquant une exécution par équivalent, de la faute aggravée qui justifierait l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle, mais qui serait cantonnée à cette circonstance⁶. Cependant cela revient à nier la réalité de la faute contractuelle ordinaire, qui est pourtant bien présente en droit positif. De plus, une telle proposition conduit à compartimenter le rôle des dommages-intérêts en matière contractuelle.

¹ V. *infra*, n° 390 et s.

² V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 72 ; *adde*, n° 75.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 574.

⁴ V. *Ibid.*, n° 575.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 29 oct. 2014, n° 13-21980, *D.*, 22 janv. 2015, n° 3, p. 188 et s. note MAZEAUD (V.) ; *JCP E.*, n° 4, 22 janv. 2015, p. 40 et s., note DUPONT-LE BAIL (N.).

⁶ V. not. OPHÈLE (C.), « Les déclinaisons de la faute, Faute délictuelle et faute contractuelle », *art. préc.*

Or, comment distinguer entre ce qui relève, d'une part, de l'exécution par équivalent, et, d'autre part, de la réparation du dommage¹ ?

D'autres auteurs réservent à la faute qualifiée le sort de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Cependant, cela revient à dissocier les sanctions applicables au contractant en fonction de son comportement, ce qui se révèle particulièrement inopportun. En effet, il n'est pas réaliste de distinguer le régime de responsabilité applicable selon les types de fautes commises par le contractant. Appliquer les règles de la responsabilité délictuelle pour tout ce qui ne relève pas de la compensation de l'avantage attendu du contrat romprait l'unité de régime des dommages-intérêts et obligerait le créancier à multiplier les actions².

389. Unité de la faute contractuelle, mais dualité de son régime de preuve. Ces différentes propositions, qui sont attachées à une vision du contrat elle-même discutable, aboutissent à une évidente complexité du système défendu, qui ne s'avère d'ailleurs pas représentatif du droit positif. Plutôt que de chercher à tout prix à bouter la faute hors du contrat, et donc de rejeter le concept de responsabilité contractuelle, il paraît plus raisonnable et réaliste de reconnaître l'existence d'une véritable faute contractuelle, dont l'unité notionnelle peut alors être soulignée. Avant tout, en matière contractuelle, le comportement est fautif parce qu'il s'inscrit à défaut de l'engagement pris par le contractant. La faute résulte de la violation de la force obligatoire du contrat, violation qui peut prendre différentes formes. Finalement, ce qui traduit l'unité de la faute contractuelle, c'est que, quel que soit l'élément contractuel bafoué, elle consiste toujours en un comportement contraire à la parole donnée. Ainsi, « la faute [...] apparaît comme l'inexécution d'une obligation légale, celle d'exécuter les engagements assumés par acte juridique (pacta sunt servanda) »³.

En revanche, si elle ne doit pas jouer sur la nature de la faute, la portée de la contrainte imposée par le contrat peut avoir un impact sur le terrain de sa preuve.

¹ V. SAVAUX (É.), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *art. préc.*, spéc. n° 41 : « La responsabilité contractuelle qui prend en charge l'ensemble des préjudices réalise une simplification opportune en réglant en même temps (et sans distinguer nettement, il est vrai), le problème de l'exécution et celui de la réparation des dommages causés par le fait de l'inexécution. Ce second objet confère à la responsabilité contractuelle un rôle de restauration d'une situation manquée, identique à celui de la responsabilité délictuelle, dont il paraît difficile de se passer. ».

² V. VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 166-10.

³ V. ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *art. préc.*, n° 29.

- b. Un régime de preuve de la faute distinct selon la portée de la contrainte pesant sur le contractant

390. L'influence de la portée de la contrainte sur la preuve de la faute contractuelle. Il vient d'être vu que, quelle que soit leur portée, les obligations contractuelles impliquent un comportement exécutoire du contractant que le juge aura à prendre en compte pour apprécier la faute contractuelle. Cependant, le régime de la preuve de cette faute pourra varier selon la portée de la contrainte imposée au contractant, et plus précisément, selon que cette contrainte est de moyens ou de résultat. La distinction traditionnelle entre les obligations de moyens et de résultat, qui fut proposée par DEMOGUE, afin d'expliquer le régime de la preuve de la faute contractuelle¹ conserve toute sa valeur explicative en droit positif, et ne doit d'ailleurs pas être cantonnée aux obligations contractuelles.

391. L'intérêt de la distinction entre les contraintes de moyens et de résultat. Afin de mettre en harmonie les articles 1137 et 1147 du Code civil, qui semblaient à première vue contradictoires², DEMOGUE a démontré que l'objet de l'obligation peut se décliner selon ce que le débiteur a promis, ou ce que le créancier peut raisonnablement attendre de l'exécution.

Si l'obligation est de résultat, le débiteur y étant ainsi tenu, le créancier n'aura plus qu'à prouver l'inexécution et le débiteur ne pourra se délier que s'il prouve l'existence d'un cas de force majeure³. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation de livraison d'une chose qui doit aboutir à ce résultat qu'est la transmission de la chose entre les mains du créancier. Par ailleurs, toute obligation de donner est une obligation de résultat, de même que l'obligation de ne pas faire, qui « *consiste dans l'interdiction d'un fait précis* »⁴.

En revanche, si l'obligation est de moyens, cela implique que le débiteur ne s'est engagé qu'à faire « son possible », à « faire de son mieux », pour atteindre le résultat. Celui-ci n'est donc pas garanti. Ainsi, le créancier devra rapporter la preuve que le débiteur n'a pas adopté le comportement adéquat pour y parvenir⁵. Les obligations de moyens impliquent de

¹ V. DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 1237.

² L'art. 1137 impose au créancier de prouver que le débiteur n'a pas apporté « *tous les soins raisonnables* » à la chose, tandis que l'article 1147 met seulement à la charge du créancier lésé la preuve de l'inexécution. Le débiteur devant quant à lui prouver que cette inexécution est due à un cas de force majeure.

³ C'est l'application de la règle de l'art. 1147 C. civ. La distinction a pu être poussée encore plus loin en découvrant des obligations de résultat aggravées (par exemple, le débiteur ne peut échapper à sa responsabilité que s'il prouve certains cas de force majeure) ou, au contraire, allégées (le débiteur peut échapper à sa responsabilité en prouvant qu'il s'est comporté suivant le modèle de l'« homme raisonnable »). V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 534 et s.

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 588.

⁵ C'est l'application de la règle de l'art. 1137 C. civ. Cette distinction est, elle aussi, approfondie par le recours à deux sous-catégories : l'obligation de moyens allégée et l'obligation de moyens renforcée. La première nécessite

déterminer ce en quoi consiste exactement l'action attendue du débiteur. Il ne peut donc s'agir que d'obligations de faire¹. L'exemple type, qui en a déjà été donné, est celui de l'obligation de soin du médecin². Ce dernier a à sa charge une véritable prestation de soin, mais il ne garantit en aucun cas la guérison du patient, sa prestation n'a pas pour résultat la guérison³.

Intéressante sur le plan de la preuve de la faute, cette distinction quant à la portée de la contrainte ne doit pas être cantonnée à l'analyse des obligations. En effet, elle peut également s'appliquer aux devoirs dont il a été vu qu'ils ne se réduisent pas, en matière contractuelle, à des commandements de ne pas faire⁴.

D'ailleurs, la distinction de DEMOGUE a trouvé un domaine de développement majeur concernant l'« obligation de sécurité », qu'il convient de qualifier plus exactement de devoir contractuel⁵. Précisément, l'exemple type de l'exigence de sécurité montre qu'un même devoir peut être, selon les cas, de moyens ou de résultat. En effet, la contrainte catégorique et permanente pesant sur le contractant peut avoir une portée plus ou moins forte, notamment en raison de l'objet du contrat. Tout comme pour les obligations, cette classification a une portée quant au régime de la preuve à apporter.

Ainsi, pour le devoir et l'obligation de moyens, le contractant s'estimant victime d'un manquement contractuel devra prouver que l'autre partie n'a pas apporté tous les soins de l'homme normalement raisonnable dans l'observation de la contrainte. En revanche, pour le devoir et l'obligation de résultat, le simple constat que ce résultat n'est pas atteint suffit à prouver la faute du contractant.

Il est alors possible d'analyser cette distinction classique à travers l'exemple spécifique du devoir contractuel de sécurité.

392. L'application de la distinction au devoir contractuel de sécurité. Le mécanisme contractuel est à même de justifier que le devoir de sécurité puisse avoir une portée différente selon la relation considérée. Le devoir de sécurité peut être de moyens ou de résultat en fonction, à la fois de la nature du contrat et des prévisions des parties.

la preuve de la faute lourde du débiteur pour que sa responsabilité soit engagée, tandis que la seconde implique qu'une faute légère suffisse à entraîner sa responsabilité. V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 533 et s.

¹ V. *Ibid*, n° 589. L'identification des obligations de moyens n'est pas aisée et a donné lieu à une jurisprudence extrêmement abondante, et fluctuante. Si des auteurs ont tenté d'expliquer rationnellement les choix effectués en recourant à différents critères, tels que celui de l'aléa dans l'exécution de la prestation, du rôle joué par le créancier, ou encore de la gratuité ou de la rémunération de la prestation effectuée (sur ces différents critères, V. not. PICOD (Y.), « Obligations », art. préc., n° 48 et s. ; *adde* VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 539 et s.), les solutions rendues imposent plutôt le constat d'une intervention empirique des magistrats en la matière (sur ce constat, V. not. PICOD (Y.), « Obligations », art. préc., n° 51 et s.).

² V. *supra*, n° 389.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 577.

⁴ V. *supra*, n° 202 et s.

⁵ V. *supra*, n° 118 et s.

Si à l'origine la jurisprudence a eu tendance à faire majoritairement application du devoir de sécurité de résultat dans l'objectif de faciliter l'indemnisation de la victime du dommage corporel, elle tend de plus en plus à renverser cette tendance et à lui préférer un devoir de sécurité de moyens¹. Or, une contrainte de sécurité de moyens dans le cadre contractuel est souvent critiquée en ce qu'elle place les victimes dans une situation désavantageuse par rapport aux tiers qui bénéficient des règles de preuve de la responsabilité délictuelle. Il est alors généralement souhaité qu'une contrainte de cette portée soit cantonnée à un domaine spécifique². Et précisément, un tel cantonnement est possible en se référant à l'acceptation des risques par le contractant³. En effet, il a pu être très justement remarqué que ce critère « *a l'avantage de se référer à la volonté probable des parties* », tout en n'étant « *pas étranger à toute considération d'équité dans la mesure où il prend en compte l'attente légitime du créancier* »⁴. En vertu de ce critère, le devoir de sécurité contractuel devrait revêtir une moindre portée lorsque l'objet du contrat implique un certain danger pour le créancier qui accepte les risques liés à l'exécution. En revanche, lorsque l'exécution de la prestation principale, et plus largement l'objet du contrat, ne comporte, *a priori*, pas de risque évident pour la sécurité du créancier, il apparaît que celui-ci a une attente légitime de sécurité plus forte vis-à-vis de son cocontractant : que ce soit exprès ou implicite, il attend que le contrat ne perturbe en rien son intégrité physique.

Sur cette base, il semble intéressant de distinguer entre les contrats dont l'objet est intrinsèquement dangereux (par exemple, un contrat de prestation portant sur une activité sportive : équitation, parapente, ski nautique, etc.) et ceux dont l'objet n'est pas à proprement parler dangereux mais qui peuvent tout de même être l'occasion d'une atteinte à la sécurité corporelle du contractant (par exemple, un contrat de transport, de bail, de vente, etc.). Dans l'hypothèse où l'objet de la prestation est intrinsèquement dangereux, le devoir de sécurité qui pèse sur le prestataire serait diminué du fait de l'acceptation des risques par le créancier. Le danger étant intégré à l'accord de volontés, la sécurité serait une contrainte de moyens, dont la sanction nécessiterait la preuve d'un mauvais comportement du débiteur ayant spécifiquement conduit au dommage corporel du créancier⁵. Ainsi en va-t-il par exemple en matière de pratique d'un sport de haut niveau⁶. En revanche, dans l'hypothèse où la prestation principale,

¹ V. VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 551 et s.

² V. *Ibid.*, n° 554.

³ V. BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, op. cit., n° 164 : ce critère correspond à l'« *idée que la personne qui se place volontairement dans une situation dangereuse accepte, de ce fait, d'en subir les conséquences dommageables normales* ».

⁴ V. *Ibid.*, n° 542.

⁵ V. not. la jurisprudence citée in LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.), « Contrats et obligations, Classification des obligations, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat et l'obligation de sécurité », *Jcl. civ.*, Art. 1136 à 1145, fasc. 30, LexisNexis, juin 2015, n° 70 et s.

⁶ V. MOULY (J.), « La responsabilité des organisateurs d'activités sportives : obligation particulière de prudence ou obligation implicite de résultat ? », *D.*, 2000, n° 13, jur., p. 287.

ou la nature de la chose objet du contrat, n'est pas intrinsèquement dangereuse mais peut avoir un impact sur la sécurité du créancier, celle-ci doit lui être garantie¹. En effet, le comportement s'insère dans le cadre d'une relation contractuelle dans laquelle le créancier s'est engagé en n'ayant aucune crainte spécifique quant à sa sécurité. C'est dire, en réalité, que le créancier attend du débiteur qu'il ne porte pas atteinte à son intégrité physique. Ainsi, la seule preuve que le contractant ait subi un dommage corporel, et donc que sa sécurité n'ait pas été assurée, doit suffire à caractériser un manquement à la contrainte de sécurité.

Cette distinction ne doit pas être confondue avec celle opérée entre le rôle passif ou actif de la victime, ainsi qu'avec le critère de l'aléa. En effet, dans une activité à risque la victime peut rester passive. Par exemple la victime peut ne pas être aux commandes du parapente biplace, mais « *le vol en parapente reste un sport particulièrement dangereux* »². Quant au critère de l'aléa, si sa similitude avec le jeu de l'acceptation des risques a pu être dénoncée en doctrine³, il convient tout de même de la nuancer. En effet, un risque lié à l'objet de la prestation principale peut ne pas avoir été accepté par le créancier : l'accord de volonté peut avoir un impact sur un aléa pesant naturellement sur une activité. Ainsi, ce n'est pas tant l'aléa, c'est-à-dire le risque en lui-même, qu'il convient de prendre en compte, mais la réalité de son acceptation ou non par le contractant. C'est l'aléa subjectif qui est pris en compte, c'est à dire l'aléa accepté⁴.

393. Le devoir contractuel au cœur des questions relatives aux conditions de la responsabilité contractuelle. Au cœur de la question de l'existence de la notion de faute contractuelle, le devoir contractuel est également au centre des polémiques doctrinales qui touchent à la condition du dommage contractuel. Or, il peut être à présent observé que la notion de devoir contractuel permet tout aussi bien de comprendre les évolutions de droit positif concernant la notion de dommage contractuel, que celles concernant la faute contractuelle. En effet, loin de plaider pour le rejet de cette condition essentielle à toute idée de responsabilité, le devoir manifeste clairement, en matière contractuelle, le fait que les dommages-intérêts versés ont une fonction réparatrice du dommage causé et ne se limitent pas à une exécution par équivalent de l'avantage attendu.

¹ Ainsi, la jurisprudence reconnaît un devoir de sécurité de résultat à la charge du transporteur de personnes : V. not. Cass. civ. I, 26 juin 1990, *préc.* ; 21 oct. 1997, n° 95-19136, Bull. civ. I, n° 288 ; 3 juill. 2002, *préc.* ; 13 mars 2008, *préc.* ; Cass. mixte, 28 nov. 2008, *préc.* Elle reconnaît également un devoir de sécurité de résultat à la charge du médecin qui fournit à son client un appareil, tel qu'une prothèse, quant à l'absence de vice de cette chose : V. Cass. civ. I, 15 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 319 ; 16 juin 1990, Bull. civ. I, n° 162 ; 22 nov. 1994, Bull. civ. I, n° 340.

² V. MOULY (J.), « La responsabilité des organisateurs d'activités sportives : obligation particulière de prudence ou obligation implicite de résultat ? », *art. préc.*

³ V. LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 3265, p. 1100.

⁴ V. MOULY (J.), « La responsabilité des organisateurs d'activités sportives : obligation particulière de prudence ou obligation implicite de résultat ? », *art. préc.*

B- Le devoir contractuel à l'appui du concept de dommage contractuel

394. Le constat de l'exigence de la caractérisation d'un dommage contractuel en droit positif. Certes, l'article 1147 du Code civil n'exige pas formellement la preuve d'un dommage pour que le créancier ait droit à des dommages-intérêts, mais divers textes font apparaître que cette exigence est bien de droit positif, et donc que les dommages-intérêts n'ont pas une fonction exclusive d'exécution en droit contractuel. En effet, un tel rôle est clairement démenti par l'article 1184, alinéa 2 du Code civil, qui prévoit expressément qu'en cas d'inexécution de l'engagement, le créancier a le choix entre l'exécution forcée ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts¹. Et nombre d'articles relatifs aux contrats spéciaux lient les dommages-intérêts à la réparation d'un dommage². Il a d'ailleurs pu être souligné en doctrine que POTHIER, père du Code civil, n'a jamais envisagé les dommages-intérêts comme une « exécution par équivalent » du contrat³. Ainsi, après quelques hésitations⁴, la nécessité de l'apport de la preuve d'un dommage par le créancier a pu être rappelée par la Cour de cassation⁵. Clairement, en droit positif, « *l'inexécution d'une obligation contractuelle ne suffit pas à fonder l'octroi d'une réparation* »⁶. Il faut au surplus que soit prouvé un dommage, qu'il soit certain, direct, et indemnisable. En vertu de l'article 1149 du Code civil, les dommages-intérêts doivent correspondre au dommage subi dans toutes ses composantes, c'est-à-dire comprendre la perte éprouvée et le gain manqué⁷. C'est le principe de réparation intégrale du dommage.

Cependant, se posent deux problèmes de taille concernant la réparation du dommage contractuel, auxquels n'est pas étrangère la notion de devoir contractuel puisqu'elle influence leur traitement. Il s'agit, d'une part, de la question de la détermination du dommage réparable, c'est-à-dire, de savoir quel dommage peut être réparé sur le fondement de la responsabilité

¹ V. art. 1184, al. 2 C. civ. ; *adde* VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », in *Ét. J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 921 et s., spéc. n° 7 ; DURRY (G.), « Les déclinaisons de la faute, rapport de synthèse », *RCA*, n° 6, juin 2003, p. 22 et s. : « lorsque le créancier insatisfait agit contre le débiteur, c'est bien sa responsabilité qu'il entend voir engager. Comment expliquer autrement que, même lorsqu'il demande, et obtient, l'exécution en nature, ou lorsqu'il demande, et obtient, la résolution, il se voie, en outre, presque toujours allouer des dommages-intérêts ? ».

² V. not. art. 1611 (vente), 1721, al. 2 (bail), 1947 (dépôt), 2000 (mandat) C. civ. Plus largement sur la référence à la responsabilité dans des textes de contrats spéciaux : V. not. art. 1732 et 1733 (bail), 1991, 1992, 1994 (mandat), 2080 (gage), 1739 (bail), 1891 (prêt à usage), 1954 (aubergistes et hôteliers), 1898 (prêt de consommation), 1992, al. 2 (mandat) C. civ. ; *adde* VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *art. préc.*, spéc. n° 7 : « dès 1804, l'assimilation de l'inexécution du contrat à un cas de « responsabilité » était déjà dans l'air ».

³ V. VINEY (G.), « La responsabilité contractuelle en question », *art. préc.*, spéc. n° 6.

⁴ V. not. Cass. civ. III, 30 janv. 2002, *préc.* ; Cass. soc., 4 déc. 2002, *préc.*

⁵ V. Cass. civ. III, 3 déc. 2003, *préc.* : « Des dommages et intérêts ne peuvent être alloués à raison de l'inexécution de l'obligation que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle ».

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 561.

⁷ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 381-132 et s.

contractuelle (1) et, d'autre part, des répercussions du comportement adopté par le contractant fautif sur le versement de l'indemnité contractuelle (2).

1. *L'influence du devoir sur la détermination du dommage réparable*

395. Devoir contractuel et réparation du dommage moral. Il a pu être remarqué en doctrine que le concept de responsabilité contractuelle est actuellement menacé à travers le phénomène de consécration des droits subjectifs en droit des contrats¹. En effet, « *la consécration d'un droit subjectif tendrait à supplanter la protection des intérêts fondée sur les principes de la responsabilité, particulièrement par la suppression de l'exigence d'un préjudice* »². Par exemple, par un arrêt du 25 février 2004, les juges de la troisième chambre civile de la Cour de cassation ont pu décider, au visa de l'article 9 du Code civil, que l'« *atteinte au respect de la vie privée [du locataire] ouvre droit à réparation* »³. En vertu d'une telle jurisprudence il ne serait plus nécessaire que le contractant prouve l'existence d'une faute et d'un dommage car il lui suffirait de démontrer une atteinte à l'un de ses droits fondamentaux pour qu'il obtienne réparation. Une telle conception revient alors à l'abandon de toute idée de responsabilité : de par sa valeur intrinsèque, le droit subjectif devrait être protégé en lui-même.

Pourtant, une telle analyse n'est pas tenable car la seule prise en compte des droits subjectifs ne traduit pas la réalité des rapports sociaux, qu'ils s'inscrivent ou non dans le cadre contractuel. En effet, il a été vu qu'il existe toujours, face aux droits subjectifs des devoirs concomitants⁴. Le droit subjectif de chaque individu se traduit en un devoir de respect de ce droit pour l'ensemble des autres sujets. Et de par la référence faite au droit subjectif du contractant, la jurisprudence précitée ne méconnaît pas pour autant cette réalité, puisque ce qu'elle fustige c'est « l'atteinte au respect » de ce droit, donc le manquement au devoir de le respecter. Et, en raison du manquement au devoir, le contractant a causé une atteinte à la vie privée de son partenaire. Mais qu'est-ce que l'atteinte à la vie privée sinon un dommage moral subi par l'individu ? Dans ce cas, l'atteinte au respect de la vie privée est, en elle-même, un dommage, et plus spécifiquement, un dommage moral. D'ailleurs, si la jurisprudence était initialement réticente à admettre la réparation des atteintes aux intérêts immatériels du créancier en matière contractuelle⁵, une évolution s'est opérée sur ce point dans un sens

¹ V. SAVAUX (É.) et SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mél. Aubert*, D., 2004, p. 271 et s., spéc. n° 18 et s.

² V. *Ibid.*, n° 5.

³ V. Cass. civ. III, 25 févr. 2004, D., 2004, somm. 1631, obs. CARON (Ch.) ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 102, obs. VIAL-PEDROLETTI (B.) ; *Lamy dr. civ.*, 2004, 344, obs. LEBORGNE (A.).

⁴ V. *supra*, n° 83 et s.

⁵ V. par ex. CA Paris, 27 mars 1873, DP, 1874, 2, 129, S. 1874, 1, 477.

libéral¹. De plus, aucune distinction n'est faite dans les textes. Il apparaît alors que la notion de devoir est liée à la question de la prise en compte du dommage moral, et plus précisément, la reconnaissance de l'existence de devoirs contractuels permet la réception de l'idée selon laquelle le contractant peut souffrir, en raison de l'exécution du contrat, d'un dommage, non pas patrimonial, mais de nature morale.

Ainsi, *a priori* éloignée des conditions de la responsabilité, la solution sus évoquée ne s'en détache pas car, derrière les termes employés, en apparaissent les conditions *sine qua non*. En cas de lésion d'un droit subjectif, la faute consiste en la violation du devoir de le respecter. Quant au dommage, celui-ci correspond à l'atteinte portée à la valeur intrinsèque du droit bafoué. Il s'agit d'un dommage moral. Enfin, le lien de causalité s'explique par la correspondance entre le comportement contraire au devoir et l'atteinte subie.

Finalement, ce que traduit cette jurisprudence c'est le phénomène d'intégration d'un devoir général dans le cadre contractuel². Le problème sous-jacent est donc celui de la conception retenue du contenu contractuel. Et il a été vu que les devoirs généraux intégrés au contrat sont souvent analysés comme venant perturber le concept même de contrat³. La question de la nature contractuelle du dommage moral du contractant rejoint alors la problématique de la détermination du contenu contractuel, déjà évoquée⁴.

Par ailleurs, un autre type de dommage est souvent critiqué en ce qu'il serait révélateur de l'aliénation du contrat par un devoir général et extra-contractuel : il s'agit du dommage corporel⁵.

396. Devoir contractuel et réparation du dommage corporel. Une controverse importante existe sur l'appartenance du dommage corporel au domaine contractuel.

Des auteurs proposent un regroupement des dommages et de leur régime en fonction de leur nature, ou plus exactement, un isolement du dommage corporel des autres, matériels et patrimoniaux. En effet, ils rejettent l'idée que les dommages-intérêts contractuels puissent avoir une fonction réparatrice d'un dommage. Or, le dommage corporel étant symptomatique de la dimension réparatrice des dommages-intérêts, il ne pourrait relever, par essence, du contrat qui est un outil d'échange. Seuls pourraient être indemnisés, sur la base du contrat, les dommages économiques résultant de son inexécution. Selon ces auteurs, « *le dommage corporel n'est jamais contractuel, même s'il naît de l'inexécution d'un contrat, car*

¹ V. spécialement en matière de transports : Cass. civ. I, 3 juin 1998, Bull. civ. I, n° 199, *JCP G*, 1999, II, 10010, note RZEPECKI (N.) (réparation du préjudice né de la perte d'objets de valeur).

² Pour cette réflexion étendue aux devoirs de sécurité et de bonne foi : V. SAVAUX (É.) et SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *art. préc.*, spéc. n° 20 et 21.

³ V. *supra*, n° 15 et n° 374.

⁴ V. *supra*, n° 373 et s.

⁵ V. not. LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats, D. action, op. cit.*, n° 808, p. 424 ; adde MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 938 ; ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution, thèse préc.*, n° 228.

*l'obligation de veiller à la sécurité d'autrui est générale : elle ne résulte pas du contrat »*¹. La cause du dommage corporel, à savoir le manquement au devoir de sécurité, impliquerait qu'il ne puisse être rattaché au contrat. Le rejet du dommage corporel hors du cadre contractuel part donc du postulat selon lequel la responsabilité contractuelle serait cantonnée à l'objet de fournir en équivalent la prestation promise.

En revanche, à bien vouloir admettre que la responsabilité contractuelle a deux objets, à savoir, en plus de celui évoqué, celui de réparer les dommages causés par l'inexécution du contrat², il ne paraît pas adéquat d'exclure l'application de la responsabilité contractuelle en cas de dommage corporel lié à l'exécution du contrat. Reconnaître le caractère contractuel du devoir de sécurité intégré à l'acte en raison de sa nature, implique justement d'accepter que l'inexécution du contrat ne se réduit pas au préjudice économique lié à l'absence de l'avantage attendu. Elle comprend, plus largement, l'ensemble des dommages liés à la violation de la parole donnée, de la force obligatoire du contrat. Or, parmi ces dommages, peut parfois être compté un dommage corporel du créancier. Outre qu'elle ne fournit pas l'avantage économique attendu par le créancier, l'inexécution de la prestation peut avoir placé ce dernier face à un danger et l'avoir atteint dans son intégrité physique. Et précisément, comme RODIÈRE avait déjà très justement pu le souligner en son temps, faire entrer l'obligation de sécurité dans l'orbite de la responsabilité contractuelle *« présente l'avantage pratique de soumettre à un même régime les diverses violations aux devoirs des parties ; il serait certainement inexpédient de scinder les effets du contrat et de soumettre à des prescriptions disparates ou à des compétences différentes la contravention à l'obligation de sécurité et la contravention à l'horaire promis au voyageur »*³. L'auteur ajoutait fort pertinemment que *« la jurisprudence est nécessairement en ce sens. Elle y est même a priori, car pourquoi a-t-elle créé ou découvert d'inéluctables obligations de sécurité sinon pour les soumettre au régime de la responsabilité contractuelle ? »*⁴.

397. Devoir contractuel et réparation du dommage prévisible. L'obligation de réparation ne saurait être assimilée à l'obligation initiale car elle peut aller au-delà en termes de valeur. Elle peut comprendre, par exemple, les pertes de jouissance et d'exploitation consécutives à l'inexécution⁵. Elle peut comprendre le dommage corporel subi par le contractant, ou encore son dommage moral. Ainsi, si le principe, en matière contractuelle, est

¹ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 938.

² V. HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse préc.

³ V. RODIÈRE (R.), « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité. Première partie- La réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *JCP G*, 1950, I, n° 861, n° 25.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 166-8 : « Pour toutes les conséquences des défaillances contractuelles qui atteignent soit des biens autres que celui qui fait l'objet du contrat, soit des intérêts économiques ou moraux distincts de la perte pure et simple de la prestation promise, l'identification de la réparation à une forme d'exécution n'a aucun sens. » ; adde PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gauthier, LGDJ, 2007.

celui de l'exclusion du dommage imprévisible en vertu de l'article 1150 du Code civil, la notion de prévisibilité doit être entendue, non pas au sens étroit du montant de la contrepartie attendue au contrat, mais de manière plus souple comme « *un standard juridique* »¹ qui « *permet au juge de fixer équitablement la fraction du dommage effectivement causé par l'inexécution de l'obligation que devra supporter le débiteur défaillant* »². Le dommage prévisible c'est l'ensemble des conséquences pouvant découler directement de l'inexécution du contrat et que le débiteur était *a priori* en mesure d'appréhender³. L'objectif d'équilibre recherché à travers la théorie de l'exécution par équivalent par certains auteurs est en réalité le propre de la responsabilité civile. En effet, celle-ci opère un rééquilibrage des situations entre auteur et victime, qu'ils soient ou non unis par un lien contractuel. Le comportement du contractant, et notamment le manquement à son devoir de bonne foi, n'est ainsi pas sans conséquences sur la réparation du dommage causé par son fait.

2. *L'influence de la prise en compte du comportement du contractant sur l'indemnité contractuelle*

398. L'influence de la gravité de la faute sur l'évaluation du dommage réparable. En principe « *la gravité de la faute commise par le débiteur doit être sans influence* » sur l'évaluation des dommages-intérêts contractuels⁴. Mais il a pu être remarqué en doctrine que cette affirmation « *n'est [...] pas tout à fait exacte* »⁵, car en droit positif le comportement du débiteur, « *se présente comme un facteur aggravant* »⁶. En effet, « *si la faute est qualifiée de dolosive ou lourde, c'est son entier dommage en liaison directe et immédiate avec l'inexécution que la victime verra réparé (C. civ. art. 1151). De plus, la mauvaise foi du débiteur d'une somme d'argent, si elle cause un préjudice indépendant du retard dans l'exécution, permet d'obtenir davantage que les intérêts moratoires dont la victime aurait dû, sans cela, se contenter (C. civ., art. 1153, al. 4)* »⁷. Ainsi, il apparaît clairement que la mauvaise foi, c'est-à-dire la faute intentionnelle ou dolosive du débiteur, a

¹ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 98 : « L'article 1150 du Code civil permet au juge de fixer équitablement la fraction du dommage effectivement causé par l'inexécution de l'obligation que devra supporter le débiteur défaillant. Instrument de mesure en termes de normalité, la prévisibilité au sens de ce texte est un standard juridique grâce auquel les juges bâtissent une politique jurisprudentielle, mais dont l'utilité première réside dans la souplesse inhérente à la notion. ».

² V. *Ibid.*

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 563 : « Le débiteur doit pouvoir évaluer le risque qu'il court du chef du contrat ».

⁴ V. *Ibid.*, n° 598.

⁵ V. FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 796.

⁶ V. *Ibid.* ; adde VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939, n° 83 et s. ; PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse préc., p. 45 et s. ; BÉNABENT (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », art. préc.

⁷ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 381-75.

un impact direct sur l'évaluation des dommages-intérêts en droit positif¹. De plus, la gravité du comportement adopté par le débiteur a un enjeu quant à l'application des clauses de responsabilité éventuellement prévues². Et « *au surplus, ces fautes ne peuvent pas être couvertes par une assurance de responsabilité (C. assur., art. L. 113-1)* »³.

Selon certains, le dol changerait alors la nature de la responsabilité et en ferait une responsabilité délictuelle⁴. Cependant, une telle conception « *est contraire au principe du non-cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. En outre, à suivre cette analyse, on ne voit pas pourquoi, en cas de faute non dolosive, ne subsisterait pas également la responsabilité délictuelle, l'article 1383 retenant le quasi-délit d'imprudence* »⁵. D'ailleurs, la jurisprudence ne va pas en ce sens et considère qu'il s'agit tout de même d'une responsabilité contractuelle⁶. Ainsi, l'analyse la plus juste au regard du droit positif réside dans la reconnaissance du fait que « *les dommages-intérêts contractuels doivent bien conserver un double rôle : compenser la perte de l'avantage attendu du contrat (ou rendre ce que le créancier a payé en vain pour l'avoir), d'une part, réparer le préjudice causé par l'inexécution, d'autre part* »⁷. Et cette distinction des rôles attribués aux dommages-intérêts en matière contractuelle, si elle n'emporte pas de véritable conséquence sur le plan civil, trouve un enjeu intéressant sur le plan fiscal.

399. L'enjeu fiscal de la prise en compte de la cause de l'indemnité contractuelle. La prise en compte de la cause de l'indemnisation du contractant présente un enjeu fiscal intéressant, et plus précisément en ce qui concerne le calcul de la TVA.

En effet, en vertu des articles 256-I et 256 A du CGI, et depuis une instruction du 27 mars 2002, il est clairement reconnu par l'administration fiscale que « *désormais, pour être imposées à la TVA, les indemnités doivent correspondre à des sommes qui constituent la contrepartie d'une prestation de services individualisée rendue à celui qui la verse* »⁸. Les indemnités liées à l'exécution d'une prestation de service ou d'une livraison de bien peuvent

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 565 : « *Le dommage causé intentionnellement par le débiteur doit être réparé par lui en totalité, quand même il n'en aurait pas prévu l'étendue au jour où il contractait. C'est la sanction de sa mauvaise foi.* ».

² V. *infra*, n° 402 et s.

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 381-78.

⁴ V. not. JOSSERAND, in RADÉ (C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », n° 30 ; adde FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 150.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 565 ; adde MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 108 et s.

⁶ V. jurisprudence citée in RADÉ (C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », *art. préc.*, n° 30.

⁷ V. SAVAUX (É.) et SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *art. préc.*, spéc. n° 17.

⁸ V. Inst. 3 B-1-02.

être imposées au titre de la TVA¹, dès lors qu'elles représentent la contrepartie d'un service individualisé en rapport avec le prix payé². Il s'agit donc de caractériser « *une prestation individualisable accomplie au profit de la personne assurant le versement et une relation d'équivalence entre l'avantage retiré par le bénéficiaire et la contrepartie versée au prestataire* »³. Ainsi, un tel critère « *implique de déterminer la qualification juridique de [l'] indemnité* »⁴, ce qui revient à en rechercher la cause⁵. Or, pour cela, il peut être fait appel aux constructions théoriques du droit privé⁶.

La question de la soumission des indemnités contractuelles à la TVA est alors à relier au débat relatif au concept de responsabilité contractuelle. À retenir une analyse exclusivement indemnitare des dommages-intérêts contractuels, on en viendrait à écarter cette somme de la TVA et à encourager indirectement l'inexécution du contrat puisque la contrepartie versée sous forme de dommages-intérêts n'aurait aucun lien direct avec la prestation à exécuter. Pour autant, il a été vu que le préjudice réparé ne correspond pas toujours, en tout et pour tout, à la valeur de la prestation inexécutée, mais peut comprendre d'autres éléments.

C'est ainsi qu'il a pu être proposé de distinguer parmi les fonctions des dommages-intérêts contractuels, c'est-à-dire entre l'indemnité due à titre de réparation d'un dommage et l'indemnité due en compensation de l'avantage attendu par le créancier et non obtenu du débiteur, pour déterminer si la somme est, ou non, soumise à la TVA. En effet, « *lorsque les dommages et intérêts compensent les avantages qui étaient escomptés du contrat ayant fait l'objet d'une exécution défectueuse ou d'un défaut d'exécution, le versement, en ce qu'il permet une exécution par équivalent de la prestation promise, a la nature d'un substitut de prix. [...] [En cela] les dommages et intérêts doivent obéir au regard de la TVA au même régime que celui auquel aurait donné lieu l'exécution normale du contrat* »⁷. En revanche, « *lorsque les dommages et intérêts compensent les conséquences préjudiciables de l'inexécution du contrat [...] leur versement ne s'inscrit plus dans le cadre des prévisions contractuelles. Présentant pour cette raison un caractère indemnitare exclusif de celui de paiement, ils ne sauraient présenter un lien direct avec un service rendu par la partie versante à la partie bénéficiaire et se trouvent en conséquence exclus du champ de la TVA* »⁸.

La distinction entre l'obligation contractuelle et le devoir contractuel apparaît importante au stade du régime fiscal de l'indemnité contractuelle. En tant que valeur au cœur

¹ V. DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), « Indemnités dues à raison d'un contrat et TVA », éd. Francis Lefebvre, *bull. fisc.*, 8-9/02, spéc. n° 1.

² V. *Ibid.*, n° 2.

³ V. *Ibid.*, n° 2.

⁴ V. *Ibid.*, n° 3.

⁵ V. *Ibid.*, n° 5.

⁶ V. *Ibid.*, n° 7 et s.

⁷ V. *Ibid.*, n° 18.

⁸ V. *Ibid.*, n° 18.

de l'échange patrimonial formant l'objet du contrat, l'obligation contractuelle donne lieu, en cas d'inexécution, à une indemnité soumise à la TVA. En revanche, en tant que norme comportementale, le devoir ne se chiffre pas, et l'indemnité liée au préjudice causé par le manquement à cette contrainte est étrangère à l'idée d'un substitut de prix, ce qui justifie que cette somme ne soit pas imposée au titre de la TVA.

400. La mise en lumière de l'autonomie de la responsabilité contractuelle à travers la notion de devoir contractuel. Tout en étant à l'appui du concept de responsabilité contractuelle, c'est-à-dire en permettant de justifier la réalité de la notion en droit positif, le devoir contractuel explique certaines spécificités attachées à ce régime de responsabilité.

Reconnaître un contenu contractuel plus vaste que son contenu obligationnel, accepter que le juge prenne en compte le comportement exécutoire du contractant au stade de l'exécution de l'acte, convenir que les contraintes comportementales pesant sur le contractant ont pour finalité directe d'assurer la correcte exécution du contrat, sont des données qui impliquent d'accorder un sens plus large aux notions de faute et de préjudice contractuels que celui qui leur est souvent attribué. Le manquement contractuel s'inscrit au-delà de la seule inexécution d'une obligation et le dommage contractuel ne se réduit pas à la seule perte de l'avantage attendu du contrat. C'est ce manquement, dans son sens large, qui doit entraîner l'application, lorsque les autres conditions sont réunies, de la responsabilité contractuelle.

Mais, en ce qu'il semble rapprocher les régimes de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, le devoir contractuel est souvent vu comme une source de confusion en la matière. Le devoir contractuel serait la preuve même de l'absence d'autonomie de la responsabilité contractuelle vis-à-vis de la délictuelle, et empêcherait de distinguer les domaines de chacun de ces régimes. Pourtant, il peut être démontré qu'en ce qu'il s'insère dans le cadre d'un contrat, le devoir contractuel permet justement de montrer les spécificités du régime de la responsabilité contractuelle. Le devoir contractuel est certes, la plupart du temps, la traduction d'un devoir d'ordre général qui s'insère dans l'ordre contractuel, mais en ce qu'il régit spécifiquement le comportement des contractants, il peut se voir soumis à leurs prévisions. En ce qu'il est contractuel, le devoir est alors déterminé par les règles que l'acte implique. Il convient ainsi de voir en quoi, loin de perturber l'autonomie de la responsabilité contractuelle vis-à-vis de la responsabilité délictuelle, le devoir contractuel traduit au contraire l'influence du contrat sur la sanction qui est attachée à son manquement.

§2- L'absence de remise en cause de l'autonomie de la responsabilité contractuelle par le devoir contractuel

401. L'interaction des données subjectives et objectives explicative de la particularité de la responsabilité contractuelle. Une fois l'existence du concept de responsabilité contractuelle reconnue, se pose la question de son autonomie vis-à-vis de la responsabilité délictuelle¹.

Il existe bien évidemment des points communs entre ces mécanismes de responsabilité civile. Dans les deux cas, le manquement résulte de la violation d'une norme préexistante (que ce soit un devoir ou une obligation *stricto sensu*), et plus généralement, les mêmes conditions sont en présence : il faut constater un dommage, une faute et un lien de causalité entre les deux². De plus, la responsabilité est toujours source d'une nouvelle obligation, une obligation de réparation à la charge du fautif³. « *Il est donc exact de dire que la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle sont deux institutions en quelque sorte parallèles, placées sur le même plan* »⁴. Elles ont une même nature.

Néanmoins des points de différenciation importants existent entre ces deux ordres, qui ne se situent d'ailleurs pas au même endroit dans le Code civil⁵. Ces différences sont notamment relatives aux causes d'exonération, à la réparation intégrale ou du seul dommage prévisible, ou encore au jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité⁶. Elles justifient le principe de non-cumul de ces responsabilités, qui est régulièrement rappelé par la jurisprudence⁷.

¹ L'interrogation sur les rapports qu'entretiennent ces deux ordres de responsabilité est ancienne, V. not. ESMEIN (P.), « La chute dans l'escalier », *JCP G*, 1956, I, 1321 ; *adde* DURRY (G.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, RCA, NS, juin 2001, p. 20 et s.

² V. MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 7.

³ V. ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, spéc. p. 102 et s. : le manquement au devoir a spécifiquement pour effet de faire naître une créance d'indemnisation.

⁴ V. MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 5.

⁵ La responsabilité contractuelle trouve son socle dans le livre III du Titre III du Code civil relatif aux contrats tandis que la responsabilité délictuelle est traitée au Titre IV « Des engagements qui se forment sans convention ». V. MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 3. La responsabilité du fait des produits défectueux brouille cependant les frontières entre ces deux ordres de responsabilité : V. Titre IV bis (art. 1386-1 à -18 C. civ.).

⁶ V. RODIÈRE (R.), « Études sur la dualité des régimes de responsabilité. Première partie - La réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *art. préc.*, n° 1 et s. : l'auteur distingue des intérêts de la distinction contestables (la preuve ; l'appréciation des fautes ; la forme de la réparation) et des intérêts à retenir (étendue de la réparation ; compétence ; prescription ; mise en demeure) ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 933.

⁷ V. par ex. Cass. civ. I, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 42, p. 28 : « [les articles 1382 et suivants du Code civil] sont en principe, inapplicables à la réparation d'un dommage se rattachant à l'inexécution d'un engagement contractuel » ; Cass. civ. II, 9 juin 1993, Bull. civ. II, n° 204, p. 110 ; Cass. com., 20 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 60, p. 47 ; *adde* MAZEAUD (H.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *art. préc.*, n° 78 et s.

Or, ce que mettent en lumière ces différences, « *c'est la faculté qu'ont les contractants à construire une relation obéissant à des règles propres* »¹. Plus précisément, alors que la responsabilité délictuelle est fondée sur le seul ordre juridique objectif, la responsabilité contractuelle découle de « *la volonté « prévoyant » dont on sait qu'elle ne saurait exister sans un minimum de base objective* »². Le contrat est au cœur d'une interaction entre données objectives et subjectives, dont rend compte le régime de la responsabilité contractuelle. En effet, « *le particularisme de la responsabilité contractuelle s'explique par la survivance, non de la volonté, mais de sa projection intégrée dans l'idée de cause et dans laquelle on sait qu'elle s'était déjà étroitement combinée avec d'autres éléments* »³. La prise en compte de cette projection de la volonté imbriquée dans des considérations d'ordre objectif permet de fonder le concept même de responsabilité contractuelle et d'expliquer certaines de ses spécificités.

Et précisément, le devoir contractuel est symptomatique de cette interaction entre subjectivisme et objectivisme dans l'ordre contractuel. Cela transparaît nettement au stade de l'étude de l'impact de la volonté des contractants sur la sanction du devoir contractuel. Bien que de base objective, le devoir contractuel s'insère dans un acte de prévision et peut ainsi se voir soumis aux exigences des parties. Il convient alors de voir les conséquences de cette interaction notamment concernant l'aménagement de la responsabilité contractuelle en cas de manquement au devoir contractuel (A), ou encore sur la possibilité de stipuler une clause pénale prévoyant l'indemnité due en cas de manquement à cette contrainte (B).

A- L'aménagement de la responsabilité contractuelle pour manquement au devoir contractuel

402. Est-il possible d'aménager la responsabilité découlant d'un manquement à un devoir contractuel ? Deux types d'aménagements sont possibles concernant l'engagement de la responsabilité du contractant : les parties peuvent exclure purement et simplement la responsabilité du contractant – c'est l'objet des clauses de non-responsabilité⁴ – ou bien aménager le montant de la réparation qui sera dû en cas de manquement – ce que permettent les clauses limitatives de responsabilité⁵. Il convient de s'interroger sur la validité de chacun de ces types de clauses lorsque la faute consiste en un manquement à un devoir contractuel.

¹ V. BEAUDEUX (C.), « la causalité : frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle », *LPA*, 25 avr. 2008, n° 84, p. 8 et s.

² V. HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, thèse préc., n° 181 et s.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 612.

⁵ V. *Ibid.*, n° 617 et s.

403. La licéité des clauses de responsabilité. Les clauses de responsabilité « *ont pour objet de déplacer les risques d'inexécution du contrat, de mettre à la charge du créancier, certains risques qui, d'après l'économie du contrat, pèsent normalement sur le débiteur* »¹. Elles ne visent pas, contrairement aux clauses de non-obligation, à évincer directement la contrainte du contenu de l'accord, mais à écarter ou limiter la responsabilité encourue en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'obligation. Celle-ci n'est pas écartée, elle fait bien partie du contenu de l'engagement. La clause n'a d'effet que sur l'indemnisation, soit elle l'écarte, soit elle la plafonne. En principe licites, ces clauses comportent, tout comme les précédentes, diverses limites à leur validité.

404. Les limites à la stipulation des clauses de responsabilité. C'est surtout la question de la validité des clauses de non-responsabilité qui a été très discutée². Ces clauses sont « *celles par lesquelles il est stipulé dans le contrat que le débiteur ne sera pas responsable et ne devra pas de dommages-intérêts en cas d'inexécution, d'exécution tardive ou défectueuse de ses obligations ou de certaines d'entre elles* »³. Prohibées en matière délictuelle⁴, elles sont admises dans le cadre du contrat⁵. Elles ont pour effet d'exonérer le débiteur de sa responsabilité même si sa faute est prouvée⁶.

Des limites importantes existent néanmoins quant à la possibilité de revendiquer le bénéfice d'une clause de non-responsabilité. Ces limites sont dues, soit à la qualité du contractant à qui l'on oppose la clause, soit au comportement de celui qui s'en prévaut, soit encore, à l'effet du manquement sur la personne du cocontractant. En effet, tout d'abord, ces clauses sont abusives lorsqu'elles sont contractées au détriment d'une partie faible à un contrat⁷. Ensuite, et de manière plus générale, elles trouvent une limite dans la mauvaise foi du contractant qui en revendique le bénéfice⁸. Enfin, des auteurs ont pu plaider dans le sens

¹ V. DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *op. cit.*, n° 19.

² Sur la nature des critiques, V. DELEBECQUE (Ph.) et MAZEAUD (D.), « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, op. cit.*, p. 361 et s. Sur les avantages et inconvénients de ces clauses, V. STARCK (B.), « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.*, 1974, chron. 157, spéc. n° 16.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 612.

⁴ V. not. Cass. civ. II, 17 févr. 1956, *D.*, 1956, 17, note ESMEIN (P.) ; 28 nov. 1962, *GP*, 1963, 1, 163.

⁵ Il est généralement avancé à l'appui de cette solution qu'il est logique que le contractant, sur qui pèse une obligation supplémentaire en raison du contrat, puisse être libre d'en définir les effets. Cet argument n'est cependant pas sans limites, car « *même en matière contractuelle, l'ordre public peut sévir !* » (V. STARCK, (B.), « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *art. préc.*, spéc. n° 25)

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 614.

⁷ V. not. art. L. 211-17 C. consom. ; art. L. 1231-4 C. trav. ; art. L. 134-16 C. com. (agents commerciaux).

⁸ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 615.

d'un refus du droit de se prévaloir d'une telle clause lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité physique du créancier¹.

La validité des clauses de limitation de responsabilité a causé moins de débats doctrinaux, car « *supposant la faute contractuelle établie, [elles ne font que fixer] le maximum possible des dommages-intérêts* »². Cependant, tout comme les clauses de non-responsabilité, elles ne peuvent pas couvrir le dol ou la faute lourde du débiteur³, et leur admission en cas de dommage causé à la personne fait également l'objet de discussions⁴.

Il apparaît alors clairement que, dans chacun de ces cas, la bonne foi et la sécurité sont érigées en limites à la validité des clauses de responsabilité. Cette observation impose ainsi une réflexion sur la place des devoirs dans l'aménagement conventionnel du contenu de l'accord et de la responsabilité contractuelle.

405. Clause de non-responsabilité et devoirs contractuels. Tout d'abord, il apparaît clairement au regard du droit positif que le devoir de bonne foi est une limite inhérente à la clause de non-responsabilité. Celle-ci ne peut s'appliquer en faveur du contractant qui a manqué à la bonne foi à l'occasion de l'exécution du contrat. Le caractère *minimum* du comportement de bonne foi implique logiquement qu'il ne peut être possible pour le contractant de s'exonérer par avance du manquement à ce devoir⁵.

Ensuite, concernant le devoir de sécurité, les clauses de non-responsabilité ne peuvent être valables sans remettre en cause le caractère d'ordre public de cette exigence. En effet, si la clause de non-responsabilité est généralement critiquée en ce qu'elle a l'effet pervers d'être « *une invitation à l'impéritie ou à la négligence* »⁶, cela est particulièrement visible concernant l'exigence de sécurité : autoriser le contractant à ne pas indemniser le dommage corporel conduit au même résultat que de ne pas le soumettre à un devoir de sécurité, sauf à admettre que la clause de non-responsabilité ne concerne que l'hypothèse où le dommage est

¹ En ce sens, V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 615 ; DELEBECQUE (Ph.) et MAZEAUD (D.), « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, Rapport français », *art. préc.*, n° 12 ; VINEY (G.) et JOURDAIN (Ph.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 194 et s. ; *contra*, V. ESMEIN (P.), « Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », *art. préc.*, spéc. p. 276.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 617 et s.

³ V. *Ibid*, n° 619 ; *adde* Cass. com. 3 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 150 ; Cass. civ. I, 29 oct. 2014, *préc.*

⁴ V. CHAUVEAU (P.), note *D.*, 1971, 373, sous Cass. civ. I, 3 juin 1970 ; MAZEAUD (H.), note *JCP G*, 1973, II, 17339, sous CA Limoges, 2^e ch., 18 janv. 1973. La jurisprudence serait favorable à leur admission : V. Cass. civ. I, 8 nov. 1983, *GP*, 1984, I, 384, note TARABEUX (F.) ; 28 juin 1989, *GP*, 1989, 2, pan. 171.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 615 : « *On ne peut, par avance, s'exonérer de son dol, de sa faute intentionnelle, à laquelle, en général, on assimile la faute lourde* » ; « *ces clauses, même sur le terrain de l'inexécution contractuelle, sont contraires à l'ordre public. S'exonérer de son dol, c'est se réserver la possibilité d'être de mauvaise foi.* » ; *adde* DELEBECQUE (Ph.) et MAZEAUD (D.), « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, Rapport français », *art. préc.*, n° 18 et s.

⁶ STARCK (B.), « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *art. préc.*, n° 16.

causé par un fait non fautif du contractant. Une telle solution impliquerait alors un simple renversement de la charge de la preuve : il incomberait au créancier de prouver que c'est le fait fautif du débiteur qui a causé son dommage. Mais, en tout état de cause, il ne doit pas être possible pour le contractant de s'exonérer, *ab initio*, de sa faute conduisant au dommage corporel de l'autre partie¹. Or, il a été vu que le manquement au devoir est nécessairement fautif. De plus, dans le cadre contractuel, seule la responsabilité subjective du contractant est prise en compte, c'est-à-dire seulement sa responsabilité pour faute. Une clause permettant à un contractant de s'exonérer par avance de toute obligation de réparation en cas de dommage corporel causé à autrui ne devrait donc pas être considérée comme valable en matière contractuelle².

Enfin, quant aux devoirs spéciaux, ceux-ci peuvent être imposés aux parties ou spécialement prévus par elles. S'ils ont un caractère impératif en raison de leur source, en toute logique, et de la même manière que pour les devoirs généraux, il ne doit pas être possible pour les parties de s'exonérer de la responsabilité qui découle de leur manquement³. Et s'ils sont issus de la volonté des parties, la démarche consistant à exclure la responsabilité du fautif n'a pas véritablement de sens, et s'avère même contradictoire, en ce qu'elle nie l'intérêt même de la stipulation du devoir.

En définitive, il apparaît que les devoirs contractuels sont une limite à la stipulation de clauses de non-responsabilité : les parties ne sauraient s'exonérer *ab initio* de leur responsabilité pour cause de manquement à l'un de leurs devoirs contractuels. Mais les devoirs ne sont pas hermétiques à tout aménagement conventionnel, et notamment, il semble possible de considérer comme valables les clauses aménageant le montant de l'indemnité due par le contractant dans le cas où il viendrait à manquer à l'un de ses devoirs.

406. Clauses limitatives de responsabilité et devoirs contractuels. Les clauses limitatives de responsabilité ne remettent pas en cause le principe de la responsabilité encourue par le contractant fautif. Elles consistent à fixer un plafond d'indemnisation en cas de manquement. Ainsi, puisqu'elles ne nient pas la dimension fautive du comportement du

¹ V. *Ibid* : « Ce qui est défendu comme contraire à l'ordre public c'est, en réalité, de supprimer ou limiter conventionnellement la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle pour faute prouvée (C. civ., art. 1382-1383) et non la responsabilité « objective » » ; « leur seul effet est...le renversement de la charge de la preuve » ; « le Droit ne saurait tolérer l'impunité, même sur le plan civil, des fautes prouvées ».

² Si certains textes semblent aller en ce sens (V. not. art. L. 122-1 C. consom., L. n° 83-660 du 21 juill. 1983 ; art. 12 dir. comm. 25 juill. 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux), la jurisprudence est néanmoins hésitante quant à l'efficacité d'une clause évasive de responsabilité conduisant à priver de réparation la victime d'un préjudice corporel. Pour des arrêts qui semblent admettre la validité de la clause, V. not. Cass. civ. I, 8 nov. 1983, *préc.* ; 28 juin 1989, n° 86-18410, Bull. civ. I, n° 265 ; pour des arrêts qui la contestent, V. not. CA Nancy, 26 juin 1925, *DP*, 1927, 2, p. 25, note LALOU (H.) ; CA Toulouse, 23 oct. 1934, *DP*, 1935, 2, p. 49 ; CA Paris, 25 mars 1954, *D.*, 1954. Jur. 295 ; *JCP G*, 1954. II. 8094, obs. RODIÈRE (R.) ; *RTD Civ.*, 1954, 499, obs. MAZEAUD (H. et L.) ; CA Alger, 23 juill. 1924, *RTD Civ.*, 1924, p. 995, n° 11, obs. DEMOGUE (R.).

³ V. Cass. civ. I, 19 nov. 1985, Bull. civ. I, n° 308, *RTD Civ.*, 1986, 771, obs. HUET (J.) : le devoir de conseil du notaire ne peut pas faire l'objet d'une clause de non responsabilité.

contractant qui manque à son devoir, ces clauses ne se heurtent pas directement au caractère essentiel du devoir. Elles doivent donc, par principe être considérées comme valables, y compris lorsqu'elles visent les indemnités dues en cas de violation d'un devoir contractuel.

Par exemple, la validité des clauses limitatives de responsabilité en cas de manquement au devoir de sécurité peut être acceptée car elles ne font que fixer un plafond au montant de l'indemnité due, sans nier la nécessité de la réparation du dommage corporel¹. De plus, il est admis depuis longtemps qu'un tel devoir peut être « de moyens », ce qui constitue une forme d'allègement de la contrainte². Au surplus, et cet argument est généralement avancé au soutien de la validité des clauses limitatives de responsabilité, une solution contraire serait sclérosante pour la vie des affaires, car toute activité implique un *minimum* de risques pour la personne qui l'entreprend, et les conséquences de ce risque ne doivent pas être telles qu'elles inciteraient le débiteur à ne plus proposer la prestation, ou le créancier à ne plus en profiter³.

Il en va de même concernant le devoir de bonne foi. En effet, il a pu être justement mis en garde en doctrine contre le risque que la bonne foi ne gagne démesurément en puissance, « d'une façon qui deviendrait sans doute excessive et déséquilibrée, au détriment notamment de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle »⁴. Il existe en effet « un risque d'hypertrophie de la bonne foi et d'atrophie de l'autonomie de la volonté » à trop vouloir empêcher une modalisation de ce devoir par les parties⁵. Ainsi, il ne semble pas excessif, ni même dangereux, de les autoriser à limiter le montant de la réparation due dans l'hypothèse où une mauvaise foi serait caractérisée à l'occasion de l'exécution du contrat⁶.

Cependant, ces clauses ayant pour objet de limiter ou de fixer *ab initio* le montant des dommages et intérêts dus en cas de caractérisation d'une mauvaise foi, ou d'un manquement au devoir de sécurité, ou de toute autre contrainte essentielle, impliquent un risque d'abus évident, et doivent tout au moins pouvoir être contrôlées par le juge⁷. La limite générale de l'abus dans l'invocation d'une telle clause, ou de la législation sur les clauses abusives,

¹ Si la doctrine est hésitante sur la validité des clauses limitatives de responsabilité en cas de dommage causé à la personne, la jurisprudence semble favorable à leur admission : V. not. CA Paris, 25 mars 1954, *préc.* ; Cass. civ. I, 8 nov. 1983, *préc.* ; 28 juin 1989, *préc.*

² V. *supra*, n° 392.

³ V. not. STARCK (B.), « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *art. préc.*, n° 16.

⁴ V. ROMAIN (J.-F.), *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, des atteintes à la bonne foi en général, et de la fraude, en particulier* (Fraus omnia corrumpit), coll. de la faculté de droit, Univ. libre Bruxelles, 2000, n° 398.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ En ce sens, V. not. LAITHIER (Y.-M.), « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *D.*, 2014, p. 33 et s. ; toutefois *contra*, V. not. MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 49.

⁷ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 162 et s.

comporte ainsi un intérêt particulier lorsqu'elle porte sur l'encadrement de l'indemnité liée au manquement à un devoir contractuel¹.

Un tel encadrement est d'ailleurs particulièrement visible concernant la pratique de la clause pénale, dont il peut être vu à présent, qu'elle s'avère être un outil intéressant entre les mains des parties afin de prévoir, *ab initio*, un forfait d'indemnisation en cas de manquement à un devoir contractuel.

B- La stipulation d'une clause pénale prévoyant l'indemnité due en cas de manquement à un devoir contractuel

407. Clause pénale et inexécution du contrat. Conformément au principe de liberté contractuelle, les parties peuvent préparer directement dans leur accord les sanctions ayant vocation à s'appliquer en cas de manquement. Il leur est ainsi possible de prévoir par avance que l'inexécution d'une obligation par le débiteur donnera lieu à l'application d'une clause pénale, c'est-à-dire au paiement d'une certaine somme d'argent. Bien qu'il soit traditionnellement avancé qu'une clause pénale, qui est « *celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur, en cas de retard ou d'inexécution* »², ne peut sanctionner que l'inexécution d'une obligation contractuelle, cela résulte d'une confusion entre la violation de l'engagement contractuel et l'inexécution de l'obligation que cet engagement a pour effet de mettre à la charge du débiteur. Le domaine d'application de la clause pénale peut être plus large que celui de la seule inexécution d'une obligation contractuelle. Si des obstacles semblent *a priori* se poser quant à la reconnaissance de l'applicabilité de la clause pénale au cas de manquement à un devoir contractuel, ces obstacles ne sont qu'apparents et non décisifs (1). Et précisément, accepter que la clause pénale est apte à sanctionner l'inobservation d'un devoir contractuel ne va pas sans présenter divers apports (2).

1. Des obstacles non décisifs à la sanction du manquement au devoir par une clause pénale

408. La question du domaine de la clause pénale. Valable par principe, la clause pénale fait l'objet de deux réglementations dans le Code civil. La première se trouve à l'article 1152 qui est inséré dans une section concernant la détermination des dommages

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 619. Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit d'ajouter un art. 1169 permettant au juge de supprimer les clauses abusives du contenu de tout type de contrat.

² V. *Ibid.*, n° 621.

contractuels, et la seconde aux articles 1226 à 1233 qui sont placés dans une section relative aux obligations avec clauses pénales, elle-même située dans un chapitre traitant des diverses espèces d'obligations. La clause pénale semble ainsi intrinsèquement liée à l'inexécution d'une obligation¹. Et, de fait, c'est généralement le cas². Mais cela ne veut pas dire que son domaine y est nécessairement cantonné.

D'ailleurs, les termes du Code civil présentent une certaine ambiguïté en la matière. En effet, l'article 1226 du Code civil dispose que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* »³. La place de cet article dans le Code traduit l'assimilation pure et simple opérée par le législateur de 1804 entre l'obligation et la convention⁴. Or, il a été vu que cette dernière ne saurait se réduire aux obligations qu'elle fait naître⁵. Le terme de convention est plus large que celui d'obligation. Et précisément, en vertu de l'article 1226 du Code civil, la clause pénale aurait plus exactement vocation à s'appliquer pour assurer l'exécution du contrat, c'est-à-dire pour sanctionner le manquement contractuel, et non spécifiquement l'inexécution d'une obligation.

Justement, il est sur ce point intéressant d'observer que la jurisprudence a pu reconnaître l'application de clauses pénales dans des hypothèses où il n'était pas manqué à une obligation *stricto sensu* par le contractant, mais où celui-ci n'en avait pas moins manqué à la foi contractuelle. Par exemple, dans un arrêt du 9 juin 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation a accepté l'application d'une clause pénale destinée à encadrer l'exercice du droit de rompre le contrat principal⁶. En effet, en l'espèce, une clause pénale était stipulée en cas de rupture du contrat par dénonciation unilatérale en dehors des cas convenus. Le contractant ayant rompu unilatéralement le contrat sans respecter les conditions contractuellement établies, il a pu être décidé que la clause pénale avait vocation à s'appliquer. Dans cette hypothèse, la clause pénale sanctionnait le comportement du contractant dans l'exercice de son droit de rompre la relation contractuelle. Elle était alors à l'appui de la force obligatoire du contrat sans sanctionner spécifiquement l'inexécution d'une obligation. D'ailleurs cela apparaît clairement à travers le visa de la Cour de cassation qui a fondé sa décision sur l'article 1134 du Code civil.

Également, bien que sa qualification de clause pénale soit contestée en doctrine⁷, la jurisprudence y a assimilé la clause de dédit-formation⁸. Or, une telle clause a pour fonction

¹ V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 624 ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 390-36 et s.

² V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 390-12 et -36 et s.

³ Nous soulignons.

⁴ Sur une telle assimilation, V. *supra*, n° 69 et s.

⁵ V. *supra*, n° 73 et s.

⁶ V. Cass. civ. I, 9 juin 2011, n° 10-20206, SEUBÉ (J.-B.), *JCP E*, 2012, n° 1027.

⁷ V. not. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 390-54.

⁸ V. CERIT de Nancy, *Clauses de dédit-formation*, Bull. soc. Fr. Lefebvre, 1990, p. 569.

de garantir l'exécution du devoir de fidélité du salarié, et non une obligation contractuelle *stricto sensu*.

Ces exemples permettent de mettre en évidence le fait que les véritables exigences attachées à l'application d'une clause pénale sont celles de l'existence d'un contrat et d'un manquement à l'engagement, c'est-à-dire, en définitive, de l'existence d'une faute contractuelle¹. En effet, la clause pénale s'applique dans les hypothèses où le contractant pourrait être condamné à des dommages-intérêts, c'est-à-dire en cas de faute de sa part. Or, il a pu être démontré que le manquement au devoir contractuel, en ce qu'il est fautif, est susceptible d'entraîner l'application du régime de la responsabilité contractuelle². En cela, il doit être possible pour les parties de prévoir une clause pénale en cas de manquement à l'un ou l'autre de leurs devoirs contractuels, qu'ils soient eux-mêmes issus de la volonté des parties ou non³. Le principe de liberté contractuelle s'applique à la clause pénale qui est d'ailleurs un contrat accessoire au contrat principal dont il vient préciser la sanction⁴. Ainsi, les parties sont en mesure de stipuler, par avance, qu'une certaine indemnité sera due en réparation du manquement à un devoir qui s'impose à elles en vertu du contrat principal.

409. La question de la finalité de la clause pénale. À la lecture des articles la concernant, il apparaît que la clause pénale revêt deux types de finalités. Les articles 1152 et 1229 du Code civil font référence à sa finalité indemnitaire, en ce qu'ils précisent que la clause tient lieu de dommages-intérêts en cas d'inexécution illicite. Mais l'article 1226 renvoie à la finalité comminatoire de la clause pénale, car il la définit comme étant la stipulation permettant d'« *assurer l'exécution d'une convention* ». Au surplus, ces textes n'ont pas le même domaine d'application. En effet, tandis que les premiers semblent propres à l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation monétaire, il a pu être justement souligné que « *l'objet visé par l'article 1226 peut très bien ne pas être monétaire. La chose à laquelle le débiteur s'engage peut être une obligation de faire ou de ne pas faire* »⁵.

Ainsi, la question se pose de savoir si la finalité indemnitaire de la clause pénale ne serait pas finalement propre à l'inexécution d'une obligation monétaire, tandis que la finalité comminatoire aurait une portée plus large.

¹ V. Cass. civ. III, 5 déc. 1984, n° 83-11788 (indemnité d'immobilisation) : lue *a contrario*, cette décision pose clairement l'exigence de l'existence d'un contrat, c'est-à-dire que la convention soit formée pour que soit reconnue la présence et l'application d'une clause pénale.

² V. *supra*, n° 370 et s.

³ V. *supra*, n° 131 et s.

⁴ V. MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Paris XII, LGDJ, 1992, n° 14 et s. : selon l'auteur la clause pénale est un contrat unilatéral accessoire et conditionnel distinct du contrat porteur de l'engagement principal du débiteur ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 390-21 : elle est « *une sorte de contrat dans le contrat* ».

⁵ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 390-3. Au-delà, il vient d'être vu que cet article permet, en définitive, de viser toute faute contractuelle, V. *supra*, n° 408.

Mais, l'approche unitaire de la clause pénale en droit français, corroborée par la jurisprudence, contredit une telle idée. En effet, la Cour de cassation a clairement énoncé que « *la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution* »¹. La clause pénale revêt simultanément ces deux dimensions, dont l'une s'apprécie plutôt en amont de l'exécution – la finalité comminatoire – et l'autre en aval de l'inexécution – la finalité indemnitaire.

Or, si la finalité comminatoire de la clause renvoie clairement à la notion de faute et s'avère ainsi adaptée à la prévention de tout comportement fautif, le rôle indemnitaire de cette clause peut paraître, *a priori*, non adapté concernant le devoir. En effet, par son rôle indemnitaire, la clause pénale semble se rapprocher d'une contrepartie. Ainsi, ne consisterait-elle pas en un moyen détourné de monnayer le respect du devoir, ce qui serait incompatible avec la nature purement comportementale de cette contrainte ?

Une réponse négative doit être apportée à cette question car la clause pénale n'est pas un substitut de paiement. Elle est une indemnité due en cas de faute, qui intéresse la réparation des conséquences du dommage lié au manquement contractuel. C'est ce caractère qui la distingue, par exemple, de l'indemnité de non-concurrence qui vise, quant à elle, à assurer une contrepartie à l'obligation du salarié de ne pas faire concurrence à son employeur². Assortir un devoir d'une clause pénale ne conduit pas à monnayer cette exigence comportementale, mais à prévoir, *ab initio*, le montant de la somme due par le contractant fautif en réparation du tort causé au cocontractant.

Ainsi, et contrairement aux apparences, les caractères de la clause pénale ne s'opposent pas à ce que cette sanction vienne encadrer et corriger le manquement à un devoir contractuel. D'ailleurs, cette mesure proprement contractuelle peut s'avérer d'un intérêt certain concernant la sanction du devoir. Il convient alors d'envisager, plus largement, les divers apports de l'application d'une clause pénale au manquement au devoir contractuel.

2. Les apports de l'application de la clause pénale au devoir contractuel

410. Les intérêts classiques de la clause pénale au service de la sanction du devoir. Il est bon de reconnaître qu'une telle mesure puisse encadrer l'observation du devoir contractuel en raison de ses avantages classiques.

En premier lieu, la clause pénale revêt un double effet simplificateur et facteur de célérité, car elle permet d'éviter la contestation sur l'importance du dommage et évite les lenteurs et difficultés qu'entraîne la fixation des dommages-intérêts.

¹ V. Cass. com., 29 janv. 2001, n° 89-16446, Bull. civ. IV, n° 43 ; *adde* 18 avr. 2000, n° 96-22319 ; 19 oct. 1999, n° 97-14444 ; Cass. civ. I, 1^{er} déc. 2011, n° 10-22767.

² V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 390-57. Sur l'obligation de non-concurrence, V. *supra*, n° 205.

En second lieu, si le montant de l'indemnité est modéré cela atténue la responsabilité du fautif et opère à la manière d'une clause limitative de responsabilité, ce qui peut paraître opportun, par exemple, concernant le devoir de sécurité. En revanche, quant au devoir de bonne foi, la jurisprudence a pu reconnaître un droit à une réparation intégrale au cas où l'inexécution serait imputable à l'abus de droit¹, au dol², ou à la faute lourde³ du débiteur sanctionné. Mais plutôt qu'un problème de validité de la clause pénale en cette hypothèse⁴, il semble qu'une telle conséquence résulte de la volonté du juge de ne pas permettre au débiteur de mauvaise foi de se prévaloir d'une clause en sa faveur. Cela ressort ainsi plus exactement de l'appréciation de la légitimité de l'intérêt du débiteur à demander la mise en œuvre de la clause pénale⁵.

Parallèlement, si le montant de l'indemnité prévue par la clause est élevé, cela donne à l'accord une force obligatoire accrue, et la clause se voit alors attribuer un rôle semblable à celui d'une astreinte, ce qui n'est, là aussi, pas sans intérêt pour renforcer le sentiment d'assujettissement du contractant au respect de la norme contractuelle.

En troisième et dernier lieu, un autre intérêt classique de la clause pénale est encore à souligner, à savoir qu'elle peut, depuis une réforme de 1975, faire l'objet d'une révision judiciaire si le montant stipulé s'avère exagérément disproportionné avec le préjudice subi par le contractant victime. En vertu de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil, le juge peut en effet diminuer la peine manifestement excessive ou augmenter la peine manifestement dérisoire. Cette disposition a un caractère impératif. Ainsi la stipulation qui supprimerait ce pouvoir du juge serait réputée non écrite. Cet avantage attaché au régime de la clause pénale n'est pas des moindres eu égard au développement de la pratique des contrats d'adhésion. En effet, dans la grande majorité des cas, la clause pénale sera insérée dans le contrat par la partie forte, qui l'imposera à son cocontractant qui n'aura pas pu, ni en discuter le bien-fondé, ni négocier le montant des indemnités avec son partenaire. Le pouvoir de révision du juge apparaît alors comme une véritable garantie face aux risques d'abus de la partie dominante au contrat.

À ces intérêts classiques de la clause pénale s'en ajoutent d'autres, qui sont liés à son application au devoir contractuel.

411. Les intérêts spécifiques de la clause pénale comme sanction du devoir. Une telle sanction présente des intérêts spécifiques à son application aux devoirs contractuels.

¹ V. not. Cass. civ., 28 nov. 1928, *DH*, 1929, p. 2.

² V. not. Cass. civ. I, 22 oct. 1975, n° 74-13217 ; 4 févr. 1969, n° 67-11387.

³ Par analogie avec la jurisprudence établie en matière de clause limitative de responsabilité : V. Cass. com., 7 mai 1980, n° 77-14009. V. *supra*, n° 402 et s.

⁴ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 390-69.

⁵ V. *infra*, n° 542.

Tout d'abord, la reconnaissance de son domaine d'application élargi, permet de la prévoir en cas de faute commise par le créancier, y compris dans le cadre d'un contrat unilatéral, alors que celui-ci n'a aucune obligation à sa charge.

Également, et de manière plus générale, la clause pénale, par son caractère comminatoire, revêt une dimension dissuasive particulièrement forte. Or, cet aspect s'avère tout à fait utile concernant l'encadrement du devoir où le contractant n'a généralement pas conscience de l'intérêt qui est le sien d'observer cette contrainte, précisément en ce qu'elle n'est pas accompagnée de contrepartie directe, à l'inverse d'une obligation dans un contrat synallagmatique. Il en va ainsi par exemple, du devoir de sécurité. En effet, la clause pénale présente un intérêt certain lorsqu'elle tend à renforcer l'importance d'un tel devoir par une indemnité d'un montant assez significatif et dissuasif pour chaque partie.

412. Conclusion de la section. La notion de devoir contractuel est directement à l'appui du concept de responsabilité contractuelle. Il manifeste le fait que la faute contractuelle ne se réduit pas à l'absence de fourniture de l'avantage attendu du contrat, mais résulte également du comportement exécutoire du contractant, apprécié à l'aune des exigences non-obligationnelles qui pèsent sur lui. Cette notion permet également de comprendre que le contrat ne fait pas uniquement peser sur le créancier un risque égal au montant de la prestation attendue, mais peut impliquer, au-delà, un dommage en lien direct avec le comportement adopté par le débiteur lors de l'exécution. Le devoir contractuel étant à l'appui des concepts de faute et de préjudice contractuel, il plaide directement pour la réception du concept de responsabilité contractuelle. Parallèlement, les effets particuliers associés à ce régime de responsabilité confortent l'intérêt de la mise au jour de devoirs spécifiquement contractuels. En effet, en ce qu'ils participent du contenu du contrat et doivent donc être observés à l'occasion de son exécution, leur régime dépend de cette situation originale. Le devoir contractuel se trouve au cœur de l'interaction qui opère entre subjectivisme et objectivisme dans le domaine contractuel : en ce qu'il est contractuel, le devoir est déterminé par les règles que l'acte implique, et en ce qu'il est un devoir, il obéit à des règles impératives spécifiques. L'imbrication de ces éléments explique le régime particulier de la sanction appliquée en cas de manquement au devoir contractuel.

413. Conclusion du chapitre. Les sanctions contractuelles n'ont pas seulement pour cause l'inexécution d'une obligation, mais ont plus largement vocation à s'appliquer en raison de la commission d'une faute contractuelle. En ce que le contenu du contrat ne se résume pas aux obligations qu'il fait naître, tout manquement contractuel ne peut être exclusivement analysé en termes d'inexécution d'une obligation contractuelle. Le caractère catégorique du devoir, attaché à sa finalité de préservation de l'intérêt du contrat pour chaque partie, implique qu'il ne saurait y être manqué sous peine, pour le contractant, de s'exposer

aux divers remèdes spécifiquement liés au mépris de l'engagement contractuel. La découverte de l'existence de devoirs contractuels, dont le manquement est constitutif d'une faute, amène à reconsidérer le champ d'application des sanctions contractuelles. Celles-ci ne sont pas liées à l'inexécution de l'obligation, mais s'avèrent plus largement aptes à corriger, en général, toute violation de l'engagement contractuel, et en particulier le manquement à un devoir contractuel, dans certaines limites et sous certaines formes.

Tout d'abord, bien qu'*a priori* inadaptée pour sanctionner un comportement, l'exception d'inexécution peut, au contraire, s'avérer appropriée en une telle hypothèse, en ce qu'elle justifie qu'un contractant, victime du manquement de l'autre partie à son devoir, puisse suspendre l'exécution de son obligation tant que son partenaire ne se soumet pas à l'attitude attendue de lui. De par sa gravité et son influence sur la correcte exécution de l'obligation du cocontractant, le manquement au devoir contractuel doit pouvoir justifier techniquement que lui soit opposée l'exception d'inexécution. Mais, s'il apparaît envisageable de sanctionner l'observation du devoir par la suspension de l'exécution d'une obligation, en revanche la nature comportementale, et le caractère essentiel du devoir, s'opposent à ce que son observation soit suspendue en réponse à une simple inexécution.

Ensuite, l'exécution forcée en nature semble aujourd'hui également envisageable en cas de manquement au devoir contractuel, en raison du développement, par la pratique, des techniques de contrainte indirecte – telles que l'astreinte – qui, sans remettre en cause le principe de liberté, opèrent une pression sur la personne du contractant, afin qu'il se conforme à ce qui est attendu de lui.

Mais, si l'exécution forcée en nature du devoir est réalisable, son exécution par équivalent n'est, en revanche, pas possible. En effet, il n'est pas envisageable de parler d'« équivalence » à l'observation d'un devoir, puisque ce dernier ne saurait être, en lui-même, évalué monétairement. Il ne paraît alors pas pertinent d'analyser les dommages-intérêts alloués en matière contractuelle en un équivalent de l'obligation contractée. Ceux-ci peuvent également réparer un dommage né du comportement exécutoire du contractant. De même, la faute contractuelle ne se réduit pas à l'inexécution d'une obligation, c'est-à-dire à l'absence de fourniture de l'avantage attendu du contrat, mais peut également résulter du comportement exécutoire du contractant, apprécié à l'aune des exigences non-obligationnelles qui pèsent sur lui. Le devoir contractuel se trouve ainsi directement à l'appui des concepts de faute et de préjudice contractuel, et plaide directement pour la réception du concept de responsabilité contractuelle.

De plus, en ce qu'il s'insère dans le cadre d'un contrat, le devoir contractuel permet de montrer les spécificités du régime de la responsabilité contractuelle, vis à vis de la responsabilité délictuelle. Il traduit l'interaction entre subjectivisme et objectivisme qui agit au fondement du contrat. Si le devoir contractuel explique, en général, ce que le droit objectif impose aux contractants en dépit de leurs volontés, il se trouve par ailleurs soumis, en matière

contractuelle, à l'impact des volontés des contractants qui agissent dans ce cadre spécifique. En ce qu'il est contractuel, le devoir est déterminé par les règles que l'acte implique, et en ce qu'il est un devoir, il obéit à des règles impératives spécifiques. L'imbrication de ces éléments explique que la sanction attachée au manquement au devoir contractuel puisse être modelée par la volonté des parties, dans les limites de ce que l'ordre public permet.

En raison des caractères qu'il partage avec l'obligation, le devoir contractuel est donc en mesure de se voir assorti de la plupart des sanctions qui sont traditionnellement attachées à l'inexécution. En revanche, il n'en va pas de même de l'incombance. En effet, les particularités de cette contrainte comportementale, qui ont été vues lors de l'étude de la notion, se retrouvent au stade de l'analyse de son régime : à cette contrainte spécifique s'attache une sanction singulière, qu'il convient d'étudier à présent.

Chapitre II

La sanction propre à l'incombance contractuelle

414. Originalité de la sanction attachée au manquement à une incombance. Il a été vu que si le devoir est, tout comme l'obligation, porteur d'une contrainte catégorique, inconditionnée, à la charge du contractant, et rend son manquement fautif¹, l'incombance n'implique pas un même type d'exigence à son égard². En effet, le contractant sur qui pèse une incombance n'est contraint de l'observer que dans la mesure où il tient à profiter de l'avantage que ce comportement conditionne. Sa carence n'est pas à proprement parler fautive, mais révèle une négligence de la part du bénéficiaire de l'avantage, à son propre détriment. La spécificité du régime de l'incombance est alors justifiée par la particularité de la contrainte qu'elle renferme. Il s'agit d'une contrainte qui ne se trouve pas dans l'intérêt direct du cocontractant mais dans celui de la personne sur qui elle pèse. Cela explique que les sanctions contractuelles traditionnelles, attachées à l'inexécution, qui ont vocation à enjoindre au contractant fautif de s'exécuter ou réparer le tort né de cette inexécution, ne sont pas adéquates pour corriger le comportement du contractant qui aura manqué à son incombance. La mesure associée à ce type d'exigence ne vise pas tant à ce que le contractant adopte à tout prix le comportement adéquat, mais à ce que sa négligence ne vienne pas, plus tard, causer un préjudice au cocontractant. La différence de caractère existant entre cette contrainte particulière qu'est l'incombance et le devoir contractuel, qui, sur ce point, se rapproche fortement de l'obligation contractuelle, justifie que leurs sanctions ne soient pas partagées. Cela se traduit, d'une part, à travers la sanction singulière qui accompagne le non-respect d'une incombance, qui a pour finalité d'éviter que le contractant qui n'agit pas dans son propre intérêt ne nuise de ce fait à son partenaire : il s'agit de la déchéance d'un droit (Section I), et d'autre part, par le fait que cette sanction, qui se révèle tout à fait autonome vis-à-vis des autres mécanismes juridiques dont elle est parfois rapprochée, rend inutile toute autre sanction en cas de manquement à une incombance contractuelle (Section II).

¹ V. *supra*, n° 181 et s.

² V. *supra*, n° 213 et s.

Section I

La déchéance d'un droit comme sanction spécifique de l'incombance

415. Le constat de la diversité des déchéances. Le terme déchéance, dérivé du verbe déchoir, lui-même issu du mot latin « *decadere* », signifiant « tomber »¹, désigne, en un sens juridique, les hypothèses où un sujet subit la « *perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice [...] à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc.* »². Cette définition de la déchéance révèle la diversité de ses manifestations. En effet, au regard du droit positif, et au-delà de la sphère contractuelle, il apparaît que la déchéance sanctionne tantôt une fraude³, un abus de jouissance d'un droit réel⁴, une faute professionnelle grave⁵, une faute pénale⁶, ou même encore l'inexécution d'une obligation⁷. Elle découle également parfois du prononcé d'une autre sanction, et en constitue ainsi un effet secondaire⁸. La déchéance d'un droit peut encore résulter du seul effet de la résolution d'un contrat⁹. D'ailleurs, il est à noter que le vocabulaire employé par le législateur, ou par les parties, n'est pas toujours d'une rigoureuse précision, et le terme de « déchéance » dissimule parfois des mécanismes différents¹⁰. Au surplus, une déchéance peut au contraire ne pas apparaître clairement dans un texte mais en être déduite et appliquée par la jurisprudence¹¹.

¹ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Déchéance.

² V. *Ibid.*

³ La sanction de la fraude par une déchéance n'intervient jamais en matière contractuelle. Certaines fraudes sont sanctionnées en droit de la famille par une déchéance, prononcée à titre complémentaire, à l'encontre du fraudeur. Par exemple, en matière de droit patrimonial de la famille, la fraude au régime de la communauté ou à la succession (le recel de biens communautaires ou successoraux), emporte la déchéance du droit aux biens recelés pour le fraudeur : V. art. 778 et 1483 C. civ. La fraude, en tant qu'agissement illicite est un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui, et non le manquement à une incombance (V. *contra* LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, spéc. n° 167 et s.).

⁴ V. par ex. l'abus de jouissance de l'usufruit, qui entraîne la déchéance de ce dernier : art. 618 C. civ.

⁵ V. par ex. les déchéances du dirigeant d'une société : art. L. 653-1 et s. C. com.

⁶ V. par ex. le prononcé de l'indignité successorale : V. art. 726 à 729-1 C. civ. (la déchéance intervient alors souvent à titre complémentaire).

⁷ V. par ex. la déchéance du breveté, ou du créateur d'une marque, qui sanctionne notamment le non-respect de leur obligation d'acquitter la taxe annuelle, V. art. L. 613-22 CPI.

⁸ V. par ex. la nullité d'une location-gérance, qui entraîne la déchéance du droit au bénéfice du statut des baux commerciaux pour le preneur, V. art. L. 144-10 C. com.

⁹ V. art. 11, al. 2 L. n° 89-462 du 6 juill. 1989 : la fin du bail implique la déchéance du locataire de tout droit d'occupation.

¹⁰ Pour le constat d'hypothèses où la déchéance dissimule une résolution du contrat, V. *infra*, n° 594. Pour une critique du recours à cette sanction en cas de défaut de proportionnalité du cautionnement, V. *infra*, n° 461.

¹¹ L'exemple type en est la règle posée à l'art. 2314 C. civ. : le texte fait état d'une « décharge » de la caution, et non d'une déchéance, mais la jurisprudence a appliqué ce texte en prononçant la déchéance du créancier à exercer son recours contre la caution : V. not. Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-14313 ; Cass. civ. I, 18 mai 2004,

Il s'avère ainsi difficile, pour ne pas dire impossible, de distinguer en droit positif, une notion de déchéance unitaire et de lui attribuer un régime uniforme¹. L'étude de la notion de déchéance présente une véritable complexité car le législateur a recours à cette sanction dans les domaines les plus variés, et ne lui attribue pas toujours les mêmes suites. En effet, malgré le grand nombre de déchéances légales en droit privé, « *la loi n'a fixé aucun principe général leur étant applicable* »². C'est ainsi à juste titre que M. SAUTEL a pu dire que la déchéance « *paraît être de ces notions dont l'utilisation est inversement proportionnelle à la compréhension* »³.

Ainsi il ne semble pas que les études de synthèse entreprises sur la déchéance, qui en proposent une analyse globale et unitaire⁴ puissent rendre correctement compte de l'état du droit en la matière. En tout cas, l'assimilation systématique qui a pu être effectuée entre l'existence d'une déchéance et la sanction d'une incombance, ne convainc guère⁵.

416. Déchéance et incombance : des notions non bijectives. Ce n'est pas parce que la déchéance sanctionne parfois le manquement à une incombance qu'elle encadre uniquement ce type de comportement. Considérer la déchéance et l'incombance comme des notions bijectives, réciproques, conduit, à la fois, à faire le choix d'une approche réductrice et peu réaliste de la notion de déchéance en droit français, mais aussi à déformer le sens précis que revêt la notion d'incombance. Néanmoins, il est intéressant de noter que, si dans la plupart de ses manifestations en droit français, la déchéance s'impose en dehors du cadre contractuel, la grande majorité des déchéances qui sont prévues en cette matière viennent

n° 03-1228 ; *adde* BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 1175 et s.

¹ En ce sens, V. not. JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, A. Rousseau, 1905, spéc. p. 91 ; *adde* DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 246 : « *il n'y a pas une notion unique de déchéance. Les auteurs qui ont tenté de réaliser l'unité se sont heurtés à cette difficulté, et chacun d'eux a été plus sensible à un des aspects de la déchéance* » ; ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 115 : « *L'ambivalence de la déchéance limite la possibilité d'en présenter une théorie parfaitement unitaire* ».

² V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, Toulouse I, 2003, spéc. n° 19.

³ V. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *D.*, 1999, p. 487 et s., n° 1 ; *adde* SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *RTD Civ.*, 1933, p. 1037 et s., n° 1 et s. ; BESSON (A.), « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT*, 1936, p. 225 et s., spéc. n° 1 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., spéc. n° 22 ; DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., spéc. n° 238 et s. ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 1047 et s.

⁴ V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.* ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc.

⁵ V. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 22, 30, 31, 35, 131, et not. 47 : « *Incombance et pouvoir constituent les deux caractéristiques de la déchéance qui en font une notion spécifique qui peut être définie de la manière suivante : la déchéance est la sanction du non-respect d'une incombance requise pour conserver le bénéfice d'un droit, consistant dans la perte de l'instrument qui en permet l'exercice appelé pouvoir, sans néanmoins anéantir la situation juridique de l'intéressé.* ».

sanctionner spécifiquement le manquement à une incombance. Or, c'est dans ce cadre spécifique, que l'analyse de la déchéance doit être opérée.

417. Une analyse de la déchéance dans ses applications en tant que sanction des incombances contractuelles. Dans le cadre contractuel, la déchéance est généralement la conséquence principale de l'inobservation d'une exigence comportementale préalable à la mise en œuvre d'un droit, et en conditionnant la jouissance¹. Un tel effet est assez aisément remarqué en matière contractuelle, en ce qu'il détonne sensiblement par rapport aux sanctions traditionnelles. Il présente un caractère atypique, notamment de par sa dimension punitive. De plus, cette sanction revêt une efficacité immédiate en ce que l'avantage juridique conditionné par l'incombance ne peut plus être réclamé si ce comportement n'est pas adopté. Cela offre un double intérêt en ce qu'une telle mesure permet à la fois la protection directe de l'autre partie contre l'incohérence de son partenaire, mais aussi la punition du contractant qui ne mérite plus l'avantage qui lui revenait au départ légitimement. Ces divers éléments expliquent que le régime de l'incombance soit souvent mis en lumière avec force par les auteurs. Il convient alors de se concentrer sur l'étude de la déchéance appliquée spécifiquement à la sanction des incombances contractuelles, et d'en comprendre à la fois la notion (§1), et le régime (§2).

§1- La notion de déchéance

418. Une étude de la notion de déchéance comme sanction de l'incombance contractuelle. Il ne s'agit pas, ici, d'opérer une étude de la déchéance dans la globalité de ses applications, une telle entreprise dépassant largement le cadre de cette recherche. Plus exactement, il convient d'analyser la déchéance telle qu'elle se manifeste lorsqu'elle vient spécifiquement sanctionner le manquement à une incombance contractuelle. En effet, l'examen de la notion de déchéance ne trouve d'intérêt qu'en ce qu'elle est rattachée à celle de l'incombance. Cela permet d'appréhender le régime de cette contrainte avec davantage de précision. Il convient alors de déterminer à la fois la nature d'une telle sanction (A), mais aussi ce sur quoi elle porte, à savoir son objet (B).

A- La nature de la déchéance

419. Les traits fondamentaux de la déchéance comme sanction de l'incombance contractuelle. Étudier la nature de la déchéance nécessite d'en relever les caractères fondamentaux, qui sont communs à ses manifestations en tant que sanction de l'incombance

¹ V. *supra*, n° 328 et s.

contractuelle et qui permettent de la définir. Or, précisément, la déchéance se caractérise par sa nature à la fois préventive et punitive (1). Mais aussi, en tant que sanction imposée au contractant, elle revêt une dimension objective dont la vertu explicative de la perte d'un droit est plus convaincante qu'une prétendue volonté tacite (2).

1. Une nature à la fois préventive et punitive

420. Une double fonction de préservation et de sanction. La plupart des études faites sur la déchéance mettent en avant la diversité des fonctions qu'elle revêt selon ses applications¹. Et il est souvent considéré par les auteurs que ces fonctions seraient alternatives : la déchéance aurait tantôt un rôle préventif, tantôt un rôle punitif², ce qui permettrait de distinguer les déchéances entre elles, de les classer³. Mais un auteur a récemment pu reconnaître que ce clivage est à dépasser⁴. Cela est particulièrement juste concernant les déchéances qui viennent sanctionner le manquement à une incombance : celles-ci ont une double dimension préventive et punitive. D'ailleurs, plus largement, ces deux aspects sont à l'œuvre concernant la déchéance en raison même de sa nature de peine, car toute peine comporte une dimension dissuasive en amont et répressive en aval⁵. La déchéance répond à la double nécessité de préserver les droits d'autrui et de sanctionner le manquement commis⁶.

421. La dimension préventive de la déchéance accompagnant l'incombance. La perte de l'avantage escompté par le contractant est une sanction particulièrement dissuasive du manquement à l'incombance. La déchéance encourue en cas d'adoption de ce type de comportement opère ainsi, en amont, comme une menace. C'est une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête du sujet dont est attendu le respect d'une incombance, et qui viendrait à s'abattre en cas de manquement. En effet, « *lorsqu'une formalité ou un acte sont exigés d'une personne [...] comment être sûr que celui qui a la charge de l'accomplir fera preuve de la diligence nécessaire ? La déchéance joue alors le rôle d'une menace au cas où les exigences légales ne seraient pas remplies* »⁷. Dans le prolongement de la finalité de

¹ V. not. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 240 et s. ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 56 et s.

² V. *Ibid.*

³ V. not. JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, op. cit., n° 1004.

⁴ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 21.

⁵ V. CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Ét. P. Kayser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 261 et s., spéc. n° 19.

⁶ V. MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 444.

⁷ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 242.

l'incombance, la déchéance qui y est assortie protège le cocontractant contre l'exercice arbitraire d'un droit¹. Elle vise « à priver une personne de la possibilité de causer un dommage en lui retirant l'exercice d'un droit qui en serait l'instrument »². La nature préventive de la déchéance se révèle en ce qu'elle a pour but d'éviter la survenance d'un préjudice pour le cocontractant³. De même, la déchéance qui accompagne l'incombance a pour rôle d'inciter le contractant à observer ce comportement, car la perte qu'il subirait dans le cas contraire serait tellement brutale et intense qu'elle annihilerait le peu d'avantage que le sujet pouvait retirer de son inertie⁴.

La peine est une sanction infligée à titre de punition et non de réparation⁵. Or, lorsqu'elle vient sanctionner le manquement à une incombance, la déchéance revêt la nature d'une peine, et plus précisément, d'une peine privée.

422. La nature de peine de la déchéance sanctionnant une incombance contractuelle. La déchéance venant sanctionner le manquement à une incombance est incontestablement une sanction⁶. Il s'agit d'ailleurs d'« une sanction réprobation et non une sanction récompense : son effet est manifestement négatif pour celui qui la subit »⁷. Plus précisément encore, la déchéance consiste en une peine.

Tout d'abord, la dimension punitive de la déchéance se traduit par son « mécanisme privatoire »⁸, en ce qu'elle implique la perte d'un avantage juridique. Elle entraîne la perte de la prérogative dont l'exercice est conditionné par l'incombance, et permet ainsi de contrer le danger résultant de l'incertitude planant sur sa mise en œuvre.

Ensuite, cette privation intervient dans un but de répression d'un comportement fautif adopté par le titulaire d'une prérogative juridique⁹. « La sanction de la faute du sujet signifie clairement que ce dernier mérite la privation de ses droits. La déchéance est un instrument de justice : une personne ne saurait arbitrairement perdre ses droits en l'absence de

¹ V. *supra*, n° 297 et s.

² V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 21.

³ V. MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 444 : « Le préjudice fait [...] partie intégrante de la déchéance ; mais il n'y a qu'un rôle secondaire puisque la déchéance a avant tout pour but d'éviter sa naissance ».

⁴ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 566.

⁵ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° peine.

⁶ V. *Ibid.*, n° 20 : « C'est traditionnellement à partir de l'idée de sanction que la doctrine appréhende la déchéance en droit privé ».

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. PAUL (F.), « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Dr. et patr.*, juin 2002, n° 105, p. 40 et s.

⁹ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », art. préc., n° 3 ; adde LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 20 : « la privation du droit est en étroite relation avec la faute de son titulaire », et spéc. n° 70 et s. : « la déchéance ne peut se départir de l'idée de faute » ; FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse préc., n° 504 et s.

manquement fautif imputable »¹. Une telle assertion peut *a priori* dérouter puisqu'il a été vu que le manquement à une incombance ne constitue pas à proprement parler une « faute »², en ce qu'il ne cause un tort qu'au sujet qui était soumis à cette exigence. Lorsqu'elle s'applique à l'incombance, la déchéance sanctionne une négligence qui est directement à l'encontre du propre intérêt du sujet sanctionné. Il s'agit d'un comportement singulier qui ne correspond pas au schéma traditionnel de la faute civile, mais le manquement à l'incombance n'en constitue pas moins un comportement anormal qui traduit l'indifférence du sujet vis-à-vis de son droit et il ne mérite plus, de ce fait, de pouvoir le revendiquer contre son partenaire. Cette négligence du sujet est sanctionnée par la déchéance de son droit.

La prise en compte de la négligence du contractant se révèle d'ailleurs à travers le point de départ donné au délai pour accomplir l'incombance : ce point de départ est subjectif, il s'agit du jour de la prise de connaissance du fait donnant lieu à l'exercice du droit³. Par exemple, en matière d'assurance, la Cour de cassation indique que le sinistre est constitué lorsque l'assuré a connaissance de l'événement et des conséquences éventuellement dommageables qui sont susceptibles d'engager la garantie de l'assureur⁴. La prise de conscience du sinistre implique que l'inaction de l'assuré est anormale. Un jugement est alors porté sur son comportement : il savait que le sinistre était survenu, et aurait donc dû le déclarer dans le délai imparti. Également, « *l'agrément extinctive répond à l'acceptation stricte de la déchéance, à une punition. La déchéance de l'obligation de livraison a pour cause la carence de l'acheteur dans le contrôle préalable de la prestation ou dans le refus d'agrément consécutif de l'inexécution* »⁵. Il s'agit bien d'une carence de l'acheteur puisque sa réaction n'est attendue qu'à compter de la date où il prend conscience de l'exigibilité de son droit, c'est-à-dire à partir de la découverte du vice⁶.

Enfin, l'application de cette sanction n'est pas liée à la preuve d'un préjudice subi par le cocontractant, bien au contraire, la déchéance permet d'éviter la survenance du préjudice⁷.

Cette dimension répressive, coercitive, de la déchéance lui confère ainsi « *un certain caractère pénal* »⁸. La déchéance fait alors partie de ces notions qui remettent en cause la dichotomie traditionnelle entre les sanctions civiles visant la réparation du dommage causé et

¹ LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 75.

² V. *supra*, n° 239.

³ Il s'agit d'un élément permettant de distinguer la déchéance de la forclusion, V. *infra*, n° 474.

⁴ V. not. Cass. civ. 20 juill. 1942, *préc.* ; Cass. civ. I., 25 mai 1976, n° 75-10186.

⁵ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 494.

⁶ V. not. Cass. civ. III, 2 févr. 1999, CCC, 1999, n° 171, obs. LEVENEUR (L.) ; 24 mars 2004, RDC, 2004, p. 976, obs. COLLART-DUTILLEUL (F.) ; 20 oct. 2004, RDC, 2005, p. 345, obs. COLLART-DUTILLEUL (F.) ; *adde* ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013, n° 219.

⁷ V. *supra*, n° 305 et s. et *infra*, n° 440 et 491 et s.

⁸ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 3.

les sanctions pénales ayant une vertu répressive. Cela est plus largement une caractéristique de la peine privée.

423. La nature de peine privée de la déchéance sanctionnant une incombance contractuelle. La déchéance est souvent rapprochée de la notion de peine privée en doctrine¹. La peine privée est « *une sanction civile qui atteint personnellement l'auteur d'un fait illicite [...] destinée à assurer l'ordre juridique privé, la peine privée est naturellement établie au profit des particuliers victimes de l'illicéité* »². Et s'il est vrai que toute déchéance n'est pas toujours une peine privée³, celle qui sanctionne spécialement le manquement à une incombance semble *a priori* y correspondre. En effet, il s'agit bien, dans un tel cas, d'une sanction civile qui frappe le contractant, dans le but de rééquilibrer des rapports d'ordre privé. Néanmoins, comme MME BOUCARD a pu le souligner, la notion de peine privée est plus étroite que celle de déchéance car elle bénéficie toujours à la victime du comportement sanctionné⁴. Or, celui qui manque à l'incombance est sa propre victime et sa déchéance avantage le cocontractant, on ne peut donc pas dire à proprement parler que la sanction « bénéficie à la victime »⁵. Il n'en reste pas moins que la déchéance venant sanctionner une incombance est bel et bien une peine privée, car si le déchu est sa propre victime, le cocontractant, qui aurait pu subir un préjudice, et être ainsi la victime du comportement de son partenaire⁶, sera finalement, et grâce à l'application de la déchéance, débarrassé d'une partie de ses obligations, ou bien ne subira plus le risque d'un exercice arbitraire d'une prérogative. La sanction est donc établie au profit du cocontractant de celui qui n'observe pas son incombance.

Lorsqu'elle s'applique à l'inobservation d'une incombance, la déchéance présente une nature à la fois préventive et punitive. Et à travers ces caractères en apparaît un autre, fondamental, à savoir que cet effet est imposé au contractant qui le subit. La déchéance n'est pas volontaire, elle est infligée de l'extérieur au sujet. Elle a une nature objective.

¹ V. *Ibid* ; adde SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.* ; CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *art. préc.*

² V. CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *art. préc.*, spéc. n° 26 ; adde JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse préc. ; *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Peine.

³ Certaines déchéances sont de véritables peines publiques : V. par ex. les déchéances prononcées à l'encontre du dirigeant d'une société, en raison de fautes graves de gestion. D'autres sont des sanctions civiles d'intérêt général ou collectif : V. par ex. la déchéance de la nationalité française ou l'ancienne déchéance de l'autorité parentale. V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 7 et s ; adde CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *art. préc.*, n° 43 et s. ; ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « Déchéance », *Rép. Civ. D.*, 1971, n° 7.

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 495.

⁵ V. *Ibid*.

⁶ Pour l'application de ces propos à l'exemple de l'agrément extinctive, V. *Ibid*.

2. Une nature objective

424. Le caractère involontaire de l'effet de la déchéance. Si la déchéance entraîne l'extinction d'un droit, « *l'extinction de ce droit n'est pas volontaire* »¹. La déchéance est imposée au déchu, de l'extérieur. Cela participe d'ailleurs de sa dimension punitive : elle est subie par celui contre qui elle joue. En cela, la déchéance se distingue de la renonciation à un droit. « *En effet, la déchéance est une sanction imposée de l'extérieur au titulaire, indépendante de sa volonté, sinon contraire à cette volonté, tandis que la renonciation est un acte de sa volonté, visant directement à produire un effet juridique déterminé, à savoir l'abdication d'un droit (ou d'un autre avantage légal)* »². Et pour les mêmes raisons, « *la renonciation ne coïncide nullement avec ce qu'on appelle en doctrine germanique *Verwirkung** »³. La « *Verwirkung* » est l'équivalent de droit allemand et d'origine prétorienne, de la déchéance du droit français, qui opère comme sanction de la mauvaise foi du sujet qui n'est plus légitime à exercer un droit dont il a antérieurement négligé la défense⁴. Ces institutions, de nature punitive, involontaire, objective, doivent ainsi être clairement distinguées de la renonciation à un droit qui implique une manifestation de volonté de la part de celui qui perd son droit. En cas de renonciation, la perte du droit est l'effet d'un acte de volonté abdicatif définitif et non d'une sanction. Or, il existe de nombreux cas, en droit positif, où de véritables déchéances, venant sanctionner le manquement à une incombance, se trouvent dissimulées derrière des pseudo-volontés tacites.

425. Des déchéances dissimulées derrière des pseudo-volontés tacites. Il faut observer que dans de multiples situations, les textes ou les parties au contrat prévoient qu'une demande ou une décision sera réputée acceptée ou refusée en cas de silence conservé pendant un certain temps par le cocontractant. En effet, dans certains cas, la loi ou les parties peuvent désigner à l'avance la signification que revêt le silence gardé par le bénéficiaire d'une option. Or, concrètement, de telles prévisions aboutissent en réalité à sanctionner l'inertie du titulaire du droit en lui retirant la possibilité de choisir l'exercice qu'il compte en faire. Il s'agit, dans de tels cas, de véritables déchéances dissimulées sous le recours à des fictions de volonté, qui aboutissent purement et simplement à éteindre le droit conditionné⁵.

Cela est particulièrement remarquable en droit des assurances. En effet, « *le silence occupe, désormais, une place incontournable dans le droit des assurances où, tour à tour, il*

¹ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 3 ; *adde* BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 480 et s.

² V. GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation*, Paris, LGDJ, 1971, n° 33 bis.

³ V. *Ibid.*, n° 27.

⁴ V. *supra*, n° 255 et s.

⁵ En ce sens, V. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., n° 189 et n° 292 et s.

peut conduire l'assureur à la renonciation à une exception de garantie ou, lorsqu'il ne réagit pas dans le délai imparti par la loi, à une acceptation sans condition de la modification d'un contrat ou encore en assurance « dommages ouvrage », à la prise en charge inconditionnelle d'un sinistre. Le silence est alors vécu comme une déchéance de droit de l'assureur »¹. Par exemple, l'article L. 113-4 du Code des assurances prévoit qu'à défaut de dénoncer le contrat d'assurance en cas d'aggravation des risques et après avoir adopté un comportement laissant présumer une « volonté tacite » de continuer le contrat d'assurance, l'assureur ne peut plus se prévaloir de cette aggravation des risques. Une renonciation de l'assureur est présumée mais il s'agit en réalité d'une déchéance du droit de dénoncer l'aggravation des risques : « l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques »². L'article L. 112-2, alinéa 5 du même Code en donne un nouvel exemple : la proposition de modification du contrat d'assurance faite par l'assuré à l'assureur peut être refusée par ce dernier dans un délai de dix jours, à l'expiration de ce délai l'assureur est présumé avoir accepté la proposition. En réalité il s'agit de la perte du droit d'invoquer un refus du fait de son inertie au cours du délai posé³. De nombreux autres exemples du phénomène peuvent encore être donnés et dans d'autres types de contrats⁴.

Or, le mécanisme de la déchéance doit être préféré à celui d'une pseudo-volonté tacite pour expliquer cet effet privatif d'un droit car *« il est plus simple, fondé sur des considérations objectives, et il évite de recourir à une fiction de volonté »*⁵. Au surplus, la déchéance a une véritable vertu explicative de la dimension punitive de cette perte qui survient pour sanctionner l'inertie du contractant, car, dans ce cas, *« il n'est plus question de la force obligatoire d'une renonciation mais d'une norme de cohérence des comportements »*⁶.

426. La vertu explicative de la perte d'un droit attachée à la déchéance. En droit français, la doctrine est pendant longtemps restée très attachée au principe de l'autonomie de la volonté. Ainsi l'inaction d'un contractant ne pouvait s'analyser que comme une volonté tacite de sa part d'arriver au résultat obtenu par son abstention. Toute idée de sanction d'un

¹ V. PERIER (M.), « L'éloge du silence », *GP*, 17 août 2010, n° 229, p. 13 et s. ; *adde* sur la doctrine analysant le silence de l'assureur comme valant acceptation, V. not. TUFFREAU (P.), « Le silence et le contrat d'assurances », *RGAT*, 1989, p. 761 et s. ; FAVRE-ROCHEX (A.), « Le silence et l'assureur », *GP*, 19 fév. 1995, p. 5 et s. ; LE COURT (B.), « Le silence de l'assureur peut valoir acceptation », *Argus*, 17 oct. 1997, p. 28 et s. ; BUISSON-FIZELLIER (A.), « Les silences condamnables de l'assureur », *Trib. ass.*, n° 33, mars 2000, p. 39 et s.

² V. not. Cass. civ. II, 10 nov. 2009, n° 08-21447 ; Cass. civ. I, 14 juin 1978, n° 77-10384.

³ V. not. Cass. civ. I, 21 mai 1975, n° 74-10361, *Bull. civ. I*, n° 165 ; *RGAT*, 1976, p. 175, note BESSON (A.) ; 7 avr. 1987, n° 85-15834, *Bull. civ. I*, n° 120, *RGAT*, 1987, p. 401, note BIGOT (J.) ; 7 mai 1969, n° 67-12919, *RGAT*, 1969, p. 484, note BESSON (A.) ; 22 mai 1991, n° 89-21042, *Bull. civ. I*, n° 169, *RGAT*, 1991, p. 484, note BESSON (A.) ; *adde supra*, n° 157.

⁴ V. *supra*, n° 158 et s. et n° 255 et s.

⁵ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 259.

⁶ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 485. Sur le lien entre incombance et cohérence, V. *supra*, n° 328 et s.

comportement contraire à la bonne foi contractuelle était alors écartée. Cependant, une telle analyse conduit à opérer des fictions de volontés¹, et en cela, elle n'emporte pas la conviction. D'ailleurs, depuis plusieurs dizaines d'années maintenant, la doctrine s'évertue à repenser le contrat sous l'angle de l'exigence de bonne foi. Dans une analyse objective des rapports contractuels, les contractants ne sont pas complètement libres quant à leur comportement, ils doivent respecter certaines normes de conduite.

Séduits par le réalisme des systèmes juridiques voisins, qui, à travers les notions de « *Verwirkung* »², de « *Rechtsverwerking* »³, ou encore d'« *estoppel* »⁴, sanctionnent par la neutralisation du droit l'incohérence de son titulaire qui a donné l'impression à l'autre partie qu'il ne s'en servirait plus, des auteurs français proposent justement de passer à une analyse plus objective du phénomène⁵. En effet, l'analyse des droits étrangers nous montre la préférence de ces systèmes pour une conception objective de la sanction de celui qui, par son attitude se contredit au détriment de son partenaire. Au lieu de renoncer tacitement à l'exercice d'un droit, le contractant se voit opposer l'application automatique d'une sanction extérieure, involontaire, en raison de son inertie. Et précisément, il subit la perte de son droit par l'effet d'une déchéance venant sanctionner l'inobservation de l'exigence comportementale qui en conditionnait la légitime revendication. La déchéance comme sanction du manquement à une incombance correspond à une analyse objective du phénomène observé. Ainsi, par exemple, si « *l'agrégation libératoire de l'acheteur illustre l'exceptio doli generalis, qui interdit d'invoquer ce à quoi l'on a renoncé ou semblé le faire* »⁶, le phénomène peut être plus justement expliqué comme une « *libération du vendeur [...] à la fois involontairement et à titre de peine : l'acheteur ne renonce pas à l'obligation de livraison impayée ; il se trouve*

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 485 : à propos des renonciations tacites : « *bien qu'une manifestation de volonté univoque soit exigée, et qu'à cette fin le silence soit normalement exclu, ces remparts ne suffisent pas toujours.* ».

² Les rédacteurs du BGB ont délaissé l'*exceptio doli generalis* romaine, mais ses interprètes l'ont redécouverte dans le § 242 BGB, érigé en garde-fou contre l'exercice des droits contraire à la bonne foi V. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs, op. cit.*, n° 657 et s. ; RANIERI (F.), « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law », *art. préc.* L'art. 2 CO suisse s'est inspiré du « modèle » allemand. La doctrine et la jurisprudence ont reçu l'institution de la *Verwirkung*, reliée à l'abus de droit – mais sans toujours la dégager de la renonciation tacite. Sur la « *Verwirkung* », V. *supra*, n° 319.

³ V. not. FORIERS (P.-A.), « Décharge – réception – quittance », *art. préc.*, spéc. n° 60 et s. ; *adde* STIJNS (S.) et SAMOY (I.), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport belge », *art. préc.*, n° 25 et s. Depuis 1980, sous l'influence des auteurs de langue flamande, la « *Verwirkung* » s'est propagée au sein de la doctrine francophone sous le nom de « *Rechtsverwerking* ». Ce principe veut que « *le titulaire d'un droit se voit privé – indépendamment de toute renonciation volontaire, tacite ou expresse, de sa part – de la faculté d'exercer ce droit lorsqu'il a adopté un comportement inconciliable avec [son] exercice* ». Sur la *Rechtsverwerking*, V. *supra*, n° 319.

⁴ Ce principe implique « *l'interdiction de profiter de ses propres contradictions [et] de souffler à la fois le chaud et le froid* ». Sur l'« *estoppel* », V. *supra*, n° 320.

⁵ V. not. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives, thèse préc.*, n° 130, 235 et s. et 259 ; *adde* RANIERI (F.), « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law », *art. préc.* ; BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 485 et s.

⁶ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 170.

*frappé de déchéance pour avoir failli à certaines de ses incombances, en l'occurrence le contrôle de la livraison et le refus d'agrément de ses défaillances »*¹.

La sanction d'un comportement incohérent se trouve ainsi parfois dissimulée derrière de pseudos-fictions de volonté. A bien vouloir considérer qu'aucune volonté ne s'exprime véritablement dans de telles hypothèses, il apparaît, en réalité, que le contractant perd un avantage qui lui revenait *ab initio* légitimement. Reste alors à déterminer précisément l'objet de la peine encourue par l'effet de la déchéance.

427. La nécessaire détermination de l'objet de la peine encourue. La déchéance se caractérise avant tout par sa dimension punitive. Cet aspect implique qu'elle opère en amont à titre de menace, et en aval à titre de répression d'un comportement impropre. Plus précisément, elle incite le contractant à observer son incombance et s'impose à lui en cas de manquement. Seulement, si la nature punitive de cette sanction est clairement identifiée, reste à déterminer exactement son objet. En effet, il convient de voir comment et sur quoi porte la peine encourue.

B- L'objet de la déchéance

428. L'objet de la peine en question. Si la déchéance a une nature punitive, se pose néanmoins la question de l'objet exact de la peine encourue. La déchéance a un effet extinctif à titre de sanction. Elle entraîne une perte pour le contractant qui n'observe pas son incombance. Seulement, la teneur de cette perte est à déterminer. Il s'agit d'une question assez discutée en doctrine, qui ne trouve pas de consensus². Selon les uns, la déchéance entraînerait la perte du droit³, selon d'autres, elle ne priverait que de l'exercice du droit et non

¹ V. *Ibid.*, n° 480.

² Il existe une même hésitation en droit allemand concernant la *Verwirkung* : V. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, op. cit. n° 666 : pour les uns, elle « ne provoque pas stricto sensu l'extinction du droit mais constitue un empêchement permanent à son exercice » ; d'autres rétorquent qu'un « droit qui ne confère plus aucune prérogative n'est plus un droit ».

³ V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », art. préc., n° 12, n. 2 et n° 23 et s. ; adde COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse préc., p. 23 ; DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 240 et s., n° 246 ; LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, D., 13^e éd. 2011, n° 488 ; ANDRÉ (C.), *Le fait du créancier contractuel*, thèse préc., n° 363 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 58, 484 et s. ; LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », art. préc. ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 376 et s. Ou la perte d'un avantage lié au droit : V. not. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », art. préc. ; CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 15 et s. ; ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 118.

du droit lui-même¹. La disparité apparente des solutions de droit positif, n'aide guère à clarifier ce point, mais elle invite à rechercher une logique d'ensemble. Or, reconnaître que la déchéance a pour objet la perte du droit substantiel apparaît à la fois cohérent au regard de sa nature (1), et opportun compte tenu des enjeux attachés à un tel effet, notamment lorsqu'il touche un droit de créance (2).

1. *La cohérence de la perte du droit substantiel au regard de la nature de la déchéance*

429. Le constat d'un manque de clarté des textes. Dans la plupart de ses manifestations, la déchéance venant sanctionner le manquement à une incombance semble entraîner la perte d'un droit attendu du contrat par l'une des parties. Ainsi, par exemple, les textes prévoient que la déchéance entraîne la perte du droit à la garantie en droit des assurances², la perte du droit aux recours cambiaires³, la perte du droit à l'allocation complémentaire versée par l'employeur⁴ etc.

Certains textes font clairement état de la perte d'un droit, et plus spécifiquement d'une créance, mais divergent quant à l'étendue de la créance perdue. Il en va ainsi par exemple, en matière d'information annuelle de la caution. L'article 2293 du Code civil prévoit la « *déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* », malheureusement le législateur n'a pas prévu de limite dans le temps à cette déchéance⁵. L'article L. 313-22 du Code monétaire et financier évoque la « *déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* »⁶. Enfin, l'article L. 341-6 du Code de la consommation dispose qu'à défaut d'information, « *la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information* ». La solution est plus nette concernant la sanction accompagnant l'incombance d'information conjoncturelle, car tous les textes évoquent le fait qu'à défaut d'obtenir cette information, la caution ne

¹ V. not. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 40 ; adde WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, spéc. n. 89 ; BÉNABENT (A.), « Observations finales », in *Les prérogatives contractuelles*, coll. *préc.*, p. 746 et s. ; LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse préc., n° 412.

² V. art. L. 113-2-3°, L. 113-2-4°, L. 121-12 §2, et L. 172-28 C. assur.

³ V. art. L. 511-49 C. com.

⁴ V. art. L. 1226-1 C. trav.

⁵ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, n° 321, p. 202 ; les auteurs avancent qu'« *en dépit du silence du législateur, il faut admettre que les accessoires ne sont plus perdus à partir de la date à laquelle l'information est enfin donnée ; cette solution est dictée avec la plus grande force par la logique de la sanction* ».

⁶ Pour une application, V. Cass. com., 20 oct. 1992, *préc.* Cette sanction « *s'applique même lorsque [les intérêts] ont été inscrits en compte courant* » : Cass. com., 25 mai 1993, *préc.* Elle ne s'applique qu'aux intérêts contractuels et non légaux : Cass. civ. I, 9 déc. 1997, *préc.*

saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée¹. La jurisprudence a pu clairement prononcer une déchéance du droit aux intérêts échus contre le créancier².

Mais les textes sont parfois plus ambigus et ne permettent pas de trancher de manière claire quant à l'effet exact de la déchéance. Il en va ainsi par exemple de la perte du droit d'invoquer la garantie des vices cachés : l'acheteur qui n'intenterait pas l'action en défaut de conformité de la chose dans le délai de deux ans encourrait la déchéance de son droit d'agir³. Un même effet est prévu en matière d'actions en supplément de prix formée par le vendeur, et en diminution de prix ou en résiliation du contrat par l'acquéreur⁴. Ces dispositions traduisent la tentation du législateur à raisonner en termes de prescription d'une action, ce qui est de nature à fausser l'analyse⁵. En effet, les traits caractéristiques de la déchéance sus-évoqués s'accordent mal avec un effet aussi neutre que celui de la perte du droit d'agir. La perte du droit substantiel correspond davantage à la nature punitive et objective de la déchéance.

430. La perte d'un droit liée à la nature punitive et objective de la déchéance.

La déchéance n'est pas neutre. Il a été vu que sa dimension punitive est primordiale. En cela elle doit nécessairement avoir un effet dissuasif, et l'extinction qu'elle occasionne doit être suffisamment grave pour que le contractant ne soit pas tenté de manquer à son incombance. Pour avoir un impact suffisant, elle doit donc avoir un effet particulièrement sévère. Or, il s'avère que la seule perte de la contrainte manque de ce caractère dissuasif et punitif et ne correspond pas à la philosophie de cette sanction. Considérer que la déchéance ne porterait que sur le droit d'agir et non sur le droit substantiel reviendrait à relativiser singulièrement sa dimension punitive. Plus largement, la déchéance « *s'apparente à un phénomène qui transforme et bouleverse les situations juridiques* »⁶. « *Cette sanction modifie les droits de la personne affectée par la sanction : elle se trouve amputée d'une partie de ses droits* »⁷.

La sévérité de cet effet est également liée à la dimension objective et quasi-automatique de la déchéance. Cela fait d'ailleurs sa particularité par rapport à d'autres types de sanctions, telles que le refus par le juge d'accueillir une prétention en justice pour cause de mauvaise foi de celui qui l'allègue⁸. Dans cette hypothèse le magistrat décide de lui-même, sans se fonder sur l'application d'une sanction automatique et extérieure, que la prétention ne

¹ V. art. L. 341-1 et L. 313-9 C. consom. ; art. 47 L. 11 févr. 1994 ; V. *supra*, n° 159.

² V. CA Orléans, 12 mars 1996, *préc.* ; CA Reims, 27 févr. 1997, *préc.* D'ailleurs, les juges du droit ont pu préciser qu'il faut comprendre, dans l'art. L. 341-1 C. consom., les pénalités au sens large, ce terme intégrant les pénalités d'essence contractuelle intégrées dans une clause pénale (C. civ., art. 1152) : V. Cass. civ. I, 19 juin 2013, n° 12-18478.

³ V. art. 39 de la *CVIM*, V. not. CA Riom, ch. com., 29 mars 2006, *préc.* ; Cass. civ. I, 8 avr. 2009, *préc.*

⁴ V. art. 1622 C. civ.

⁵ Sur la distinction de la déchéance et de la prescription, V. *infra*, n° 467 et s.

⁶ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 376.

⁷ V. *Ibid.*

⁸ V. *infra*, n° 546.

mérite pas, pour cette fois, d'être accueillie¹. Il ne peut qu'empêcher l'exercice momentané du droit, sans le remettre directement en cause, sous peine d'opérer une réfaction du contrat. En revanche, la déchéance apporte une modification des prévisions initiales des parties de manière justifiée car l'atteinte à l'immutabilité de la convention est soit orchestrée par le législateur, auquel cas les parties comme le juge y sont soumis, soit voulue par les parties, et opère alors dans le plus strict respect de la lettre de l'article 1134 du Code civil. « *Spéciale par nature, la déchéance autorise la réfaction du contrat ou la modification de l'équilibre des obligations* »². Et cet aspect se retrouve évidemment à travers le régime de la déchéance³, mais aussi, et plus particulièrement, quant aux enjeux de son effet extinctif lorsqu'il s'attache à un droit de créance.

2. *L'opportunité de la perte du droit substantiel concernant un droit de créance*

431. L'extinction corrélatrice de l'obligation du débiteur. Lorsque le droit dont l'une des parties se trouve déchu est un droit de créance, cela entraîne l'extinction corrélatrice de l'obligation du débiteur. La déchéance présente un effet libératoire pour le cocontractant. Ainsi, si l'assuré est déchu de son droit à garantie, l'assureur n'a plus à lui verser la somme correspondant à l'indemnisation du sinistre subi. Si l'acheteur ne dénonce pas les défauts de la chose dans les délais, il ne peut plus se prévaloir de l'existence d'un vice caché pour obtenir la garantie initialement due, et le vendeur est ainsi libéré de son obligation de garantie. Si le créancier bénéficiaire d'un cautionnement est déchu du droit de poursuivre la caution, celle-ci se voit libérée de son obligation au paiement, etc. L'extinction de la créance implique également l'extinction de l'ensemble des remèdes liés à la créance⁴. Par exemple, en cas de perte du droit à la garantie des vices cachés, l'acheteur perd alors le droit d'exercer l'action rédhibitoire ou estimatoire⁵.

La déchéance trouve ainsi une répercussion évidente sur le plan patrimonial. D'ailleurs il a été plus largement remarqué que « *dans le domaine du droit privé, il n'est guère de déchéances qui ne soient susceptibles d'exercer par voie de conséquence une influence sur la composition du patrimoine* »⁶. Et plus précisément, lorsqu'elle vient sanctionner le manquement à une incombance contractuelle, « *la déchéance est susceptible d'éteindre une créance indemnitaire à l'occasion de la réalisation d'un contrat. La déchéance est*

¹ V. *infra*, n° 507 et s.

² V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 607.

³ V. *infra*, n° 442 et s.

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 491 et s. ; *adde* FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 67.

⁵ V. art. 1644 C. civ.

⁶ V. JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse préc., p. 31.

particulièrement rigoureuse pour ceux qu'elle frappe : son effet privatif de droits crée une disproportion du rapport d'obligation au détriment de l'une des parties au profit de son cocontractant »¹. La déchéance crée un déséquilibre évident entre les obligations des parties lorsqu'elle porte sur un droit de créance. Par exemple, dans le contrat d'assurance, la déchéance retire à l'assuré en cas de sinistre « *le bénéfice même du contrat, sans pour autant le décharger de son obligation de payer la prime* »². Également, en cas de déchéance du prêteur de son droit aux intérêts, le prêt est maintenu et le prêteur ne se trouve pas libéré de son obligation de prêt, il reste tenu selon l'échelonnement initial des remboursements. Il en va de même en cas de décharge de la caution consécutive à la déchéance du créancier : alors que l'engagement du créancier avait pour cause directe le paiement de la caution en cas de défaillance du débiteur principal, celle-ci ne sera plus tenue au paiement des sommes correspondant aux privilèges que le créancier détenait contre le débiteur et qu'il a négligés. La déchéance subie par l'un des contractants opère ainsi un bouleversement de l'équilibre initial des prestations³. Et, à bien vouloir considérer que la déchéance entraîne la perte du droit substantiel, ce bouleversement sera alors définitif, car le paiement effectué par le contractant déchargé sera indu et devra lui être restitué.

432. La répétition du paiement de l'indu ou l'absence d'obligation naturelle.

Un des enjeux principaux liés au débat relatif à l'objet de la déchéance est celui de la reconnaissance ou non d'un droit à la répétition de l'indu au profit du contractant qui, malgré sa décharge, paye tout de même son partenaire déchu⁴. Cette question rejoint celle de savoir si le paiement effectué après déchéance est constitutif d'une obligation naturelle ou non. Son enjeu est de déterminer sur qui pèse le poids définitif de la dette.

Plaider pour une analyse minimaliste de l'effet de la déchéance, selon laquelle celle-ci n'éteint pas le droit mais seulement le pouvoir de l'exercer, implique nécessairement de reconnaître que le paiement effectué par le contractant qui bénéficie de la déchéance de son partenaire, reste causé, et n'a donc pas à être répété. Or, une telle approche conduit à relativiser très fortement l'intérêt de l'exigence comportementale posée. En effet, loin de protéger le débiteur, la mise en œuvre de la déchéance opère alors une stigmatisation de son comportement : qu'elle passe par une « pseudo-renonciation » du contractant déchargé à son droit – c'est-à-dire une fiction de volonté – ou par une « déchéance du droit de se prévaloir de la déchéance de l'autre », l'analyse confine à créer une déchéance là où ni le législateur, ni les parties n'en ont prévu. Une telle approche de l'objet de la déchéance aboutirait ainsi à déplacer le curseur de la sanction du déchu sur le protégé initial : le débiteur qui paie son

¹ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 50 et n° 485 et s.

² V. PICARD (M.) et BESSON (A.), *Le contrat d'assurance, les assurances terrestres*, t. I, 5^e éd., LGDJ, 1982, spéc. p. 208.

³ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 488.

⁴ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 30, n. 89.

créancier déchu, que ce soit en connaissance de cause ou non, ne pourra plus se prévaloir de cet état. Finalement, la partie qui se voyait protégée par l'incombance et la déchéance qui l'accompagne, ne le sera plus si c'est par erreur qu'elle paye spontanément le créancier, en s'apercevant trop tard qu'il était déchu de son droit.

En revanche, accepter que la perte subie porte sur le droit substantiel permet de concevoir que celui qui paye son créancier déchu pourrait se voir restituer ce qu'il aurait indûment versé¹. La finalité à la fois protectrice, dissuasive et punitive de la déchéance se trouve alors préservée. À défaut d'avoir renoncé clairement au droit de se prévaloir de la déchéance², celui qui paye le déchu devrait pouvoir obtenir répétition de son paiement, celui-ci étant indu. D'ailleurs, il est intéressant de noter que, même lorsqu'il est plaidé en doctrine pour une approche minimaliste de l'effet de la déchéance, il est alors recherché un moyen de contourner la sévérité de la conséquence d'une telle approche à l'égard du contractant déchargé³. Au surplus, la déchéance d'un droit est parfois invoquée à titre principal par le débiteur qui l'oppose à son créancier. Dans une telle circonstance, la déchéance n'opère pas comme limite au droit d'agir du créancier, mais comme moyen de faire reconnaître par le juge qu'il n'a plus le droit au paiement de telle ou telle créance.

L'intérêt de reconnaître que la déchéance entraîne la perte du droit substantiel se révèle également en présence de codébiteurs solidaires.

433. L'effet de la décharge du débiteur sur les codébiteurs solidaires.

L'opportunité de retenir la perte du droit comme objet de la déchéance a pu être soulignée en doctrine au regard d'un type particulier de situation, à savoir celle où le débiteur déchargé se trouve en présence de codébiteurs solidaires. L'exemple type est celui où un créancier bénéficie de l'engagement de plusieurs cautions et manque à une incombance seulement vis-à-vis de l'une d'elles. La déchéance étant une sanction personnelle, elle ne profite qu'à la personne envers qui l'incombance n'a pas été observée⁴. Ainsi, la déchéance est « *personnelle à la caution qui l'invoque et ne profite pas aux autres cautions, fussent-elles solidaires* »⁵. Or, reconnaître que la déchéance ne touche que le seul droit de poursuite et non la créance de garantie, peut entraîner un effet pervers : dans une telle hypothèse, le créancier pourrait contourner l'effet de sa carence en poursuivant une caution qui n'aurait pas subi le

¹ En ce sens, V. not. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *art. préc.*, n° 37 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 379 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 58 : « l'extinction des créances par déchéance ne laisse survivre aucune obligation naturelle ».

² Sur la renonciation comme limite à la mise en œuvre de la déchéance, V. *infra*, n° 453.

³ V. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 453 et s. Pour une critique de cette approche, V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 378.

⁴ V. *infra*, n° 439.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 9 nov. 2004, n° 01-03772.

manquement à une incombance, ce cofidėjusseur pouvant alors actionner pour sa part contributive la caution déchargée du seul droit de poursuite du créancier¹. Il est vrai que reconnaître la perte substantielle du droit à garantie implique que les cofidėjusseurs supportent le poids de la part contributive de la caution déchargée alors que le créancier conserve ses recours contre les cautions auprès desquelles il a observé ses incombances, le cas échéant. Néanmoins, il a pu être justement souligné qu'il existe « *un cas où disparaissent les conséquences inévitables de la déchéance de la créance de garantie : lorsque les cautions ont stipulé l'indivisibilité de leurs cautionnements* »². Dans une telle hypothèse le créancier perd alors sa créance de garantie à l'égard de chaque cofidėjusseur, et la déchéance se montre « *véritablement dissuasive pour le créancier* »³.

Enfin, il est possible de souligner un dernier intérêt à la perte du droit substantiel occasionnée par la déchéance lorsque celle-ci résulte du manquement à son incombance par le dirigeant d'une société.

434. L'enjeu fiscal de la déchéance nuisant aux résultats de la société. Le manquement à une incombance peut être, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, de nature à impacter directement les résultats de la société. Admettre que la déchéance résultant de l'adoption d'un tel comportement, entraîne la perte du droit, implique que lorsque l'incombance conditionne l'exercice d'un droit de créance, le manquement empêche cette créance d'intégrer les bénéfices nés de l'exploitation. L'inobservation d'une incombance est un comportement adopté à l'encontre de l'intérêt social car elle fait perdre aux résultats de la société une créance qui lui revenait *a priori* légitimement. Il s'agit d'un comportement anormal car il est au propre détriment de la société que le dirigeant doit pourtant représenter au mieux. Il équivaut, en cela, à la renonciation induite à un profit. Le manquement à une incombance peut alors consister, dans le cadre spécifique du droit des sociétés, en un acte anormal de gestion. Or, la théorie prétorienne de l'acte anormal de gestion veut que soit rendu « *inopposable à l'administration fiscale tout acte qui, parce qu'il ne comporte pas une contrepartie suffisante pour l'exploitation, diminue indûment le résultat fiscal, ce qui se traduit par un manque à gagner fiscal* »⁴. En vertu de cette théorie, le fisc peut « *rectifier l'assiette de la créance fiscale en neutralisant les conséquences de l'acte sur le résultat imposable* »⁵. Cela redouble la sévérité, l'intensité de la sanction du manquement à l'incombance en droit des sociétés et confirme que « *les dirigeants ne sauraient faire*

¹ En ce sens, V. HOUTCIEFF (D.), « Cautionnement », *Jcl. Encyclopédie des Huissiers de Justice*, Fasc. 20, LexisNexis, juill. 2015, n° 97 et s. ; *adde* SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 379.

² V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 379.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 379.

⁵ V. *Ibid.*

n'importe quoi, n'importe quand, n'importe comment »¹. La société doit assumer les conséquences fiscales de la faute de gestion du dirigeant qui n'aura pas observé son incombance, par exemple, qui n'aura pas informé l'assureur de la survenance du sinistre², qui n'aura pas averti la caution du défaut de paiement du débiteur principal³, qui n'aura pas informé le cédant quant à la survenance d'un événement de nature à influencer sur la mise en œuvre de la garantie de passif⁴, etc.

À travers ces différents enjeux, transparaît finalement l'intérêt d'une sanction réellement dissuasive afin d'inciter le contractant à se conformer à son incombance. Cet aspect de la déchéance se retrouve d'ailleurs au niveau de son régime.

435. La cohérence du régime de la déchéance au regard de ses caractéristiques.

L'étude du régime de la déchéance suit méthodiquement celle de sa notion. Ces données sont précisément en interaction car les composants du régime qui vont être soulignés, ont influencé l'analyse de la notion de déchéance, et réciproquement, les éléments relevés concernant la nature et l'objet de cette sanction ont des incidences directes sur son régime.

§2- Le régime de la déchéance

436. Étude du régime de la déchéance comme sanction de l'incombance. Tout comme l'étude de la notion de déchéance, l'analyse de son régime se concentre sur ses manifestations en tant que sanction spécifique des incombances contractuelles. Dans ce cadre précis, les caractéristiques de la déchéance précédemment exposées se retrouvent à travers son régime, c'est-à-dire, à la fois dans les conditions de son prononcé (A), mais aussi au regard des règles qui opèrent lors de sa mise en œuvre (B).

A- Les conditions de la déchéance

437. Des conditions attachées à la déchéance en raison de sa nature punitive. Avant de voir la mise en œuvre proprement dite de la déchéance, il convient d'analyser les différentes conditions qui s'attachent à son prononcé, et qui ne sont pas étrangères à la dimension punitive de cette sanction. En effet, d'un point de vue positif, la nature punitive de la déchéance explique, tout d'abord, l'application de différents principes (1), et d'un point de

¹ V. *Ibid.*

² V. *supra*, n° 157.

³ V. *supra*, n° 159.

⁴ V. *supra*, n° 169.

vue négatif, elle conduit, ensuite, à discuter du bien-fondé de certaines conditions parfois attachées à son mécanisme (2).

1. Les principes appliqués

438. Le principe de légalité de la peine. Le principe essentiel de la légalité des infractions dont l'origine est ancienne (« *nullum crimen, nulla poena sine lege* », selon un adage latin) irrigue aujourd'hui tout le droit pénal¹. En vertu de ce principe consacré par l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789², et revêtant donc une valeur constitutionnelle³, le législateur ou l'autorité compétente en matière réglementaire possèdent un pouvoir exclusif pour créer des normes répressives⁴. Ce principe veut que le justiciable ne puisse être pénalement sanctionné sans avoir été averti, au préalable, de la condamnation exacte assortissant son comportement. En effet selon BECCARIA, « *ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes, [mais] la certitude du châtiment* »⁵. Ainsi, il est interdit au juge de créer une sanction ou de l'appliquer dans un cas non prévu par la loi ou le règlement⁶.

Or, un tel principe peut être transposé aux déchéances civiles⁷. En effet, « *les déchéances civiles trouvent leur source dans un texte, en vertu d'une disposition légale ou réglementaire. Il n'y a point de déchéances sans texte : sa mise en œuvre suppose qu'elle soit préalablement prévue par une loi ou un règlement. Ce postulat procède de la gravité des effets attachés à la déchéance : le sujet doit être averti avant d'être frappé par la déchéance* »⁸. Les principes relatifs à la peine doivent logiquement trouver à s'appliquer à la déchéance puisqu'elle poursuit un objectif coercitif.

Néanmoins, en matière civile, ce principe est plus souple car la déchéance peut être prévue tant par le législateur que par les parties au contrat. En effet, si la plupart du temps

¹ V. art. 111-3 C. pén. : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention.* ».

² V. art. 8 DDHC : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

³ La DDHC faisant partie du « bloc de constitutionnalité », le Conseil constitutionnel a été amené à rappeler la valeur constitutionnelle de ce principe : V. not. CC, D° 127, 19-20 janv. 1981, D., 1982, p. 441, note DEKEUWER (A.) ; CC, 10-11 oct. 1984, RSC, 1985, p. 341, obs. BOULOC (B.).

⁴ La loi est compétente pour prévoir les peines en matière criminelle et correctionnelle, et le pouvoir exécutif peut, dans les limites légales, fixer les peines contraventionnelles par voie réglementaire (V. art. 111-3 C. pén. préc. et art. 34 et 37 de la Constitution de 1958).

⁵ V. BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979, p. 105.

⁶ Ainsi, par ex., les tribunaux ne peuvent pas prononcer, à titre de peine complémentaire, une déchéance qui ne serait pas prévue par la loi : V. Cass. crim., 22 mai 1986, Bull. crim. n° 167 ; 25 sept. 1995, Bull. crim. n° 277.

⁷ En ce sens, V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, spéc. n° 497 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 34 et s.

⁸ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 34.

c'est le législateur qui prévoit l'application de la déchéance¹, par le biais des stipulations contractuelles les parties peuvent concevoir, *ab initio*, la mise en œuvre d'une déchéance en cas d'inobservation de leur incombance². Et le cas échéant, le principe de légalité se manifesterà à travers les exigences de clarté et de précision qui s'attachent à la stipulation de la clause de déchéance. Cela est particulièrement visible en matière d'assurance. En effet, le législateur impose aux parties de stipuler expressément la déchéance sanctionnant l'assuré. La déchéance « doit être spéciale, claire et précise »³. Elle doit être inscrite en caractères très apparents⁴, et cela afin que « l'attention de l'assuré [soit] spécialement appelée sur ce type de clause »⁵. À défaut, la clause est réputée non écrite en raison de son caractère abusif. Si la règle des caractères très apparents est interprétée avec souplesse par la Cour de cassation dès lors que la déchéance est prévue par la loi⁶, il n'en reste pas moins qu'elle condamne sévèrement l'assureur dès lors que la déchéance n'est pas du tout prévue dans le contrat⁷. La déchéance doit pouvoir être connue, *ab initio*, par le contractant.

En revanche, le principe de légalité fait que le juge ne peut pas créer une déchéance *ex nihilo*. En effet, ce dernier ne saurait prononcer une déchéance sans que cette sanction n'ait

¹ Par exemple, les déchéances liées au manquement à diverses incombances imposées dans le contrat de vente, V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 497 : « Dans la plupart des hypothèses, l'agrégation extinctive de l'obligation de livraison respecte cet impératif de légalité. Le modèle réside dans les dispositions concernant la garantie de l'objet, celle des défauts dans le Code civil mais aussi d'éviction et des charges dans la Convention de Vienne. La règle découle encore, pour certains aspects de la délivrance, de la CVIM ».

² En ce sens, V. not. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 20 et s. ; *adde supra*, n° 168 et s.

³ V. LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances, op. cit.*, n° 491. V. art. L. 113-11 C. assur. : « Sont nulles : 1° Toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel » ; *adde* not. Cass. civ. I, 26 févr. 1980, n° 78-15824 ; Cass. civ. II, 6 févr. 2014, n° 13-11767, J.-D. n° 2014-111835.

⁴ V. art. L. 112-4 C. assur. : « Les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents. ». V. not. Cass. civ. I, 1^{er} déc. 1993, n° 89-12854, Bull. inf. C. cass. 1^{er} févr. 1994, n° 101, p. 5 ; D., 1994, 434, note BERR (C.-J.) et GROUTEL (H.) ; Cass. com., 11 mars 1997, n° 95-13926. Ainsi, « une typographie particulière doit la mettre en relief, soit par des caractères plus gras et plus lisibles, soit par une encre de couleur. Ces caractères très apparents sont exigés à la fois pour la clause de déchéance proprement dite et pour l'obligation à laquelle elle s'applique » (V. LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances, op. cit.*, n° 491. V. not. Cass. civ. I, 20 mars 1989, n° 86-14262 ; 11 déc. 1990, n° 89-15248 ; 27 févr. 1996, n° 93-21845).

⁵ Il faut que les clauses ne puissent échapper à l'attention de l'assuré, V. not. Cass. civ. 14 mai 1946, D., 1946, 281 ; Cass. civ. I, 9 mai 1994, n° 92-12990 ; 7 mars 1989, n° 87-10266 ; 20 mars 1989, *préc.* ; 21 juin 1989, *préc.* ; Cass. crim. 30 janv. 1992, n° 90-86931 ; Cass. civ. II, 11 janv. 2007, n° 06-11478. Il appartient à l'assureur de prouver que la clause a bien été portée à la connaissance de l'assuré : Cass. civ. I, 7 mars 1989, *préc.* ; 22 avr. 1992, n° 89-16034 ; Cass. civ. II, 25 juin 2009, n° 08-16206 ; 6 oct. 2011, n° 10-15370. Ainsi, par exemple, le fait que l'assuré, ancien professionnel de l'assurance, ait pu avoir connaissance d'une clause de déchéance, ne dispense pas l'assureur de son devoir de la mentionner en caractères très apparents dans la police : Cass. civ. I, 11 juill. 2001, n° 99-20636.

⁶ V. Cass. civ. I, 1^{er} déc. 1993, *préc.* ; *adde* VINEY (G.), « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », D., 1994, p. 301 et s.

⁷ V. not. Cass. civ. II, 6 févr. 2014, n° 13-11767, J.-D. n° 2014-111835, RCA, 2014, n° 177 ; 5 mars 2015, n° 13-14364, D., 11 juin 2015, n° 21, p. 123.

été prévue par les parties ou par le législateur¹. Cette caractéristique de la déchéance permet précisément de la différencier de la « *Verwirkung* » et de la « *Rechtsverwerking* », qui sont d'origine prétorienne².

Pourtant, parfois, il peut sembler qu'une incombance se trouve implicitement, et *a posteriori*, imposée aux parties par les juges³. Par exemple, des arrêts relatifs à la mise en œuvre d'une clause de mobilité ont pu sous-entendre qu'était imposée à l'employeur une incombance d'information du salarié à l'occasion de l'exercice de cette clause, sous peine de déchéance du droit de l'invoquer⁴. Mais si de telles décisions ont pour mérite de mettre en avant l'intérêt de prévoir une telle incombance dans le contrat de travail, ou d'inciter le législateur à légiférer en la matière, leur application en l'espèce ruine la prévisibilité de la sanction pour le contractant déchu, ce qui implique un risque qu'elle ne soit ni comprise, ni acceptée.

Le fait que cette sanction soit prévue *a priori* n'est pas anodin, et présente divers intérêts. Tout d'abord, permettre au juge de prononcer une déchéance *a posteriori* pose un évident problème de sécurité juridique pour celui qui subit la sanction : « *il est particulièrement dangereux pour les droits des personnes que le juge puisse se substituer à la loi en s'arrogeant le pouvoir de créer des déchéances* »⁵. En effet, pour répondre à l'objectif spécial de protection des droits fondamentaux du contractant, il est impératif que l'incombance soit assortie d'une sanction prévue *ab initio*⁶. Ensuite, et *a contrario*, si la sanction est prévue *a priori*, elle est alors revêtue d'une certitude qui facilite tant sa mise en œuvre, que son acceptation par le sujet déchu⁷. Elle protège le contractant contre l'arbitraire⁸. Et enfin, cela permet d'éviter une remise en cause du contenu de la convention par le juge. Le

¹ En ce sens, V. not. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 34 et n° 76.

² V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 497. Ces institutions trouvent des applications en droit français (V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 633 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 939 et s.). En effet, les juges considèrent parfois une prétention comme étant illégitime en raison de la faute du contractant ayant conduit à la situation de fait ou de droit qu'il revendique. Ils opposent ainsi au titulaire une irrecevabilité à agir, en raison de l'incohérence de son comportement. Sur ce point, V. *infra*, n° 507 et s.

³ Pour un exemple en droit administratif, V. CE Sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol, Lebon* p. 380, *AJDA*, 1983, p. 259, concl. LABETOUILLE (D.) ; *adde* THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, thèse préc., n° 339 : « *Lorsqu'est caractérisé un état d'imprévision, le cocontractant n'est pas ipso facto libéré de ses obligations. Au contraire : il demeure tenu de poursuivre l'exécution du contrat, sous peine de déchéance de son droit à une indemnité d'imprévision. Cette limite paraît permettre de protéger le créancier contre l'invocation dilatoire de l'imprévision.* ».

⁴ V. not. Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-43040 ; 2 mars 2005, *préc.* ; *adde* HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, thèse préc., n° 511.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 76.

⁶ V. MAURIN (L.), *Contrats et droits fondamentaux*, thèse préc., n° 261.

⁷ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 497 : « *Cette légalité de la déchéance fait sa force : elle échappe aux incertitudes entourant les principes dits généraux.* » ; « *Si elle concrétise l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, ou dans l'extinction de l'obligation, c'en est une application textuelle, ce qui évite bien des questionnements* ».

⁸ V. *Ibid* : « *une déchéance prétorienne n'est ni plus ni moins arbitraire qu'une pseudo-renonciation tacite* ».

principe de légalité attaché à la déchéance va de pair avec celui de la force obligatoire du contrat, il en assure la sauvegarde¹.

Il vient d'être vu qu'en vertu de sa dimension punitive la déchéance se voit appliquer le principe de légalité de la peine. Or, cette nature singulière, justifie qu'un autre principe, cher au droit pénal, s'y applique : il s'agit du principe de personnalité de la peine.

439. Le principe de personnalité de la peine. La déchéance est personnelle à celui qui l'encourt. Ce caractère personnel de la déchéance est principalement lié à sa nature punitive². En effet, en tant que peine, elle est attachée spécialement à la personne qui a commis l'acte répréhensible³. Elle a un caractère individuel, particulier. Celui qui manque à son incombance doit seul subir les conséquences de sa négligence. La sanction qui lui est appliquée ne doit pas avoir d'effet sur les tiers⁴. Mais cette exigence de personnalité de la déchéance est d'autant plus forte en matière contractuelle que s'ajoute alors à la dimension punitive de la sanction l'application des principes de force obligatoire du contrat et d'effet relatif de la convention⁵. En effet, *« l'alourdissement des obligations de la partie fautive qui résulte de la réfaction du contrat par déchéance, ne peut être préjudiciable aux tiers et ce, conformément à l'effet relatif des conventions »*⁶. D'ailleurs, *« la force de ce principe se vérifie dans l'hypothèse où la déchéance de l'un des cocontractants pourrait être préjudiciable aux tiers : dans le contrat d'assurance, la déchéance du droit à garantie priverait les tiers victimes d'un recours contre l'assureur si cette sanction leur était opposable. Ainsi la règle de l'inopposabilité de la déchéance de l'assuré aux tiers victimes d'un sinistre est conforme à l'équité et au principe de la personnalité de la peine »*⁷. Mais plus largement, le bénéficiaire de la déchéance ne peut s'en servir comme moyen de défense, quel que soit le tiers concerné. Ainsi, par exemple, la déchéance de l'assuré en raison du

¹ V. *Ibid.*

² V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 499 et s.

³ V. art. 121-1 C. pén. : *« Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »*. Ce principe est à valeur constitutionnelle : V. CE 29 oct. 2007, avis n° 307736, *D.*, 2008, 1381, note MAISONNEUVE (M.).

⁴ V. not. SAUTEL (O.), *« Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) »*, *art. préc.*, n° 27 ; *adde* LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 499 et s. ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, n° 65 ; ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 118.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 502.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *Ibid.* En effet, en matière d'assurance, dans un souci de protection des victimes, la loi pose que dans les assurances de responsabilité, la déchéance leur est inopposable, V. art. R. 124-1 C. assur. ; en matière d'assurance automobile, V. art. R. 211-13, 2°. L'assureur doit indemniser la victime, et pourra par la suite se retourner contre son assuré pour obtenir paiement des sommes versées à la victime. V. not. Cass. civ. I, 3 avr. 1984, n° 83-10195 ; Cass. crim., 9 oct. 1986, n° 85-91040 ; Cass. civ. I, 7 mars 1989, n° 86-13563 et 86-14995. La déchéance est également inopposable, dans les assurances de biens, aux créanciers qui seraient titulaires d'une sûreté réelle sur la chose assurée car les créanciers titulaires d'une sûreté disposent d'un droit propre sur l'indemnité d'assurance énoncé à l'art. L. 121-13 C. assur. : V. Cass. civ. 4 déc. 1946, *RGAT*, 1947, p. 63, *D.*, 1947, 25.

manquement à son incombance qui profite à l'un de ses assureurs ne peut être opposée par celui-ci aux autres assureurs du déchu¹.

Parallèlement à ces principes applicables à la déchéance en raison, notamment, de sa nature punitive, il est des conditions qui sont parfois attachées à son mécanisme mais dont l'utilisation reste discutable et discutée.

2. *Les conditions discutées*

440. La condition de l'existence d'un préjudice. Parfois, le législateur ou la jurisprudence imposent au contractant d'apporter la preuve d'un préjudice pour que soit prononcée une déchéance à l'encontre de son partenaire. Ainsi, par exemple, selon l'article L. 113-2-4° du Code des assurances, le retard dans la déclaration du sinistre doit avoir causé un préjudice à l'assureur², que celui-ci doit prouver³. Plus exactement, il doit prouver que la déclaration tardive l'a empêché de prendre les mesures utiles à contenir le sinistre, ce qui impose à l'assureur de préciser le contenu même des mesures envisagées. L'appréciation du préjudice relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond⁴. Également, en matière de cautionnement, la jurisprudence a pu imposer au créancier de prouver, afin de ne pas encourir la déchéance, que la perte d'un droit préférentiel a causé à la caution un préjudice inférieur au montant de son engagement ou aucun préjudice⁵. La jurisprudence ajoute alors cette condition, qui n'est pas prévue par l'article 2314 du Code civil.

Ces cas sont néanmoins exceptionnels et la doctrine s'accorde d'ailleurs pour reconnaître que c'est plutôt un principe d'indifférence du préjudice qui s'applique en matière de déchéance⁶. En effet, la condition d'un préjudice attachée à la déchéance s'avère particulièrement inopportune, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'exigence de la caractérisation d'un préjudice s'accorde mal avec la nature punitive de la déchéance. Le droit pénal ne requiert pas que soit avéré un préjudice subi

¹ V. Cass. civ. I, 30 oct. 1995, n° 92-13254 : La personne qui est assurée auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque peut obtenir l'indemnisation de son dommage en s'adressant à l'assureur de son choix ; il en résulte que l'assureur qui a indemnisé l'assuré peut se prévaloir des dispositions prévues, dans les rapports entre assureurs, par l'art. L. 121-4 C. assur., déterminant la part contributive de chaque assureur, sans que l'un d'eux puisse lui opposer une déchéance de l'assuré à son égard pour déclaration tardive du sinistre.

² V. Cass. civ. II, 22 nov. 2012, n° 11-25056, J.-D. n° 2012-026759 : « la déchéance de la garantie en cas de déclaration tardive du sinistre est subordonnée à la preuve, par l'assureur, d'un préjudice résultant pour lui du retard dans la déclaration » ; 7 mai 2009, n° 08-11391.

³ V. Cass. civ. I, 31 mars 1993, *RGAT*, 1993, p. 784, note KULLMANN (J.).

⁴ V. Cass. civ. I, 7 janv. 1997, n° 94-21869.

⁵ V. Cass. civ. I, 18 mai 2004, *préc.* ; 22 mai 2008, n° 07-14808 ; Cass. com. 30 juin 2009, n° 08-17789.

⁶ V. not. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 368 et s. : « A la différence de la responsabilité civile, l'ampleur de la déchéance n'est pas fonction du préjudice subi » ; adde LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 494 ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, n° 66 et s.

par la victime. Seule la gravité de la faute commise est prise en compte. En effet, « *la commission d'une infraction et sa sanction ne nécessitent pas que soit démontrée la réalité d'un dommage : la violation de l'interdit légal suffit à déclencher la répression, indépendamment du préjudice subi par la victime* »¹. D'ailleurs, le domaine de la déchéance est le plus souvent défini par avance. Par exemple, la déchéance qui accompagne l'incombance d'information annuelle de la caution est forfaitaire, c'est-à-dire que son domaine est strictement établi *ab initio* et ne tient pas compte du préjudice subi par la caution, qui peut n'en avoir subi aucun². De même, lorsque le bénéficiaire d'une garantie de passif n'informe pas le garant, « *le débiteur de la garantie n'a pas alors à justifier d'un quelconque préjudice pour se prévaloir de sa déchéance* »³.

De plus, « *l'intérêt de [la déchéance] est de sanctionner l'usage fautif d'un droit dès que la menace du préjudice se précise sans attendre sa réalisation effective* »⁴. La condition d'un préjudice se révèle ainsi inopportune en ce qu'elle peut paralyser l'application de la déchéance alors qu'elle était justifiée au regard du comportement adopté et permettait précisément d'empêcher la survenance du préjudice. La déchéance place d'ailleurs, le plus souvent, le cocontractant dans une meilleure situation que n'était la sienne avant l'application de cette sanction. Par exemple, l'acheteur qui ne déclare pas à temps les vices de la chose au vendeur, libère ce dernier de son obligation de garantie des vices. Il ne subit pas de préjudice du fait de la carence de l'acheteur et bénéficie, au contraire, de l'effet libératoire de son obligation provoqué par la déchéance encourue par l'acheteur⁵. De même, en matière d'assurance, le préjudice de l'assureur pour cause de déclaration tardive du sinistre par l'assuré est annihilé par l'existence de la déchéance. Il n'existe qu'à l'état fictif pour l'assureur. C'est en réalité l'assuré qui subit un préjudice en cas de déchéance de son droit à garantie, puisqu'il devra assumer seul le coût des réparations. La référence au préjudice de l'assureur est donc inadéquate et résulte de la volonté du législateur de limiter les cas où l'assureur peut se prévaloir de la déchéance de l'assuré⁶. Pourtant, il existe d'autres garde-fous à l'invocation de la déchéance de l'assuré par l'assureur, parmi lesquels les règles de preuve, la computation des délais, ou encore la lisibilité de la clause de déchéance qui est sévèrement sanctionnée.

¹ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 370 ; *adde* RABUT (G.), *Le préjudice en droit pénal*, Bordeaux, 2014.

² V. PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Et. Ph. Simler*, D., LexisNexis, 2007, p. 395 et s.

³ V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), *JCPE*, 2007, 1049, n° 4, note sous CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *préc.*

⁴ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 373.

⁵ V. *supra*, n° 153.

⁶ La jurisprudence belge est sur ce point beaucoup plus convaincante, V. not. Cass. belge, 8 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 819 : selon la Cour suprême de Belgique, la Cour d'appel de Gand ne peut, sans violer l'article 1134 du Code civil, et à défaut d'autre motif, ajouter à l'application de la clause de déchéance la condition de la preuve d'un préjudice subi par l'assureur du fait de la déclaration tardive du sinistre par l'assuré ; *adde* FONTAINE (M.), « Portée et limites du principe de la convention-loi », *art. préc., spéc.* p. 168.

Enfin, cette condition, qui fausse l'analyse du fonctionnement de la déchéance, résulte en réalité de l'influence du mécanisme de la responsabilité civile en la matière. Cela est particulièrement visible en droit des assurances, en ce qu'il est admis que l'assureur puisse substituer à la déchéance de l'assuré le versement de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il aurait pu subir du fait du retard dans la déclaration du sinistre¹. C'est également une telle influence du schéma de la responsabilité civile qui a conduit la jurisprudence à imposer la preuve du préjudice subi par la caution du fait de la perte de ses droits préférentiels par le créancier². Cela a été vivement critiqué en doctrine comme étant inutile et pervers³. Une telle confusion résulte d'un désir des juges de proportionner la déchéance du créancier afin de ne pas décharger la caution de l'intégralité de son engagement lorsque le fait du créancier n'est pas d'une réelle gravité. La volonté de poser une condition de proportionnalité de la peine a ainsi pu conduire les juges à adopter un raisonnement en termes de responsabilité civile et ainsi à imposer la preuve d'un préjudice. Or, si le fait de proportionner la peine prononcée est tout à fait louable, le fondement retenu de cette condition est néanmoins discutable. Il convient ainsi de voir ce qui pourrait justifier, plus exactement, une telle condition en matière de déchéance.

441. La condition de la proportionnalité de la peine. La condition de proportionnalité de la déchéance telle qu'appliquée en pratique semble *a priori* liée à une dérive consistant à penser cette sanction selon le mécanisme classique de la responsabilité⁴. Pourtant, et par ailleurs, si le principe de proportionnalité s'avère adapté à une sanction punitive, c'est afin d'en justifier la mise en œuvre au regard du comportement adopté par le fautif, et non au regard du préjudice éventuellement subi par la victime. En effet, la proportionnalité de la déchéance semble davantage liée à la faute commise par le contractant,

¹ V. not. LAMBERT-FAIVRE (Y.), « Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés », *ALD*, 1991, Commentaires législatifs, p. 1 et s. ; *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 492. Pourtant, la différence entre l'indemnité allouée en cas de préjudice et la déchéance de l'assuré a par ailleurs été soulignée par le juge, V. not., sous L. 113-11 C. assur. : Cass. civ. I, 10 juill. 1995, n° 93-10877 : « le contrat prévoyant conformément aux dispositions de l'article L. 113-11 du Code des assurances, non une déchéance, mais la possibilité pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnée au dommage que lui causerait le défaut de déclaration du vol aux autorités ou la production tardive de l'état estimatif des biens volés » ; *adde* Cass. civ. I, 20 mars 1984, n°82-16653.

² V. not. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, spéc. n° 310 ; *adde* CORDELIÉ (E.), « A propos de l'article 2037 du Code civil, Observations sur le droit préférentiel », *art. préc.*

³ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, spéc., n° 310 : « Il semble qu'il y ait là une influence des mécanismes de raisonnement de la responsabilité civile pour traduire la proportionnalité entre la décharge de la caution et la valeur du droit préférentiel. Seule suffit cette mesure et l'affirmation d'un préjudice est inutile. Pire, elle est perverse car elle conduit à commettre une erreur quant aux droits préférentiels concernés ». Les auteurs regrettent cette « formulation (c'est-à-dire l'utilisation du terme préjudice) [car il] entretient une confusion regrettable avec la responsabilité contractuelle » (*op. cit.*, n° 311).

⁴ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* Sur les conséquences d'un tel raisonnement de la part des juges, V. *infra*, n° 491 et s.

qu'à la conséquence du comportement répréhensible, c'est-à-dire au préjudice subi par son partenaire. Le rapport de proportionnalité entre l'objet de la déchéance et son fait générateur fait précisément partie de l'essence de cette sanction¹.

Ainsi, pour éviter toute confusion avec le mécanisme de la responsabilité civile, il faudrait reconnaître que ce n'est pas le préjudice qui doit servir de mesure à la déchéance, mais la gravité du comportement adopté. La proportionnalité de la sanction se justifie, non en raison de l'hypothétique préjudice subi par le cocontractant, mais au regard de ce qui a été empêché par le titulaire du droit qui a manqué à son incombance. Par exemple, en matière d'agrément extinctive, c'est à dire de déchéance de l'acheteur pour manquement à ses incombances lors de la livraison, « *cette déchéance reste proportionnée à sa négligence, car pour l'inexécution occulte, l'agrément et la quasi-agrément demeurent non-libératoires* »². De même, en droit des assurances, seules les indemnités correspondant au sinistre non déclaré à temps sont perdues³. Seul l'avantage que le comportement attendu de l'assuré devait lui permettre d'acquérir est retiré, ni plus ni moins. Une clause qui ne prévoirait pas cette proportionnalité de la déchéance serait d'ailleurs illicite⁴. Également, en droit du cautionnement, c'est à proportion de la valeur des droits préférentiels perdus que la caution se trouve par principe libérée⁵. Cette valeur devant être appréciée à la date d'exigibilité du cautionnement, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur⁶. Le contrat de cautionnement continue ainsi, *a priori*, de produire ses effets, et le recours contre la caution est toujours possible pour le montant restant dû⁷. D'ailleurs, de manière générale et en principe, la déchéance reste limitée au droit visé, et ne met pas fin au contrat et donc aux autres obligations des parties⁸.

Il vient d'être vu qu'en raison, notamment, de sa nature punitive, la déchéance se voit appliquer plusieurs conditions qui se révèlent nécessaires à son prononcé. Ces conditions

¹ V. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 18 et s.

² V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 494.

³ V. art. L. 113-2 C. assur.; *adde* Cass. civ. II, 15 mai 2008, n° 07-13508 : « *L'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues, si les risques avaient été complètement et exactement déclarés.* » ; LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 494.

⁴ V. art. L. 113-11 C. assur.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 24 févr. 1987, *préc.* : « *la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par la faute du créancier* » ; 9 mai 1994, *préc.* ; 15 déc. 1998, *préc.* ; 12 févr. 2002, *préc.* ; Cass. com., 19 oct. 2010, *préc.* Comp. art. L. 121-12, §2 C. assur. ; V. Cass. civ. I, 3 nov. 1993, n° 91-17491, *RCA*, 1994, n° 28 : la déchéance de l'assuré doit être totale s'il a renoncé à la totalité des recours paralysant de ce fait le jeu de la subrogation dans son intégralité. Elle est partielle dans le cas contraire : Cass. civ. I, 12 déc. 1995, n° 92-14943.

⁶ V. Cass. civ. I, 24 févr. 1987, *préc.*

⁷ Toutefois, en raison de la difficulté d'une telle preuve, la décharge de la caution emportera bien souvent l'extinction du contrat de cautionnement, V. *infra*, n° 600 et s.

⁸ V. par ex. Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-14774 ; 30 mars 1999, n° 96-15144 : « *le défaut d'accomplissement de la formalité prévue par l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit qui y est tenu, déchéance des intérêts dans les conditions prévues par ce texte sans remettre en cause les intérêts régulièrement payés par le débiteur principal ni décharger la caution de son obligation de payer les autres sommes dues en vertu du cautionnement* ».

exposées, reste à voir comment s'opère techniquement la mise en œuvre de la déchéance lorsqu'elle vient sanctionner le manquement d'un contractant à son incombance.

B- La mise en œuvre de la déchéance

442. Détermination des règles encadrant la prise d'effet de la déchéance.

Analyser la mise en œuvre de la déchéance revient à déterminer les règles qui encadrent son application à l'encontre du contractant ayant manqué à son incombance. Après avoir étudié quels sont les modes de mise en œuvre de la déchéance dans ce contexte (1), seront vues les limites qui s'opposent à la demande d'application de cette sanction (2).

1. Les modes de mise en œuvre de la déchéance

443. Mise en œuvre de la déchéance et décision de justice. La mise en œuvre de la déchéance se caractérise par une importante rigueur¹, bien que cette sanction ne nécessite pas toujours une intervention du juge². Son automaticité lui confère, d'ailleurs, une vertu de rapidité tout à fait adaptée à la matière contractuelle³. Ainsi, la revendication de la déchéance (a), n'implique pas forcément une action en justice. Néanmoins, le juge aura le plus souvent à juger de cette déchéance. Il s'agit alors d'analyser les règles qui encadrent le prononcé de la déchéance par le juge (b).

a. La revendication de la déchéance

444. La personne pouvant invoquer la déchéance. C'est à celui qui se prévaut de sa décharge, du fait de la déchéance de son partenaire, de l'invoquer⁴. Ainsi, il a pu être expressément jugé, par exemple, que seule la personne en faveur de qui est prévue la condition peut se prévaloir de sa non-réalisation en vertu de l'article 1178 du Code civil⁵.

¹ Sur la rigueur de la mise en œuvre de la déchéance, V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 378 et s.

² V. ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 115 et s. ; *adde infra*, n° 445.

³ En ce sens, V. not. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 23 et s. ; *adde* CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat, thèse préc.*, spéc. n° 221.

⁴ V. not. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 23 ; *adde* LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « C'est au créancier de l'incombance qu'il appartient de relever le non-respect de celle-ci ».

⁵ V. Cass. civ. III, 26 juin 1996, n° 94-18525 ; 13 juill. 1999, n° 97-20110.

Pareillement, la déchéance du porteur ne peut être invoquée que par son bénéficiaire¹. De manière générale, les tiers ne peuvent donc pas se prévaloir de la déchéance à l'encontre du déchu².

S'est néanmoins posée la question de savoir si le juge pouvait relever d'office cette sanction. *A priori*, quand la déchéance n'est pas d'ordre public, elle ne peut pas être soulevée d'office par le juge³. Mais il ne semble pas qu'elle puisse davantage l'être lorsque la déchéance est d'ordre public⁴. Cela participe d'une tendance générale de la jurisprudence, remarquée en doctrine, à évincer l'intervention d'office du juge, notamment dans les domaines où la protection du consommateur est en jeu⁵. Sur ce point la déchéance se différencie de la forclusion dont il est admis qu'elle puisse être relevée d'office⁶. Une telle différence se justifie concrètement en raison du fait que, contrairement à la forclusion qui est neutre, en ce qu'elle s'impose au plaideur en raison de son inertie au cours d'un délai préfix, la déchéance trouve une cause subjective dans le manquement commis par le contractant, dont il appartient au juge de déterminer la réalité de sa survenance⁷. Si le juge a la possibilité de connaître directement la circonstance donnant lieu à forclusion, sans que celle-ci n'ait à être soulevée par l'une des parties, la déchéance ne peut, en revanche, être déterminée par le juge sans qu'il analyse, au préalable, la preuve apportée par les parties relativement à ce manquement, et donc, sans émission, au préalable, d'une prétention relative à la déchéance par l'une des parties.

Reste que celui qui se prévaut de la déchéance de son partenaire n'est pas toujours forcé de l'invoquer devant le juge.

445. Les personnes devant qui invoquer la déchéance. La déchéance peut tantôt être directement invoquée à l'encontre du cocontractant, tantôt elle doit être plaidée devant le juge.

¹ V. Cass. com., 30 nov. 1981, n° 80-11415 : « la déchéance du porteur, en cas de présentation tardive d'une lettre de change à vue, ne peut être invoquée par l'accepteur ».

² V. par ex. dans le cadre d'une vente avec une condition suspensive d'obtention d'un prêt : Cass. civ. III, 13 juill. 1999, *préc.* ; ou encore en matière de cautionnement : Cass. com. 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 323 ; Cass. civ. I 9 nov. 2004, *préc.* : la sanction ne profite qu'à la caution concernée, elle ne peut pas être opposée au créancier par les cofidéjusseurs.

³ V. par ex. en matière de vente : Cass. civ. I, 26 oct. 1983, *préc.* ; 5 déc. 1995, *préc.*

⁴ V. SIMLER (Ph.), « Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité », *art. préc.*, n° 4 ; *adde* Cass. civ. I, 10 juill. 2002, n° 00-22199 (n° 1231 F-P) : « La méconnaissance des exigences des art. L. 311-2 et L. 311-9 c. consom., même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger. », *comm.* GOUT (O.), « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *D.*, 2003, p. 549 et s.

⁵ V. GOUT (O.), « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *art. préc.*

⁶ V. par ex. Cass. com., 7 juill. 1987, n° 85-17598 : forclusion d'un pourvoi relevée d'office par le juge. V. *infra*, n° 475.

⁷ Sur cette différence entre déchéance et forclusion, V. *infra*, n° 474.

Tout d'abord, il a pu être justement souligné en doctrine que « *lorsque la sanction est prévue par les contractants par une clause particulière, son bénéficiaire peut invoquer immédiatement et de façon unilatérale son application* »¹. Cela, « *à moins que les parties aient expressément prévu la nécessité de saisir le juge* »² ou sauf si le bénéficiaire de la déchéance a expressément renoncé à s'en prévaloir³. Lorsque le contractant déchargé oppose à son partenaire sa déchéance, ce dernier peut alors, soit l'accepter, auquel cas les effets attachés à cette sanction s'appliquent automatiquement, soit la contester par le biais d'une action en justice⁴. Sa contestation pourra alors porter sur la régularité de la clause de déchéance, ou sur la réalité du manquement à l'incombance⁵.

Ensuite, lorsque la déchéance est prévue par la loi, rien n'empêche celui qui bénéficie de son application de l'invoquer directement auprès de son cocontractant sans passer devant le juge. C'est là d'ailleurs l'un des intérêts de la déchéance, qui de par son automaticité, évite les lourdeurs d'une action en justice et incite les parties à s'accorder entre elles, tout au moins au préalable. Néanmoins, il est vrai que, le plus souvent, la déchéance se trouvera invoquée devant le juge, soit par voie d'exception, en défense des prétentions du partenaire, soit par voie d'action, afin de conforter *ab initio* la situation du contractant déchargé⁶.

Se pose alors la question de savoir à quel moment la déchéance peut être invoquée devant le juge.

446. Le moment pour invoquer la déchéance. Il est souvent avancé que la déchéance est une fin de non-recevoir, pourtant elle n'est pas qualifiée comme telle par l'article 122 du Code de procédure civile⁷. En réalité, il s'agit bien d'une défense au fond et non d'une exception de procédure. En effet, la déchéance, qui renvoie directement à la question de l'existence du droit, et donc à une question de fond, peut être invoquée à tout

¹ V. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 23.

² V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

³ V. *Ibid* ; adde SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.* ; Sur la renonciation au bénéfice de la déchéance, V. *infra*, n° 453.

⁴ V. *Ibid*.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 406 et s., et 434 et s. Sur l'appréciation de la réalité du manquement à l'incombance par le juge, V. *infra*, n° 447 et s.

⁶ V. *Ibid*. Ainsi, par ex., en application de l'art. 2314 C. civ., « *Sur une demande en paiement du créancier, la caution, qui n'est pas libérée de plein droit, doit demander sa décharge par voie d'exception. Ce moyen de défense suppose donc une action principale déjà engagée* » (V. BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *art. préc.*, n° 56). Mais des auteurs ont pu évoquer le fait que rien n'empêche techniquement que la caution invoque cette règle à titre principal, par voie d'action, afin de faire constater sa décharge (V. not. LABBÉ, S., 1873, 1, p. 193, sous Cass. civ. 19 nov. 1872 : « *Dès que le fait qui, d'après l'article 2037, entraîne la décharge du cautionnement est accompli, pourquoi la caution ne pourrait-elle pas solliciter du créancier une déclaration, ou de la justice une décision, lui donnant toute sécurité ?* » ; adde MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement, thèse préc.* ; SIMLER (Ph.), « Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité », *art. préc.*, n° 4).

⁷ V. not. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 517. Sur la question des rapports entretenus entre les notions de déchéance et de fin de non-recevoir, V. *infra*, n° 545 et s.

moment de l'instance. Elle peut même l'être pour la première fois en appel¹. Cette solution est malheureusement susceptible de permettre, voire de favoriser, les manœuvres dilatoires de la part des contractants une fois devant le juge. Toutefois, la déchéance ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation².

Si cette sanction vient à être soulevée devant le juge, ce dernier devra alors juger de son prononcé.

b. Le prononcé de la déchéance

447. L'appréciation des conditions de mise en œuvre de la déchéance par le juge. Lorsque la déchéance est invoquée en justice par une partie, le juge doit alors déterminer si les conditions de son prononcé sont réunies³. Mais son rôle reste néanmoins limité en la matière en raison de l'automatisme de la sanction. L'automatisme de la déchéance implique que lorsque ses conditions d'application sont constatées, le juge « *perd [alors] tout pouvoir pour apprécier l'opportunité du prononcé de la sanction* »⁴. En effet, « *le juge peut rarement faire obstacle au déclenchement de la déchéance ou en moduler le quantum s'il estime que son application est excessive au regard de la faute commise. D'une manière générale, le législateur facilite le prononcé de la déchéance ou lui confère un caractère impératif dès que ses conditions d'application sont réunies* »⁵. Le juge est alors tenu au respect du principe de légalité de la déchéance, et doit l'appliquer telle que le législateur l'a pensée⁶. « *Cette sanction procède de la volonté du législateur et découle mécaniquement d'une situation ou d'un fait fautif déterminé* »⁷. Il reste que la contestation relative à l'application de la déchéance sera le plus souvent relative à la réalité de la survenance de son fait générateur. Le juge devra ainsi, au *minimum*, apprécier l'existence d'un manquement du contractant déchu à l'incombance qui accompagnait l'exercice de son droit.

¹ V. par ex. concernant la déchéance attachée à l'incombance issue d'une condition mixte : Cass. civ. III, 13 juill. 1999, *préc.* ; en matière de cautionnement : V. BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *art. préc.*, n° 56 : « *L'exception [...] n'a pas à être invoquée sous peine de déchéance, au début de l'instance ; elle peut l'être pour la première fois en appel. [...] le moyen constitue, en effet, une défense au fond, qui peut être proposée, selon l'article 12, en tout état de cause, devant le premier juge. En appel, il s'agit d'un moyen nouveau, qui est recevable et non d'une demande nouvelle* ».

² V. Par ex. en matière de vente : Cass. civ. I, 5 déc. 1995, *préc.* ; par ex. pour la dénonciation du solde de tout compte : Cass. soc. 7 juill. 1971, Bull. civ. V, n° 520.

³ V. not. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 379 ; adde ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 118.

⁴ V. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 24 ; adde LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 432 et s.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 378.

⁶ V. *Ibid.*, n° 379.

⁷ V. *Ibid.*, n° 435.

448. La caractérisation du manquement à l'incombance. Il est vrai que, « *le juge ne dispose bien souvent que du pouvoir d'apprécier la réalité de l'existence du fait générateur de la déchéance* »¹. Plus précisément, s'il est saisi d'une demande relative à la mise en œuvre de la déchéance, il lui appartient d'examiner la réalité de l'inobservation de l'incombance, c'est à dire la négligence du titulaire du droit, qui n'a pas adopté le comportement qui en conditionnait la jouissance, et donc la juste revendication auprès de son partenaire². La circonstance du manquement par le contractant à son incombance justifiant la mise en œuvre d'une déchéance à son encontre relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond³. Ceux-ci doivent impérativement caractériser cet état de fait pour justifier l'application de la sanction à l'égard du contractant. Cela traduit le fait que « *la déchéance est une sanction subjective qui s'applique au sujet ayant mérité le sacrifice de ses droits* »⁴.

Par ailleurs, il a été vu qu'exceptionnellement, et de manière discutable, la déchéance peut être assortie de la condition d'un préjudice subi par le cocontractant⁵. Le rôle du juge sera alors plus étendu en ce qu'il devra caractériser l'existence du dommage pour mettre en œuvre la déchéance⁶.

Les preuves avancées par les parties en présence apparaîtront déterminantes afin de juger de ces éléments conditionnant la mise en œuvre de la déchéance.

449. L'incidence des règles de preuve. Le prononcé de la déchéance invoquée devant le juge dépend des preuves apportées par les parties en opposition.

La question de la preuve est ici délicate car, selon l'article 1315 du Code civil « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Or, l'observation de l'incombance est, lorsqu'elle conditionne un droit de créance, le préalable nécessaire à l'exigibilité de l'obligation du cocontractant. Ainsi, en vertu de cette règle ce serait au contractant sur qui pèse son incombance de prouver qu'il l'a observée afin d'obtenir son dû⁷. Il a par exemple été jugé en application de l'article L. 113-2-4° du Code des assurances, que l'assuré doit prouver qu'il a effectué la déclaration de sinistre dans le délai qui lui était imparti⁸. Il doit également prouver que le contenu du courrier était relatif à la déclaration du sinistre : une lettre

¹ V. *Ibid*, n° 432.

² V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

³ V. par ex. Cass. civ. I, 9 nov. 1999, n° 97-16287 sous art. L. 121-12 § 2 C. assur. : « *la circonstance qu'un assuré a, par son fait, empêché la subrogation en faveur de son assureur relève de l'appréciation souveraine des juges du fond* ».

⁴ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 378.

⁵ V. *supra*, n° 440.

⁶ V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; *adde* LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 438.

⁷ En ce sens, V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), *JCPE*, 2007, 1049, n° 4, note sous CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *préc.* : « *c'est au bénéficiaire [de la garantie de passif] qu'il appartient d'apporter la preuve des diligences qu'il aura pu accomplir. Cette charge se justifie parce que la satisfaction à son incombance est la condition de l'exigibilité de l'obligation pesant sur le cédant* ».

⁸ V. Cass. civ. I, 16 juill. 1964, Bull. civ. I, n° 388 ; 31 mars 1993, n° 91-11866 ; 27 avr. 1994, n° 92-10484.

recommandée avec accusé de réception, ou une déclaration verbale contre récépissé, étant des garanties suffisantes quant à la preuve de cette déclaration¹. Mais le contractant sur qui pèse l'incombance n'a pas à prouver que son partenaire a effectivement reçu l'information².

Cependant, « *réciroquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* »³. En vertu de cette règle, c'est à celui qui prétend qu'il est déchargé de son obligation par l'effet de la déchéance de son partenaire ayant manqué à son incombance de le prouver. La bonne foi étant présumée, c'est au bénéficiaire de la décharge de démontrer que son partenaire n'a pas observé l'incombance⁴. Par exemple, en matière d'assurance, si l'assureur conteste la date de la déclaration du sinistre, c'est à lui de prouver que la déclaration s'est faite à une date postérieure au délai imposé⁵. Par bienveillance envers l'assuré, l'envoi par courrier de la déclaration du sinistre doit être compris dans le délai prévu pour le déclarer. Pour un autre exemple, en matière de garantie des vices cachés de la chose vendue, c'est au vendeur de prouver que le délai légal est expiré. Il doit ainsi établir à partir de quand l'acheteur a découvert le vice⁶. Dans le cadre de la règle de l'article 2314 du Code civil, c'est à la caution de prouver la perte d'un droit préférentiel par le créancier⁷. Ou encore, en application de l'article 1178 du Code civil, « *l'obligation contractée sous condition suspensive n'existant qu'en cas de réalisation de celle-ci, c'est au créancier de prouver [...] que le débiteur en a empêché l'accomplissement* »⁸.

En définitive, ces règles de preuve, *a priori* contradictoires, sont conciliables car il faut distinguer les différentes prétentions en présence : il revient au contractant sur qui pèse son incombance de prouver qu'il l'a observée s'il veut pouvoir obtenir le paiement conditionné par ce comportement ; en revanche c'est à son partenaire, qui se prévaut d'une décharge, de

¹ Sauf texte spécial, la jurisprudence s'oppose à ce que les parties prévoient, conventionnellement, une forme à la déclaration qui en cas de non-respect déboucherait sur une déchéance : V. Cass. civ. I., 20 oct. 1992, n° 90-18997 ; 5 oct. 1994, n° 92-17487 ; De même qu'elle refuse de reconnaître valable une clause qui porterait sur la preuve du sinistre, celle-ci devant demeurer libre en vertu des art. 1315 C. civ. et § 6-1 CEDH : V. Cass. civ. I., 10 mars 2004, *RGDA*, 2004, p. 562 et 644, chron. KULLMANN (J.).

² C'est la théorie de l'expédition qui prévaut eu égard aux retards dans l'acheminement du courrier qui ne sauraient être préjudiciables à l'assuré : V. Cass. civ. I., 21 févr. 1989, n° 87-13223 ; *adde*, concernant l'incombance d'information annuelle de la caution par l'établissement financier : V. Cass. com., 17 oct. 2000, n° 97-18746 : « *l'information de la caution constitue un fait qui peut être prouvé par tous moyens et [...] il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée* ».

³ V. art. 1315 C. civ.

⁴ V. par ex. : Cass. civ. III, 24 mars 2004, *RJDA*, 2004, 795 : la bonne foi étant présumée, c'est au créancier de démontrer que le débiteur a organisé la défaillance de la condition à son avantage.

⁵ V. Cass. civ. I., 27 avr. 1994, *préc.*

⁶ V. not. Cass. civ. III, 31 mai 1989, n° 88-11435, *Bull. civ. III*, n° 121 ; Cass. civ. III, 9 févr. 2011, n° 10-11573, *RDC*, 2012, p. 125, PIMONT (S.) et *RLDC*, 1^{er} avr. 2011, n° 81, p. 15 et s., note PAULIN (A.) ; *adde* BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. précis Domat, 10^e éd., 2013, n° 367.

⁷ V. Cass. civ. I., 13 nov. 1996, *Bull. civ. 1996*, IV, n° 394.

⁸ V. Cass. com., 15 déc. 1992, *Bull. civ. 1992*, IV, n° 410 ; *adde* Cass. civ. III, 26 mai 2010, n° 09-15317, J.-D. n° 2010-007177, *Bull. civ. III*, n° 103 : « *il appartient au promettant de rapporter la preuve que le bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, qui démontre avoir présenté au moins une offre de prêt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse, a empêché l'accomplissement de la condition* » ; *adde* Cass. civ. III, 6 oct. 2010, n° 09-69914.

prouver la déchéance subie par le titulaire du droit qui ne s'est pas conformé à son incombance¹. Aussi est-il juste de souligner que, le cas échéant, la manière dont les parties ont stipulé la clause mettant à la charge de l'une d'elles une incombance influencera nécessairement la charge de la preuve².

Par ailleurs, lorsque cela ne constitue pas une clause abusive, notamment parce qu'elle serait stipulée à l'encontre du consommateur³, les parties peuvent, en vertu du principe de liberté contractuelle, inverser la charge de la preuve par une clause expresse dans leur contrat⁴.

Si, au regard des règles de preuve énoncées, le juge est convaincu de la réunion des conditions nécessaires à l'application de la déchéance, il se verra alors tenu de la prononcer, et de lui donner effet, sans rétroactivité.

450. L'absence de rétroactivité de la prise d'effet de la déchéance. Le juge ayant établi que les conditions du prononcé de la déchéance sont remplies, doit alors en constater la prise d'effet. Celle-ci n'opère que pour l'avenir, c'est-à-dire à compter du moment où elle est avérée, et non à compter du moment où l'incombance pouvait être observée. En effet, « *le droit disparaît simplement pour l'avenir car la déchéance ne comporte pas en principe d'effet rétroactif* »⁵. L'absence de rétroactivité de cette sanction correspond à ses caractéristiques, précédemment exposées. D'une part, la déchéance « *ne remet pas en cause rétroactivement la validité du droit : elle sanctionne son absence de légitimité survenue au cours de sa durée d'existence* »⁶, et d'autre part, sa nature punitive s'accorde plutôt mal avec une application rétroactive⁷.

¹ V. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 69 et s.

² V. *Ibid.*, n° 71.

³ V. par ex. art. R.131-1 C. consom. (issu du décret du 18 mars 2009) : il répute abusive d'une manière irréfutable, et donc interdites, « *les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* ».

⁴ V. par ex., concernant la preuve de l'incombance assortissant la condition suspensive : Cass. civ. III, 13 janv. 1999, Bull. civ. 1999, III, n° 14, *Defr.* 2000, p. 729, obs. MAZEAUD (D.) : si un délai est stipulé pour effectuer les diligences, le débiteur doit justifier de les avoir remplies dans le délai en question. Par ailleurs il a pu être décidé à plusieurs reprises qu'« *il appartient à l'emprunteur de démontrer qu'il a bien sollicité un prêt conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente* » : Cass. civ. I, 9 févr. 1999, n° 97-10195 ; 13 févr. 2001, Bull. I, n° 33 ; 7 mai 2002, Bull. I, n° 124 ; Cass. civ. III, 6 oct. 2009, n° 08-12361 ; 17 mars 2010, n° 09-13158 ; *adde* CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 70.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 59.

⁶ V. *Ibid.*

⁷ En ce sens, V. SALLÉ DE LA MARNIERE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 15, p. 1065 ; *contra*, V. SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 28 et s. Sur la nature punitive de la déchéance, V. *supra*, n° 420 et s.

Mais il est des hypothèses où la mise en œuvre de la déchéance, et donc sa prise d'effet, sera empêchée. Il convient alors de voir quelles sont ces limites à la mise en œuvre de la déchéance.

2. Les limites à la mise en œuvre de la déchéance

451. Des limites à la prétention mais non au prononcé de la déchéance. Parfois, alors que les conditions de sa mise en œuvre sont remplies, la déchéance ne pourra pas s'appliquer. Il existe, en effet, de nombreuses limites à sa revendication par le contractant qui compte bénéficier de son effet à l'encontre de son partenaire (a). En revanche, dans l'hypothèse où ses conditions d'application sont remplies, le juge ne peut pas s'opposer au prononcé de cette sanction en relevant le contractant de sa déchéance (b).

a. Exposé des limites à la revendication de la déchéance

452. Les limites discutables. Il est des limites à l'invocation d'une déchéance parfois soulevées en jurisprudence, dont l'application procède d'un raisonnement discutable. Il en va ainsi de celles qui résulteraient de l'interruption du délai de déchéance ou de la preuve de l'absence de préjudice subi par celui qui l'invoque.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'interruption du délai de déchéance, une telle question montre clairement le fait que le régime de cette sanction souffre d'un manque de clarté en raison des confusions qui peuvent être opérées avec le mécanisme de la prescription¹. En effet, il est souvent avancé que le délai pour observer une incombance peut faire l'objet d'une interruption. Il en va ainsi, par exemple, concernant le délai de deux ans pour agir en justice en demande de garantie des vices cachés. Il a été retenu, en la matière, que le point de départ du délai peut être retardé lorsque des pourparlers ont été entretenus par le vendeur laissant espérer un règlement amiable². Dans un tel cas, la déchéance du droit à la garantie des vices ne pourrait pas être invoquée par le vendeur à l'expiration du délai de deux ans suivant la découverte du vice par l'acheteur. Or, un tel raisonnement est faussé par une assimilation de la déchéance accompagnant l'incombance de dénonciation des vices à une prescription de l'action en justice visant à réclamer la garantie. En réalité, ce qui est retenu comme étant une cause d'interruption du délai n'est autre que le comportement attendu du contractant comme condition de la revendication de son droit : l'information donnée au vendeur et menant à la conduite de pourparlers n'est ni plus ni moins que l'observation même de l'incombance. Dans une telle hypothèse, l'acheteur a réagi dans les temps, il est alors

¹ Sur la différence entre déchéance et prescription, V. *infra*, n° 467 et s.

² V. Cass. civ. I, 16 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 230 ; Cass. com., 2 févr. 1971, Bull. civ. IV, n° 34.

« considéré comme ayant « satisfait aux exigences de l'art. 1648 », et c'est le délai de prescription de droit commun [...] qui redevient applicable »¹. Évoquer une « interruption du délai de déchéance » n'a pas de sens et procède d'un raisonnement pervers par l'image du mécanisme de la prescription².

Ensuite, il arrive assez souvent que la jurisprudence écarte la possibilité, pour le contractant se prétendant déchargé de son obligation, d'invoquer la déchéance de son partenaire, s'il est prouvé que l'observation de cette incombance n'aurait de toute façon rien changé à la situation³. C'est dire, en réalité, que la déchéance n'aurait pas à s'appliquer en l'absence de préjudice subi par le contractant du fait du manquement de son partenaire à son incombance. Or, il a été vu qu'un tel raisonnement s'avère inapproprié en matière de déchéance en ce qu'il traduit une tendance de la jurisprudence à calquer sur cette sanction le mécanisme de la responsabilité civile⁴. En ce qu'elle pervertit la nature et l'utilité même de la déchéance, une telle entreprise ne peut être que critiquée⁵. L'absence de préjudice du contractant se voulant déchargé ne devrait pas être une limite au prononcé de la déchéance de celui qui a manqué à son incombance.

À côté de ces prétendues limites à l'invocation de la déchéance, il en existe en revanche de véritables.

453. Les limites véritables. Il est possible de compter trois types de limites à l'invocation par le contractant de la déchéance encourue par son partenaire. En effet, la déchéance ne pourra être subie par la partie ayant manqué à son incombance lorsqu'elle aura été empêchée par un cas de force majeure ou assimilé, lorsqu'elle se sera adressée à un mandataire apparent de son cocontractant, ou lorsque le bénéficiaire de la déchéance aura renoncé à s'en prévaloir.

¹ V. BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 366.

² V. *infra*, n° 467 et s. Sur ce point, l'art. 135 du projet de Code européen des contrats est d'ailleurs tout à fait clair en ce qu'il prévoit qu'« à la déchéance ne s'appliquent ni les règles relatives à l'interruption, ni celles relatives à la suspension, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par les règles relatives aux différents types de contrat ».

³ Par ex., en matière de cautionnement, les juges admettent que le créancier puisse prouver que la subrogation devenue impossible par son inaction n'aurait de toute façon pas été efficace : V. not. Cass. com., 27 févr. 1996, *préc.* ; Cass. civ. III, 4 déc. 2002, n° 01-03567 ; *adde* LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse *préc.*, n° 372 ; SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garantie autonomes*, LexisNexis, 5^e éd., 2015, n° 876 : « il paraît juste [...] que la caution ne puisse échapper à son obligation sous le prétexte de la perte d'un droit auquel elle aurait pu être subrogée, s'il est établi que ce droit ne lui aurait été d'aucune utilité ». Également, concernant l'incombance assortissant une condition suspensive, la jurisprudence tend de plus en plus à considérer que l'art. 1178 C. civ. ne peut s'appliquer s'il s'avère que la condition suspensive ne pouvait pas se réaliser, qu'elles qu'aient été les démarches du débiteur : V. not. CA Rennes, 1^{re} ch. A, 7 mai 1996, J.-D. n° 1996-043205 ; Cass. civ. III, 18 mars 1998, *CCC*, 1998, comm. 85, LEVENEUR (L.) ; 12 sept. 2007, Bull. civ. III, n° 143 ; 15 déc. 2010, n° 10-10473.

⁴ V. *supra*, n° 440.

⁵ V. *supra*, n° 440 et *infra*, n° 491 et s.

Tout d'abord, l'incombance étant une contrainte de résultat¹, la déchéance qui l'accompagne s'applique sur la seule preuve que le fait exigé ne s'est pas réalisé. Le contractant doit donc pouvoir échapper à sa sanction en prouvant qu'il a été empêché d'adopter le comportement attendu, par la force d'une cause qui lui est étrangère. Si les conditions de la force majeure sont réunies, celle-ci vient supprimer la cause de déchéance, c'est à dire la négligence. S'il y a force majeure c'est qu'il n'y a pas de négligence, et la déchéance n'est donc plus justifiée. Ainsi la jurisprudence a-t-elle affirmé, par exemple, que la déchéance ne peut pas être opposée à l'assuré si celui-ci était dans l'impossibilité de faire la déclaration du sinistre survenu². Lorsqu'elle est encadrée par un délai, la déchéance n'est encourue qu'à l'expiration de celui-ci, mais son point de départ sera décalé au jour où le contractant pouvait agir³.

Également, la déchéance ne joue pas si le manquement à l'incombance n'est pas du seul fait du contractant qui doit l'honorer⁴. Si la faute du cocontractant a mené la partie sur qui pèse l'incombance à ne pas l'observer, le premier ne pourra pas se prévaloir de la déchéance du second. Ainsi, par exemple, la déchéance de l'acheteur ne peut pas être invoquée par le vendeur de mauvaise foi, qui connaissait l'existence des vices cachés⁵. C'est alors à l'acheteur de prouver cette mauvaise foi⁶. De même, en droit des assurances, la déchéance est inopposable à l'assuré si l'assureur ne l'a pas informé du risque de déchéance encouru⁷. En effet, il appartient à l'assureur de porter à la connaissance des assurés le fait qu'ils encourent la déchéance de la garantie en cas de non-déclaration du sinistre dans le délai de 48 heures, et c'est à l'assureur de prouver qu'il a bien informé ainsi l'assuré. Cela ne fait d'ailleurs que traduire l'exigence du respect du principe de légalité de la déchéance⁸. En

¹ V. *supra*, n° 245.

² V. Cass. civ., 28 févr. 1944, *RGAT*, 1944, p. 163, note BESSON (A.) ; *adde* LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 495.

³ V. LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 495. Cela est d'ailleurs, une manifestation de ce que la déchéance ne peut être assimilée à un délai préfix, V. *infra*, n° 472 et s.

⁴ Par ex. en matière de cautionnement, V. Cass. civ. I, 25 mai 1988, n° 86-16760 ; Cass. com. 11 janv. 1994, n° 91-17691.

⁵ V. Cass. civ. I, 4 oct. 2005, n° 02-15981 : Une cour d'appel qui constate qu'une société, en sa qualité de producteur, n'a pu ignorer le vice affectant des marchandises livrées mais l'a au contraire délibérément dissimulé à l'acheteur, a pu en déduire que cette société ne pouvait opposer à celui-ci une déchéance du droit à se prévaloir du défaut de conformité de la marchandise, et a légalement justifié sa décision au regard des articles 39 et 40 de la *Convention de Vienne du 11 avril 1980* ; *adde* BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 171 et s. Une même solution prévaut en droit allemand (V. STAUDER (B.), « Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets corporels en droit allemand de la vente », *art. préc.* : « le vendeur qui avait dolosivement caché le défaut ou qui dolosivement a livré un aliud ou une quantité supérieure ou inférieure, s'expose aux moyens de droit civil. Dans ces hypothèses [...] l'acheteur n'a pas d'incombance d'aviser le vendeur (art. 377, al. 5 HGB). ») et en droit suisse (V. STAUDER (B. et H.), « Conformité et garantie en droit suisse de la vente », *art. préc.*).

⁶ V. *Oberlandesgericht Saarbrücken* (Tribunal régional supérieur de Sarrebruck), 3 juin 1998, *D.*, 1999, p. 356 : « Le vendeur peut se prévaloir de la déchéance des droits de l'acheteur, celui-ci n'ayant pas pu établir la mauvaise foi du vendeur au sens de l'art. 40 CVIM » ; *adde* Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-10776, *D.*, 23 avr. 2015, n° 15, p. 891 et s.

⁷ V. Cass. civ. I, 26 févr. 1980, *préc.*

⁸ V. *supra*, n° 438.

revanche, le fait que l'assureur tarde à faire savoir à l'assuré qu'il ne garantit pas son préjudice en raison de la déchéance encourue pour déclaration tardive du sinistre, ne doit pas avoir d'impact sur la mise en œuvre de la déchéance car le préjudice subi par l'assuré, et provoqué par la faute de l'assureur, n'est pas l'équivalent de la garantie qui n'avait plus de raison d'exister : « *Le client qui a cru que l'assureur le garantissait, bien qu'il ait encouru une déchéance, ne peut réclamer à l'assureur que l'équivalent de ses espoirs déçus* »¹. Également, il se peut que le contractant déchargé ne puisse se prévaloir du manquement de l'autre à son incombance, du fait d'un manquement à sa propre incombance. En effet, l'observation d'une incombance peut parfois conditionner l'observation d'une autre à la charge du cocontractant : ce dernier aura alors la possibilité d'opposer à celui qui se prévaut d'une décharge, le manquement à sa propre incombance².

Ensuite, lorsque l'incombance est accomplie auprès d'un mandataire apparent, celui sur qui pèse l'incombance peut opposer la théorie du mandat apparent à son véritable destinataire pour échapper à la déchéance que celui-ci invoquerait à son encontre³.

Enfin, une limite importante à la possibilité d'invoquer la déchéance réside dans la renonciation du contractant qui pouvait en bénéficier, à s'en prévaloir. Une telle renonciation peut s'opérer selon deux modes différents.

Dans un premier temps, il est à rappeler que si l'incombance légale n'est pas essentielle, d'ordre public, les parties peuvent l'écarter du contrat⁴. Celui qui aurait bénéficié de l'effet de la déchéance ne pourra alors plus l'invoquer à l'encontre de son partenaire. Par exemple, le vendeur qui dispense l'acheteur d'exprimer rapidement son refus d'agrément ne peut plus lui opposer l'expiration du délai raisonnable⁵. De même, la déchéance du porteur négligent n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent renoncer à s'en prévaloir⁶. Mais la renonciation à l'exception de déchéance de la part d'un des endosseurs poursuivis en remboursement n'est pas opposable aux autres parties en cause, chacun ne pouvant renoncer qu'à son propre droit⁷.

Dans un second temps, il faut envisager le cas où, alors que la déchéance légale n'est pas écartée par une clause expresse du contrat, le cocontractant renonce, après le manquement commis, à se prévaloir du bénéfice de la déchéance encourue par son partenaire. Ainsi, par

¹ V. DURRY (G.), « La faute commise par l'assureur à l'encontre de l'assuré et ses conséquences », *RTD Civ.*, 1976, p. 781 et s., n° 5, note sous Cass. civ. I, 9 avr. 1975, arrêt également commenté à la *RGAT*, 1976, 186.

² V. Cass. civ. III, 23 juin 2010, *préc.*

³ V. par ex. en application de l'incombance de l'art. L. 113-2-4° C. assur. : Cass. civ. I, 28 juin 1983, *préc.*

⁴ V. *supra*, n° 259 et s.

⁵ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse *préc.*, n° 157 (selon l'auteur ce serait une application de l'adage *Non concedit venire contra factum proprium*, mais il est possible d'y voir, plus simplement, un effet direct de la renonciation).

⁶ V. Cass. com., 13 mars 1957, Bull. II, n° 102, *RTD Com.*, 1958, p. 125 et s., obs. BECQUE (J.) et CABRILLAC (H.) ; sur ce point, il a pu être jugé que s'en rapporter à la justice, ce n'est point renoncer à son droit : Cass. civ. 12 juill. 1852, *DP*, 1852, I, 202.

⁷ V. Cass. civ. 12 juill. 1852, *préc.*

exemple, il arrive que l'assureur renonce à son droit à se prévaloir de la déchéance de l'assuré encourue pour manquement à son incombance de déclaration du sinistre¹. L'assureur doit alors exprimer cette renonciation par un acte positif non équivoque manifestant son intention de renoncer à se prévaloir de la déchéance². Également, la jurisprudence internationale semble admettre, sur le fondement de l'article 39 de la *CVIM* que le vendeur puisse renoncer à se prévaloir de la déchéance subie par l'acheteur négligent³. La déchéance étant à son profit, et n'étant pas considérée d'ordre public, il est alors admis que le vendeur renonce à s'en prévaloir⁴.

La renonciation à se prévaloir de la déchéance n'est pas de nature à engager la responsabilité de celui qui y consent vis-à-vis de son partenaire, puisque cela avantage directement ce dernier. La seule exception éventuelle à cette règle concerne la caution, qui ne peut pas renoncer à sa décharge dans l'hypothèse où le créancier ne conserverait pas les hypothèques et privilèges qu'il détient contre le débiteur⁵. Certains auteurs ont expressément critiqué cette interdiction, considérant que la renonciation devrait être possible, au moins pour les cautions professionnelles et les cautions « intégrées » à l'opération principale⁶. Il reste, néanmoins, que cette limite instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 est à relativiser en raison de la possibilité, pour la caution, de renoncer à la subrogation même.

S'il existe plusieurs types de circonstances pouvant limiter la possibilité d'invoquer la déchéance à l'encontre du partenaire, la caractérisation des conditions nécessaires à son application lie le juge, et dans une telle hypothèse, celui-ci ne peut relever le contractant de la déchéance qu'il encourt inévitablement.

¹ V. Cass. civ. I, 27 févr. 1990, n° 88-12544, (l'art. L. 113-2-4° C. assur. n'est pas d'ordre public).

² V. Cass. civ. I, 21 juin 1988, n° 86-18556 ; *adde* LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances, op. cit.*, n° 495. Cette renonciation peut être évoquée pour la première fois en cause d'appel : V. Cass. civ. I, 28 juin 1988, n° 86-11005.

³ V. *Bundesgerichtshof*, 25 juin 1997, *préc.* : il y a lieu de déduire des constatations de l'arrêt d'appel que le vendeur a renoncé à se prévaloir du caractère tardif de la dénonciation des défauts par l'acheteur ; si la défenderesse (le vendeur) « discute, pendant près de quinze mois, uniquement du montant et des modalités de réparation du dommage, sans émettre de réserve quant à la dénonciation tardive et si elle va jusqu'à proposer un montant qui correspond environ à sept fois la valeur de la marchandise, ceci ne peut être raisonnablement compris par la demanderesse (V. art. 8, al. 2 et 3, *CVIM*) que comme un effort accompli par la défenderesse pour aboutir à un accord et la renonciation à invoquer ultérieurement le dépassement du délai en vue de voir rejetée la demande en dommages-intérêts ». Mais la simple ouverture de négociations au sujet des défauts constatés par l'acheteur ne saurait valoir renonciation du vendeur à se prévaloir du caractère tardif de la dénonciation des défauts, V. *Oberlandesgericht Oldenburg* (Tribunal régional supérieur d'Oldenbourg), 5 déc. 2000, *préc.*

⁴ V. Cass. civ. I, 26 oct. 1983, *préc.* ; 5 déc. 1995, *préc.* : « la fin de non-recevoir résultant de l'expiration du bref délai, [...] n'est pas d'ordre public ». De même, l'art. 1648 C. civ. n'est pas d'ordre public : V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 123.

⁵ Depuis la L. du 1^{er} mars 1984, l'art. 2314 C. civ. dispose que « toute clause contraire est réputée non écrite ».

⁶ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 313 et s.

b. L'impossible relèvement de la déchéance

454. Une impossibilité liée aux caractéristiques de la déchéance. Le juge ne peut pas relever le déchu de la sanction par lui encourue en raison de la nature et du mécanisme de la déchéance.

Tout d'abord, le relèvement ne se justifie que pour corriger l'application automatique d'un mécanisme neutre, c'est-à-dire qui n'implique aucun jugement sur la cause de sa survenance. Or, la déchéance trouve précisément une cause subjective dans le manquement à une incombance. Et lorsque le comportement est encadré par un délai, « *le délai de déchéance porte et concentre en lui l'évaluation, subjective, du comportement* »¹. Le manquement doit être caractérisé pour que la sanction s'applique, ce qui relativise quelque peu son automaticité². Ainsi, soit le juge apprécie l'existence des conditions nécessaires à sa mise en œuvre, et se trouve lié quant à son prononcé, soit les conditions ne sont pas remplies, et la question du relèvement ne se pose pas, puisque la déchéance n'est pas encourue. Cette caractéristique de la déchéance permet d'ailleurs de la distinguer de la forclusion qui, en revanche, s'applique de manière objective : la forclusion opère comme une péremption de l'action³. Elle fixe à l'avance la durée *maximum* pour exercer un recours. Elle est très usitée en procédure civile, afin de favoriser la célérité de l'exercice des voies de recours. Et en tant qu'instrument de bonne administration de la justice, celle-ci doit pouvoir être relevée lorsque le juge estime que son application automatique est trop rigoureuse pour le plaideur⁴.

Ensuite, il a été vu qu'en vertu de sa nature punitive, la déchéance répond à un principe de légalité, à savoir qu'elle est nécessairement prévue *ab initio* par le législateur ou par les parties, qui prévoient les circonstances de son application⁵. Ce principe implique que le juge est lié par les prévisions légales ou contractuelles. Il doit s'y conformer strictement. Ainsi, il ne saurait interférer sur la mise en œuvre de la déchéance en jugeant de son opportunité. Ceci a pu être clairement dit par la jurisprudence, notamment à propos de l'application de la déchéance prévue à l'article L. 145-47 du Code de commerce : le fait que le bailleur perde le droit de contester la déspecialisation, implique *de facto* que celle-ci est acquise⁶. Il est interdit à la juridiction ultérieurement saisie de remettre en cause une déspecialisation définitivement acquise par l'effet de cette déchéance⁷.

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 535.

² V. *supra*, n° 447 et s.

³ V. *Ibid.*, n° 534 et s. : « *l'agrégation extinctive diffère d'une forclusion car l'acheteur ne peut être relevé de sa déchéance* ». Sur la distinction de la forclusion et de la déchéance, V. *infra*, n° 472 et s.

⁴ V. *infra*, n° 475.

⁵ V. *supra*, n° 438.

⁶ V. Cass. civ. III, 1^{er} mars 1995, *préc.*

⁷ V. Cass. civ. III, 11 févr. 1971, *préc.* ; 1^{er} févr. 1978, *préc.*

Enfin, à bien vouloir considérer que c'est le droit substantiel que la déchéance fait perdre au contractant, et non le seul droit de l'exercer¹, cela implique qu'à partir du moment où cette sanction est encourue, le droit ne peut retrouver ses effets par la suite². Si le droit est définitivement perdu, le juge ne saurait pouvoir lui redonner vie sous peine d'interférer sur le contenu du contrat et l'équilibre des obligations convenues.

455. Conclusion de la section. L'incombance contractuelle trouve une sanction singulière en la déchéance du droit qu'elle accompagne. Cette sanction s'avère tout à fait adaptée au regard du comportement auquel elle s'attache. En effet, l'incombance est un comportement attendu du contractant comme préalable à la revendication d'un droit et dont l'observation en conditionne la jouissance. Précisément, la déchéance liée au manquement à l'incombance empêche que le contractant ne revendique ultérieurement le droit qui était conditionné par cette contrainte spéciale. Il s'agit d'une sanction infligée à titre de peine privée, faisant perdre au contractant n'ayant pas observé son incombance, le droit dont la revendication légitime était conditionnée par ce comportement préalable. Singulière par nature, cette peine ne s'en révèle pas moins adaptée au domaine contractuel en raison de son automaticité. En effet, sa mise en œuvre ne nécessite pas forcément l'intervention du juge, ce qui est gage de célérité et donc d'efficacité dans le milieu des affaires.

Telle qu'elle se manifeste dans le cadre d'étude fixé, la déchéance peut être définie comme *une sanction, et plus précisément, une peine privée, ayant pour double finalité d'inciter le contractant, titulaire d'un droit, à l'observation de son incombance, c'est-à-dire à l'adoption d'un comportement conditionnant l'exercice légitime de son droit, et à défaut, de le punir de manière automatique par la perte du droit conditionné, indépendamment de toute prise en compte du préjudice éventuellement subi par le cocontractant.*

Après avoir été révélée au stade de l'étude de sa nature et de ses caractères, la spécialité du concept d'incombance contractuelle se révèle donc à présent au stade de sa sanction. Mais, la démonstration de la réalité de la sanction de l'incombance par la déchéance doit encore être complétée par la preuve de l'autonomie de ce mécanisme à l'égard d'autres outils juridiques avec lesquels elle est malheureusement parfois confondue.

¹ V. *supra*, n° 428 et s.

² V. *a contrario* : LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 40 et s. : l'auteur considère que la déchéance consiste « dans la perte de l'instrument qui [...] permet l'exercice [du droit] appelé pouvoir, sans néanmoins anéantir la situation juridique de l'intéressé. ». Ainsi, selon Fanny Luxembourg, « la déchéance appartient donc à cette catégorie de sanctions qui laissent survivre l'ensemble des droits et obligations de l'intéressé, amputé du seul instrument permettant la mise en œuvre du droit affecté ». Cela permettrait, selon l'auteur, de reconnaître que le droit puisse « produire à nouveau ses effets en cas de relèvement ».

Section II

L'autonomie de la déchéance en tant que sanction de l'incombance contractuelle

456. L'existence propre de la déchéance en tant que sanction du manquement à une incombance. La mise en évidence de la réalité de l'application d'une déchéance en cas de manquement à une incombance contractuelle ne nécessite pas seulement de comprendre les composantes de cette peine, mais aussi d'arriver à la distinguer d'autres sanctions, dont il peut s'avérer parfois difficile de la départir. Or, précisément, *« la réalité des traits caractéristiques de la déchéance se vérifie en la différenciant de certains mécanismes similaires. L'identification de la déchéance s'affine en établissant qu'elle peut être distinguée des principales sanctions du droit privé. La comparaison entre la déchéance et les institutions voisines contribue à démontrer qu'elle a une existence propre »*¹.

Tout d'abord, la déchéance, de par son effet extinctif d'un droit, est très souvent rapprochée d'autres mécanismes entraînant ce même effet, ce qui donne parfois lieu à confusion. Or, il est possible de révéler les différences qui séparent ces divers outils juridiques (§1).

Ensuite, en ce qu'elle s'inscrit en matière contractuelle, la déchéance se trouve naturellement confrontée aux sanctions qui s'attachent traditionnellement à l'inexécution du contrat. Pourtant, il sera vu que, loin de pouvoir être assimilée à l'une ou l'autre de ces sanctions, la déchéance qui accompagne le manquement à une incombance rend précisément inopportun, voire impossible, leur prononcé pour corriger les effets de ce comportement (§2).

§1- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit

457. Un mécanisme d'extinction d'un droit singulier. Il a été vu que la déchéance est une sanction ayant pour effet l'extinction d'un droit². En cela, elle est parfois confondue, ou tout au moins, difficilement distinguée en pratique d'autres sanctions entraînant cet effet particulier. Or, bien que proche par certains de ses aspects de ces autres mécanismes

¹ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 78.

² V. *supra*, n° 430 et s.

extinctifs, la déchéance est autonome, tant vis-à-vis de ceux qui ne sont pas assortis d'un délai (A), que de ceux qui fonctionnent à l'aide d'un délai (B).

A- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit non assortis d'un délai

458. Déchéance et mécanismes extinctifs n'impliquant pas une diligence. La déchéance est, dans un premier temps, à distinguer des différents mécanismes extinctifs d'un droit, dont le prononcé n'est pas conditionné par l'écoulement d'un certain délai, c'est-à-dire qui n'impliquent pas spécifiquement une diligence de la part du sujet. Parmi ces mécanismes, certains font obstacle à la formation du droit. Or, seul ce qui fait l'objet d'une possession peut être perdu. La déchéance ne peut donc intervenir que si le droit perdu existait bel et bien auparavant. Ainsi cette sanction doit être distinguée des mécanismes qui font obstacle à la formation du droit¹.

459. Déchéance et exclusion d'un droit. Tout d'abord, la déchéance peut être différenciée de l'exclusion d'un droit, qui implique son inexistence *ab initio*.

La confusion entre ces notions apparaît parfois en droit des assurances, où le terme de déchéance tend à être employé pour désigner tout type d'hypothèses où l'assuré n'a pas droit à garantie². Pourtant, « *la définition même de la déchéance implique que le droit à garantie est né par la survenance du sinistre, puis perdu : la déchéance n'est une notion claire et cohérente que si on la limite aux fautes commises par l'assuré après le sinistre* »³. En revanche, si au moment du sinistre, l'assuré n'avait pas droit à la garantie de l'assureur, parce que le risque était exclu du contrat, il n'y a pas déchéance, mais exclusion du risque⁴. C'est l'effet direct de la force obligatoire du contrat, et non un manquement de l'assuré à un comportement attendu de lui, qui justifie que le risque ne soit pas garanti. « *Cette exclusion est étrangère à toute idée de sanction de la faute ou de la mauvaise foi de l'assuré : elle s'analyse en une absence de droit à garantie ou en une non-assurance* »⁵. L'exclusion opère une délimitation du droit à garantie dans l'hypothèse où certaines circonstances entourant la

¹ V. *Ibid.*, n° 56.

² V. par ex. TGI Rouen (1^{ère} ch.), 15 janv. 1981, *GP*, 1982, 1, somm., p. 7 ; CA Rouen, 30 janv. 1992, *GP*, 1993, 1, somm. p. 79.

³ V. LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 488.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 83 ; *adde* DE RODE (H.), « Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance: charge de la preuve et validité », *Bull. Ass.-De Verz.* 1996, p. 575 et s. ; « La notion de déchéance et la faute intentionnelle », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Academia Bruylant, 1998.

survenance du sinistre seraient caractérisées. La Cour de cassation opère d'ailleurs un contrôle des qualifications retenues par les juges du fond en la matière¹.

Cette distinction entre déchéance et exclusion du droit est importante au-delà du cadre spécifique du contrat d'assurance. Par exemple, si le bailleur ne prévoit pas une clause organisant la répartition des charges dans le contrat de bail, le droit au paiement des charges ne peut exister, et ne peut donc être, à proprement parler, « perdu »².

Si l'exclusion empêche l'existence du droit *ab initio*, la nullité, quant à elle, la remet en cause de manière rétroactive. Il convient alors de différencier la déchéance de cette autre sanction.

460. Déchéance et nullité du contrat. Il convient, en effet, et ensuite, de distinguer clairement la déchéance de la nullité.

Contrairement à la déchéance, la nullité est attachée à la question de la validité de l'acte conclu, et sanctionne le défaut de validité par l'anéantissement rétroactif du contrat³. Or, l'incombance n'est pas une condition de validité du contrat, mais une contrainte comportementale à observer au cours de sa phase d'exécution⁴. De plus, un tel effet est inadapté à la sanction de l'incombance, car il porterait préjudice à celui en faveur de qui le comportement doit être adopté⁵. D'ailleurs, il ne correspond pas à l'esprit de l'incombance qui est de favoriser la poursuite de la relation contractuelle en incitant les parties à plus de coopération, notamment par l'échange d'informations. Aussi, dans certains domaines, la jurisprudence rappelle-t-elle que l'incombance ne doit pas être sanctionnée par la nullité du contrat mais par la perte du droit conditionné par le comportement. Il en va ainsi, notamment, en matière d'information annuelle de la caution, où les juges sont souvent amenés à préciser que le défaut d'information est sanctionné à titre principal par la déchéance des intérêts conventionnels depuis la dernière information donnée jusqu'à la suivante, ou jusqu'au paiement, et non par la nullité du cautionnement⁶.

Cependant, si la nullité s'avère inappropriée à la sanction d'une incombance, il est intéressant d'observer qu'*a contrario* elle s'avèrerait parfois bien plus adaptée que la

¹ V. not. Cass. civ. I, 26 avr. 1988, *RGAT*, 1989, p. 123, note KULLMANN (J.) ; 29 avr. 1997, *GP*, 1997, 2, somm. p. 534.

² V. D'ANDIGNÉ-MORAND (A.), *Baux commerciaux industriels et artisanaux*, Delmas, 17^e éd., 2015, n° 41-17 et s.

³ V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, spéc. n° 14 ; *adde* LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 19, 37, 38, 46, 59.

⁴ V. *supra*, n° 53, 81 et 146 et s.

⁵ V. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 59.

⁶ V. not. Cass. com., 25 mai 1993, n° Lexbase : A5698ABN ; Cass. civ. I, 17 nov. 1998, n° Lexbase : A8648AHR ; Cass. com., 26 oct. 1999 n° Lexbase : A3077AT7 ; 25 avr. 2001 n° Lexbase : A2814ATE ; Cass. civ. I, 6 nov. 2001 n° Lexbase : A0630AXM ; Cass. com., 22 janv. 2002, n° Lexbase : A8316AXB ; Cass. civ. I, 12 mars 2002, n° 99-17.209, *Hebdo éd. aff.*, 28 mars 2002, n° 16, note BAKOUCHE (D.).

déchéance, pourtant prévue par le législateur, pour sanctionner certaines normes. En effet, une nullité peut se retrouver dissimulée sous une apparente déchéance.

461. Une nullité éventuellement dissimulée sous une fausse déchéance.

L'assimilation des notions de déchéance et d'incombance a pu mener des auteurs à qualifier comme telle une norme qui ne répond pourtant pas aux caractéristiques essentielles de cette exigence, et cela en raison du fait que des déchéances apparentes dissimulent parfois d'autres sanctions. Il se peut, précisément, qu'une déchéance soit relevée là où devrait plus exactement être identifiée une nullité du contrat.

L'exigence de proportionnalité du cautionnement aux capacités de la caution, qui est posée aux articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation est un exemple particulièrement évocateur de ce phénomène¹. En vertu du second de ces textes, dont le premier est très similaire, « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* »². Cette règle a été qualifiée d'incombance par M. SÉJEAN³, en raison de la sanction qui s'y trouve attachée, car l'auteur avoue qu'il laisse « *de côté les problèmes de délimitation notionnelle de l'incombance* »⁴, et se fonde sur l'analyse de MME LUXEMBOURG qui relie de manière systématique la déchéance à l'incombance⁵.

Or, le caractère très discutable d'une telle démarche apparaît précisément à travers cet exemple, car elle conduit ici à opérer une erreur de raisonnement. En effet, il peut être démontré, en premier lieu, que la qualification de la sanction en déchéance est inopportune, et, en second lieu, que même à considérer que ce soit une déchéance qui trouve à s'appliquer, celle-ci ne vient de toute façon pas sanctionner le manquement à une incombance en l'occurrence.

Tout d'abord, il est vrai que le fait que le créancier « *ne [puisse] se prévaloir* » du contrat de cautionnement disproportionné a pu être analysé par la jurisprudence⁶ et par

¹ V. not. PICOD (Y.), « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, D., 2004, p. 843 et s.

² Nous soulignons.

³ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 278 et s.

⁴ V. *Ibid.*, n° 276.

⁵ V. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc.

⁶ V. Cass. com. 22 juin 2010, préc. : « *selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement ; qu'il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion* ».

certain auteurs comme une déchéance¹, ou tout au moins une illégitimité à agir². Néanmoins, la réforme ayant donné lieu à l'article L. 341-4 du Code de la consommation a été menée de manière assez précipitée. Ainsi, il est « *difficile de savoir si l'affirmation de cette sanction par l'article L. 341-4 résulte d'un choix réfléchi de la part du législateur* »³. Cela conduit à « *s'interroger sur l'opportunité de la sanction retenue* »⁴. D'ailleurs, la jurisprudence avait plutôt tendance à raisonner en termes de préjudice et donc de responsabilité civile⁵. De plus, cette sanction s'avère disproportionnée, car en ne laissant aucune marge de manœuvre aux juges, elle prive purement et simplement les créanciers du jeu d'une garantie obtenue le plus souvent de bonne foi⁶. En réalité, la nullité serait une sanction bien plus appropriée en la matière. D'ailleurs, en droit belge, une disposition semblable prévoit la nullité du cautionnement, ce qui trahit le fait que cette règle sous-tend une question de validité du contrat⁷. Plus précisément, cette disposition semble poser un cas particulier de lésion : le juge apprécie la disproportion dans l'engagement de la caution au moment où elle s'engage⁸. Au surplus, la nullité s'impose, en une telle hypothèse, si les juges constatent une intention malhonnête du créancier lors de la conclusion du contrat, puisqu'il s'agit d'un élément constitutif du dol. Et bien que des auteurs contestent la possibilité d'une telle sanction en raison du fait que la situation de la caution peut encore s'améliorer⁹, cette précision donnée par le législateur peut être comprise comme une simple faveur octroyée au créancier, car ce dernier peut être de bonne foi en concluant un cautionnement disproportionné s'il sait que la situation de la caution va rapidement évoluer dans le bon sens. Il ne s'agit alors que d'une réserve faite à la possibilité pour la caution d'invoquer la disproportion du cautionnement. En définitive, il paraît préférable de reconnaître en cette disposition une manifestation spéciale de

¹ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 278 et s. ; *adde*, références citées par l'auteur, n° 278, n. 23.

² V. ATIAS (C.), « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable », *D.*, 2003, chron. 2620.

³ V. PIETTE (G.), « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. Et patr.*, n° 127, juin 2004, p. 44 et s.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. not. Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14105, Bull. civ. IV, n° 188, p. 165 ; 17 déc. 2003, n° 01-13419, Bull. civ. IV, n° 206, p. 228 ; *adde* Cass. civ. I, 20 déc. 2007, J.-D. n° 2007-041982, Bull. civ. I, n° 393.

⁶ V. not. PIETTE (G.), « La sanction du cautionnement disproportionné », *art. préc.*

⁷ V. art. 2043 sexies, § 2 C. civ. belge : « *Sous peine de nullité, il ne peut être conclu de contrat de cautionnement dont le montant est manifestement disproportionné aux facultés de remboursement de la caution, cette faculté devant s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus* ».

⁸ Et pour apprécier cette disproportion, toutes les dettes de la caution doivent être prises en compte, y compris les engagements souscrits au jour de la fourniture du cautionnement, V. Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24812, Bull. civ. IV, n° 84 ; Cass. civ. I, 15 janv. 2015, n° 13-23489, *D.*, 29 janv. 2015, n° 4.

⁹ V. not. MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité en matière de garanties, Extraits de la conférence des juristes du Groupe Société Générale du 20 décembre 1999 », *Banque & Droit*, n° 71, mai-juin 2000, p. 4 et s., spéc., n° 12, p. 7 ; *adde* V. CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, thèse préc., n° 229 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 278.

lésion octroyant au juge la possibilité de réduire judiciairement le cautionnement disproportionné¹.

Ensuite, même à considérer qu'il s'agisse d'une déchéance, celle-ci ne sanctionne de toute façon pas, en l'occurrence, le manquement à une incombance. En effet, si « *le caractère comportemental de cette exigence* » a pu être défendu en doctrine², cela surprend toutefois, car il est assez difficile de voir où se trouve l'exigence de comportement préalablement imposée au créancier. Est-ce le fait de « respecter le patrimoine de la caution » ? Cela ressemble davantage à une exigence générale relevant du devoir de bonne foi, qui irrigue tout autant les vices du consentement que le comportement exécutoire du contractant. En effet, l'égoïsme du créancier lors de la conclusion du contrat est très classiquement encadré par la théorie des vices du consentement. D'ailleurs, le dol et la violence ne sont pas étrangers à la notion de bonne foi. Ainsi, dire que cette exigence est relative à la bonne foi du créancier ne suffit pas à démontrer qu'il s'agit d'une incombance. Au surplus, M. SÉJEAN reconnaît qu'en l'occurrence, la règle ne renvoie pas réellement au « mérite » du créancier, qu'il considère pourtant comme étant un critère de l'incombance³, mais à l'aléa relatif à l'évolution de la situation de la caution⁴. Outre le fait que l'argument du mérite n'est pas spécifique à la description de l'incombance – par exemple, le créancier qui commet un dol lors de la conclusion du contrat, ne mérite pas de se prévaloir de sa validité – et qu'il est d'ailleurs discutable de la caractériser par cet élément – ce n'est pas tant une question de mérite qui se pose en matière d'incombance, qu'une question de cohérence : celui qui ne montre pas d'intérêt pour son droit ne peut prétendre en bénéficier par la suite⁵ – cela implique tout au moins que l'auteur s'éloigne, par cet exemple, de ce qu'il conçoit comme participant de la définition de l'incombance. Et pour finir, puisque les créanciers n'ont pas d'impact sur l'évolution de la situation personnelle de la caution, l'aléa n'est pas entre leurs mains, ainsi manque une caractéristique majeure de l'incombance : l'aléa en la puissance de celui qui détient un droit sur l'autre⁶. Il est plus exact de dire que « *ce qui leur est reproché est d'avoir conclu un contrat de sûreté excessif par rapport aux ressources de la caution au jour de la conclusion* »⁷, c'est-à-dire d'avoir conclu, en connaissance de cause, un contrat lésionnaire. L'adage selon lequel « l'aléa chasse la lésion » ne permet pas de contrer cette proposition puisqu'en l'occurrence l'aléa et la lésion ne concernent pas le même élément du contrat : la lésion porte sur l'appréciation, au moment de la conclusion du contrat, des capacités de la

¹ V. PIETTE (G.), « La sanction du cautionnement disproportionné », *art. préc.* ; *adde* CCC, 2004, chron. 5, obs. BAKOUCHE (D.) ; *D.*, 12 mars 2015, n° 10, note sous Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13709.

² V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 278.

³ V. *Ibid.*, n° 275.

⁴ V. *Ibid.*, n° 279.

⁵ V. *supra*, n° 328 et s.

⁶ V. *supra*, n° 215 et s.

⁷ V. *Ibid.*

caution par rapport à ce qu'elle cautionne, tandis que l'aléa porte sur la défaillance ou non du débiteur principal ultérieurement à la conclusion du contrat.

Mais si la déchéance sanctionnant une incombance peut assez aisément être distinguée de la nullité du contrat venant sanctionner un défaut de validité, une telle distinction est moins aisée à l'égard de la nullité affectant un acte juridique unilatéral.

462. Déchéance et nullité de l'acte juridique unilatéral. M. DESHAYES, lors de son étude relative aux sanctions des « prérogatives contractuelles », a pu avancer que la neutralisation d'un droit consiste en une nullité quand c'est par le biais d'un acte juridique unilatéral que la prérogative a été exercée¹. Il est vrai que, lorsqu'elle touche un acte juridique unilatéral, la nullité semble se confondre avec la déchéance du droit mis en œuvre par le biais de cet acte.

Pourtant, ces sanctions ne doivent pas être confondues. Il convient de distinguer clairement la nullité de l'acte juridique unilatéral, sanctionnant le défaut d'une condition de sa validité, et la déchéance du droit dont l'exercice est conditionné par une contrainte comportementale.

Cela apparaît, par exemple, à travers la règle de l'article L. 145-10 du Code de commerce qui enjoint au bailleur de répondre à la demande du locataire tendant au renouvellement du bail dans un délai de trois mois. La question se pose de savoir si la réponse diligente du bailleur ne pourrait pas être analysée en une condition de validité de l'acte juridique unilatéral de refus de renouvellement du bail, sanctionnée par une nullité de l'acte, plutôt qu'en une incombance sanctionnée par une déchéance. Il est vrai que le dernier alinéa de l'article dispose que « *l'acte extrajudiciaire notifiant le refus de renouvellement doit, à peine de nullité, indiquer* » diverses mentions, et notamment les droits de défense dont dispose le locataire. Ces mentions apparaissent comme de véritables conditions de validité de l'acte de refus en ce que leur défaut emporte sa nullité. Néanmoins, à travers cet exemple, il peut être vu que l'incombance qui pèse sur le bailleur est à dissocier des conditions de validité imposées pour la confection de l'acte de refus. Une telle distinction n'est pas purement théorique, car les effets qui découlent de ces deux types de sanctions ne sont pas les mêmes. En effet, lorsque l'acte est irrégulier, c'est alors sa validité qui est prise en compte, et non le comportement du bailleur. La sanction touche l'acte et non la personne. La différence est nette en ce que la nullité de l'acte émis n'implique pas l'impossibilité pour le bailleur d'opposer ultérieurement et de manière valable son refus, tant qu'il agit dans le délai imparti. En revanche, s'il agit hors délai, le fait que l'acte soit valable ou non sera indifférent puisque le juge pourra lui opposer directement la déchéance de son droit d'émettre un refus à la demande de renouvellement. La sanction apparaît de ce fait comme étant plus sévère pour le bailleur : elle l'atteint directement dans son droit, et donc dans sa personne. Il semble que ce

¹ V. DESHAYES (O.), « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *art. préc.*

ne soit pas tant la validité d'un acte qui se trouve alors remise en cause, que le comportement négligent du bailleur.

Une telle différence entre condition de validité de l'acte unilatéral et incombance est vérifiable concernant l'exigence de motivation. En effet, celle-ci est une condition de validité de l'acte juridique unilatéral, et non une incombance, car ce n'est pas tant le comportement dans l'exercice du droit qui est pris en compte, que le contenu de l'acte, son fondement, sa finalité même¹. Or, « *la nullité sanctionne une irrégularité viciant le droit dès sa formation, tandis que la déchéance frappe la personne titulaire d'un droit né régulièrement* »². La conséquence du défaut de motivation est la nullité de l'acte, et non une déchéance. D'ailleurs, alors qu'il a été vu que la déchéance peut opérer de manière automatique, sans recours nécessaire devant un juge³, la nullité de l'acte doit, au contraire, être invoquée en justice. Les régimes appliqués à la déchéance et à la nullité de l'acte juridique unilatéral n'étant pas les mêmes, il importe ainsi de distinguer entre une condition de validité de l'acte et une incombance assortissant l'exercice d'un droit.

Ainsi dissociée de la nullité de l'acte juridique unilatéral, la déchéance doit, de même, être distinguée de l'annulation d'une clause contractuelle.

463. Déchéance d'un droit contractuel et nullité d'une clause contractuelle. La déchéance est parfois confondue avec le mécanisme de la clause réputée non écrite en ce que celle-ci vient éliminer, après coup, un droit qui se trouvait consacré par le contrat⁴. Cependant, ces sanctions sont à distinguer, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une telle sanction consiste en la remise en cause d'une clause expresse du contrat par le juge, alors que la déchéance, qu'elle soit prévue par la loi ou par les parties, s'impose de par son caractère automatique, et n'invite pas le juge à apprécier la légalité du contenu du contrat⁵. Ensuite, par le mécanisme du réputé non écrit, le sujet sanctionné ne sera privé que du bénéfice de la clause illégale, et non d'un avantage totalement licite qu'il aurait pu obtenir du contrat⁶. Enfin, le fait de réputer non écrite une clause abusive répond à la finalité de rééquilibrer, de manière rétroactive, les rapports contractuels qui se trouvaient démesurément altérés par l'effet de cette clause. Ainsi, « *l'élimination des clauses abusives se situe sur le terrain de la formation des contrats, quand bien même l'illicéité se répercute au jour de son exécution* »⁷.

¹ V. *supra*, n° 307.

² V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 88 et s.

³ V. *supra*, n° 445.

⁴ V. *Ibid.*, n° 90.

⁵ V. *supra*, n° 436 et s.

⁶ V. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 60.

⁷ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 90.

En définitive, « *la distinction entre la déchéance d'un droit et l'annulation d'une clause abusive est assez tranchée* »¹. Ces divers éléments empêchent que ces mécanismes ne soient confondus.

S'il apparaît possible de convaincre de l'autonomie de la déchéance vis-à-vis de sanctions faisant obstacle à la formation du droit, reste à démontrer la persévérance de cette autonomie vis-à-vis de mécanismes faisant disparaître un droit bel et bien existant. Il en va ainsi, notamment, de la caducité.

464. Déchéance et caducité. La caducité sanctionne un acte régulièrement formé et qui perd, au cours de son exécution, un élément nécessaire à sa validité en raison de la survenance d'une circonstance extérieure². Sa cause est donc identique à celle de la nullité : il s'agit d'un défaut de validité de l'acte. Néanmoins, ce défaut n'apparaît pas au même stade, ce qui justifie l'existence de deux mécanismes distincts. En effet, les conséquences de la caducité se distinguent de celles de la nullité en ce qu'elle ne remet pas en cause les échanges antérieurement effectués. Elle opère pour l'avenir, sans rétroactivité. Mais elle n'en perturbe pas moins directement la bonne continuation de l'acte. Sur ce point, la caducité se distingue de la déchéance de la même manière que celle-ci se différencie de la nullité : la déchéance n'atteint que le droit et ne remet pas en question la poursuite de la relation contractuelle³. Ainsi la caducité, comme la nullité, ne s'avère pas appropriée à la sanction de l'incombance⁴.

Cependant, il est des hypothèses où ces sanctions se rapprochent. En effet, tout comme la déchéance, la caducité remet en cause l'existence d'un droit alors que celui-ci se trouvait légitimement, et dès l'origine, au profit du contractant. De plus, une abstention du bénéficiaire peut être à l'origine de la caducité de l'acte mettant fin aux avantages qui en découlent. Il en va ainsi, par exemple, en matière de promesse unilatérale de vente : « *l'option ouverte par une promesse unilatérale de vente pendant un certain temps n'ayant pas été exercée dans le délai prévu, la promesse perd toute valeur, elle devient caduque* »⁵.

Néanmoins, une distinction peut être alors effectuée. En effet, « *à la différence de la déchéance, la faute du titulaire d'un droit n'est pas une composante de la caducité* »⁶. Celle-ci opère de manière neutre, objective, à partir du moment où un élément nécessaire à la validité de l'acte est manquant. En revanche, la déchéance nécessite la constatation d'un manquement pour être encourue par le contractant. Cela ne veut pas dire que leurs effets ne peuvent pas se rejoindre. Au contraire, il se peut que la déchéance occasionnée par le

¹ V. *Ibid.*

² V. BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, préf. P. Hébraud, Paris, LGDJ, 1963, spéc. p. 161.

³ V. *supra*, n° 428 et s.

⁴ V. LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., spéc. n° 46.

⁵ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 90.

⁶ V. *Ibid.*, n° 105.

manquement à une incombance entraîne directement la caducité d'un acte juridique en ce que l'avantage perdu conditionnait sa validité. Il en va ainsi, par exemple, en matière de promesse synallagmatique de vente assortie d'une condition suspensive. Dans l'hypothèse où le débiteur fait défaillir la condition par sa négligence, il manque à son incombance, et perd alors le droit de se prévaloir de cette défaillance. La condition n'étant pas remplie dans les faits, cela entraîne éventuellement, par la suite, la caducité de la vente qui était projetée.

465. Autonomie de la déchéance vis-à-vis des différents types de mécanismes d'extinction d'un droit. L'autonomie de la déchéance et sa légitimité en tant que sanction spécifique du manquement à une incombance contractuelle apparaît ainsi à l'occasion de sa confrontation aux diverses sanctions qui, comme elle, ont un impact sur l'existence d'un droit. Si une telle démonstration est à peu près aisée à l'égard des mécanismes qui ne sanctionnent pas une exigence de diligence, elle se complexifie néanmoins lorsqu'il s'agit de confronter la déchéance à d'autres mécanismes extinctifs d'un droit qui opèrent à l'aide d'un délai, et qui impliquent donc une certaine réactivité de la part du titulaire du droit.

B- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit assortis d'un délai

466. Déchéance et mécanismes extinctifs impliquant une diligence. La démonstration de l'autonomie de la déchéance vis-à-vis des mécanismes extinctifs d'un droit opérant à l'aide d'un délai est plus délicate encore que celle qui précède, car c'est surtout vis-à-vis de ces mécanismes qu'une confusion se fait le plus souvent sentir en pratique. En effet, la déchéance intervenant généralement à l'issue d'un certain délai, elle entretient des liens évidents « avec l'écoulement du temps en cas d'abstention »¹. Ainsi, la difficulté majeure est d'arriver à la distinguer des autres mécanismes extinctifs impliquant une diligence, à savoir la prescription extinctive (1) et la forclusion (2).

1. Déchéance et prescription extinctive

467. La recherche d'une distinction avant la réforme de 2008. Déjà avant la réforme de 2008, un rapprochement était « instinctivement » opéré entre ces notions². Les critères de différenciation entre la prescription et la déchéance étaient alors très discutés³.

¹ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., spéc. n° 1051.

² V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 518.

³ V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, spéc. n° 1 et s. et n° 30 ; SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé

La distinction pouvait néanmoins être faite, au regard des solutions de droit positif, en raison des différentes philosophies animant ces mesures. En effet, en matière de prescription, la sanction de la négligence du sujet importait peu, cette institution ayant plutôt pour objet de fixer « *la durée que devait atteindre une attitude contraire au droit et ininterrompue, pour déterminer l'alignement spoliateur du droit sur le fait contraire* »¹. Rapprochée de l'usucapion, elle pouvait être analysée comme un délai « *pour ne pas agir, un délai à remplir d'inaction* »². Institution « *la plus nécessaire à l'ordre social* »³, la prescription trouvait avant tout une vertu principale de sécurité juridique⁴. La « *vertu dynamique* » de la déchéance, encadrée par un court délai ayant pour objectif d'inciter à un exercice diligent du droit, s'opposait ainsi à la lenteur de la prescription qui permettait, en revanche, de « *convertir en situation juridique une situation de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique* »⁵.

Mais, cet élément de distinction s'est vu perturbé par la réforme de la prescription de 2008, qui a complexifié la dissociation de ces deux mécanismes.

468. Des difficultés de distinction accrues depuis la réforme de 2008. La réforme de la prescription intervenue en 2008 a consacré une évolution qui se faisait déjà pressentir, consistant en un rapprochement de la prescription et de la déchéance.

En effet, progressivement les deux branches de la prescription se sont dissociées et la prescription extinctive a été subjectivée, c'est-à-dire qu'elle est désormais comprise comme la sanction de la négligence du titulaire du droit. Sa distinction des autres délais pour agir en justice tels que les délais préfix, de forclusion ou de déchéance s'est alors nettement compliquée⁶. Seule la part de liberté laissée aux parties et au juge semble permettre de lui reconnaître une certaine autonomie⁷.

(contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *art. préc.*, n° 4 et 19 et s. ; BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 530 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 109 et s.

¹ V. BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC*, 1^{er} oct. 2008 n° 4, p. 1413 et s., n° 5 ; *adde* AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, D., 2002, n° 30 et s.

² V. BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *art. préc.*, n° 5.

³ V. FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1927, Impression Osnabruck, 1968, extraits choisis et présentés, sous la direction de F. Ewald, par F. Bellivier, Flammarion, 1989, t. 15, spéc. p. 575.

⁴ V. AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil, thèse préc.*, n° 32.

⁵ V. CARBONNIER (J.), « Notes sur la prescription extinctive », *RTD Civ.*, 1952, p. 171 et s.

⁶ Pour une argumentation en faveur du rejet d'une distinction entre ces délais, V. not KLEIN (J.), *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013, spéc. n° 560 et s.

⁷ V. BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *art. préc.*, n° 11.

Or, en dissociant la prescription extinctive de la prescription acquisitive¹, en raccourcissant nettement le délai de prescription de droit commun passant de trente à cinq ans², et en faisant courir le délai au « *jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »³, la réforme de 2008 a appuyé cette mutation. De même, originellement conçue comme permettant la défense d'un intérêt public, « *la réforme prend clairement parti pour une institution d'intérêt privé à travers sa réglementation de l'office du juge et des parties* »⁴. En effet, en vertu de l'article 2247 du Code civil, « *les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* ». Et l'article 2254 du Code civil autorise désormais les aménagements conventionnels de la prescription⁵. Les parties peuvent d'un commun accord, non seulement ajouter aux causes de suspension ou d'interruption, mais encore abréger ou allonger les délais⁶. Elles peuvent aussi renoncer au bénéfice de la prescription⁷. Cela diminue la portée d'ordre public de la prescription, et la rapproche d'un objectif de défense des intérêts privés. Ces « *partis pris par la réforme* » ont pu mener MME BANDRAC à dire qu'« *il ressort aujourd'hui que la prescription extinctive n'est plus qu'un délai de déchéance* »⁸.

¹ La prescription extinctive fait l'objet du titre XX du Livre III du Code civil, la prescription acquisitive fait l'objet du titre XXI. V. LEVENEUR (L.), « Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions », *JCP N*, n° 50, 12 déc. 2008, p. 1356 et s.

² V. art. 2224 C. civ.

³ V. art. 2224 C. civ. La solution est calquée sur celle des *Principes UNIDROIT*, art. 10.2 : « *à partir du lendemain du jour où le créancier a connu ou devait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* ». Par exception, il est fixé au jour de la naissance et de l'exigibilité du droit (V. art. 2233 C. civ.). Pour une critique du point de départ du délai de prescription, V. not. LEVENEUR (L.), « Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions », *art. préc.* ; *adde* MIGNOT (M.), « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defr.* 28 févr. 2009, n° 4, p. 393 et s. ; LICARI (F.-X.), « La réforme du droit de la prescription extinctive : perspectives nationales et transfrontalières », Colloque, Metz, 7 mai 2009, *RLDA*, 2009, p. 42 et s.

⁴ V. AMRANI-MEKKI (S.), « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G*, n° 27, 2 juill. 2008, I, p. 160 et s., n° 12 et s.

⁵ Sur le rôle de la volonté des parties en matière de prescription extinctive avant la réforme de 2008 : V. not. STIJNS (S.) et SAMOY (I.), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport belge », *art. préc.* ; STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé, op. cit.*, p. 384 et s. Après la réforme de 2008, V. not. AMRANI-MEKKI (S.), « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *art. préc.*, n° 16 et s. ; *adde* MAZEAUD (D.) et WINTGEN (R.), « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.*, 2008, n° 36, p. 2523 et s.

⁶ Il existe néanmoins des limites à cette liberté : La prescription ne peut pas être réduite à moins d'un an ou étendue à plus de dix ans, et le contrat ne doit pas avoir été passé entre un professionnel et un consommateur : V. art. 2254 C. civ.

⁷ V. art. 2248 C. civ. : « *Sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel* » ; art. 2250 C. civ. : « *seule une prescription acquise est susceptible de renonciation* ».

⁸ V. BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *art. préc.*, n° 6. Pour des auteurs qui plaident pour une double finalité de la prescription extinctive, correspondant à la fois à un instrument de paix sociale mais aussi en une sanction du créancier négligent, (ce qui rappelle la double finalité de la déchéance, V. *supra*, n° 420 et s.), V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport français », *art. préc.* ; *adde* TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1472.

Au surplus, le législateur n'ayant pas tranché entre une analyse substantialiste ou processualiste de la prescription extinctive, la nature de ce mécanisme n'est pas élucidée, ce qui ne facilite pas sa dissociation de la déchéance.

469. L'ambiguïté de l'objet de la perte entraînée par la prescription. Confrontée à la déchéance, « *la première interrogation [relative au régime de la prescription] porte [...] sur le caractère libératoire de l'obligation* »¹. En effet, se pose la question de savoir si, tout comme la déchéance², la prescription emporte une extinction du droit, ou si, à l'inverse, elle n'atteint que le droit d'agir en défense de ce droit.

À une époque où l'action n'était pas distinguée du droit, la prescription extinctive était *de facto* considérée comme privative du droit substantiel. L'analyse substantialiste est chronologiquement la première défendue en doctrine³. Selon cette conception, la prescription extinctive a la même portée que la prescription acquisitive. Elle atteint le droit subjectif substantiel : tandis que la prescription acquisitive le fait acquérir, la prescription extinctive l'éteint⁴.

Mais, à l'occasion de l'émergence d'une doctrine s'intéressant à l'étude du procès et au phénomène de l'action, a été défendue l'analyse processualiste de la prescription extinctive⁵. Selon cette conception la prescription extinctive est étrangère au droit substantiel, elle n'est qu'une institution de procédure, une fin de non-recevoir⁶, faite pour dispenser le juge, en mettant obstacle au procès, d'avoir à trancher de trop anciens litiges. Elle éteint seulement l'action.

Ces études ont été, par la suite, dépassées au moyen d'une analyse dualiste de la prescription extinctive, proposée par MME BANDRAC⁷. Selon l'auteur, ce mécanisme entraîne, en principe, l'extinction du droit substantiel, dans toutes les hypothèses où ce droit est susceptible de prescription. En revanche, dans les hypothèses inverses, la prescription n'entraîne que la perte de l'action.

Cependant, il ne paraît pas, au regard du droit positif, que le législateur ait retenu une telle conception de la prescription. D'ailleurs, il n'est pas possible de dire, à la lecture des

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 519.

² V. *supra*, n° 430 et s.

³ V. TROPLONG (R.-T.), *De la prescription*, Paris, 1835 ; *adde Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Prescription, sens 1.

⁴ V. DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, p. 272.

⁵ V. not. POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations, op. cit.*, n° 641 ; *adde* VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Bière, 1956 ; CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 1958 ; CATALA (P.) et TERRÉ (F.), *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, 2° éd., 1976 ; JAHEL (S.), *L'objet de la prescription extinctive. Contribution à l'étude de la notion d'action*, Beyrouth, 1966 ; *Vocabulaire juridique, op. cit.* V. Prescription, sens 2.

⁶ Elle est expressément qualifiée comme telle par l'art. 122 C. proc. civ. Pour une critique de cette qualification, V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préf. N. Fricero et R. Martin, Nice, Bruylant et LGDJ, 2002, n° 71 : selon l'auteur la prescription extinctive atteint le droit substantiel, il s'agit donc d'une défense au fond, qui a été promue à tort au rang de fin de non-recevoir.

⁷ V. BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986.

nouveaux textes, que le législateur ait tranché ce débat dans un sens ou dans un autre¹. Ce dernier n'a précisément pas voulu choisir entre une analyse processualiste ou substantialiste de la prescription extinctive². En effet, des éléments évoquent une analyse processualiste de la prescription, en ce qu'il semble que c'est l'action, et non le droit, qui fasse l'objet d'un empêchement : ainsi l'article 2234 du Code civil, qui fait application de l'adage « *contra non valentem...* » fait référence à la connaissance par le créancier de sa possibilité d'action³, et l'article 2249 du Code civil pose le principe de l'absence de répétition de l'indu en cas de paiement d'une dette prescrite⁴. Sur ces points, la prescription semble se distinguer de la déchéance. Néanmoins, d'autres règles font penser à une analyse substantialiste de la prescription. Et notamment, l'article 2219 du Code civil définit la prescription extinctive comme « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». *A priori*, tout comme la déchéance, la prescription extinctive « *sert d'instrument libératoire* »⁵. Elle opère une extinction d'un droit, qui s'impose de l'extérieur à son titulaire, en raison de sa passivité au cours d'un certain délai. Cet aspect ne permet donc pas de différencier clairement le régime de la prescription extinctive de celui de la déchéance⁶.

Or, « *à supposer que la prescription soit proprement extinctive, la question se pose [alors] de savoir si elle possède aussi un caractère punitif* »⁷. C'est précisément, et en dernier recours, à travers leur finalité que ces mécanismes peuvent être distingués.

470. Des finalités néanmoins distinctes. La déchéance et la prescription ne remplissent pas un même objectif. « *La première détruit un droit acquis alors que la seconde consolide une situation de fait ayant duré un certain temps* »⁸.

¹ V. FAUVARQUE-COSSON (B.) et FRANÇOIS (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.*, 2008, p. 2512 et s., n° 31 : « *D'une manière générale, la réforme ne permet pas véritablement de trancher entre les deux théories concurrentes qui sont renvoyées dos à dos* ».

² V. AMRANI-MEKKI (S.), « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *art. préc.*, n° 24 ; BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *art. préc.*, n° 4.

³ V. AMRANI-MEKKI (S.), « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *art. préc.*, spéc. n° 42 : « *Il convient de noter cette référence à l'exercice de l'action qui semble bien affirmer que la prescription s'applique à l'action et non au droit.* »

⁴ V. art. 2249 C. civ. : « *Le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré* ».

⁵ V. BÉNABENT (A.), « Approche sociologique de la prescription », *Revue dr. et proc.*, n° 3, mars 2012, p. 58 et s., spéc. n° 2.

⁶ V. BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 518 et s.

⁷ V. *Ibid.*, n° 519.

⁸ V. FAURE-ABBAD (M.), « La clause de conciliation préalable prévue entre l'agent commercial et son mandant n'affecte pas la perte du droit à réparation consécutive au défaut de notification dans le délai d'un an », note sous Cass. com. 27 sept. 2005, *JCP E*, 2006, n° 1207. Il serait selon l'auteur « *difficile de déduire du silence conservé un an par l'agent sa volonté de renoncer à l'indemnisation : le délai de l'article L. 134-12, alinéa 2, est trop court* ».

En effet, la prescription en ce qu'elle s'applique de manière générale à tout type de droit ou d'action, sert une finalité globale qui est probatoire. La prescription « *permet la dispense de preuve ; concrètement, cela signifie que le débiteur n'a pas à conserver indéfiniment ses factures et quittances. La prescription fait ainsi naître le droit de considérer, passé un certain nombre d'années, que la créance est éteinte* »¹. Finalement, la prescription permet de déterminer l'existence ou non du droit substantiel ou du droit d'agir à un instant clé². D'ailleurs, le délai butoir de vingt ans prévu par l'article 2232 du Code civil et dont le point de départ est fixe, manifeste le fait que la prescription est avant tout une mesure de pardon social : elle sert de mode de preuve quant à l'existence du droit, et ne participe donc pas de la même finalité que la déchéance³. En matière de prescription, plus l'antécédent du droit est grave, plus le délai est long, afin d'augmenter la possibilité pour le créancier de revendiquer son droit, et de diminuer les chances pour le débiteur d'échapper au paiement. De plus, la durée dans laquelle elle s'inscrit est modulable par la volonté des sujets qui y sont soumis, et ce délai peut également être allongé par l'effet d'une interruption ou d'une suspension de son cours. La prescription n'est pas la sanction d'un comportement, elle n'est pas une peine, elle entraîne simplement l'extinction du droit – ou de l'action – du fait de l'écoulement du temps. La preuve qu'elle ne revêt pas une nature punitive transparaît d'ailleurs en ce que la loi reconnaît la validité du paiement fait après la prescription de la dette et la naissance d'une obligation naturelle en cas d'engagement de payer de la part du débiteur bénéficiant de la prescription de son créancier⁴.

En revanche, il a été vu que la déchéance vient sanctionner un écart de conduite du contractant⁵. Ainsi, il a pu être souligné en doctrine, que c'est par cet aspect qu'elle se distingue de la prescription⁶. En effet, « *les auteurs favorables à l'autonomie de la déchéance la différencient de la prescription par son caractère éminemment punitif* »⁷. Par exemple, il a pu être remarqué que « *la peine civile domine l'agrégation extinctive tandis que la prescription se caractérise par son ambivalence* »⁸.

¹ V. FAUVARQUE-COSSON (B.) et FRANÇOIS (J.), « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *art. préc.*, n° 1 ; *adde* BÉNABENT (A.), « Approche sociologique de la prescription », *art. préc.*, spéc. n° 6 : « *Sur le plan collectif, la prescription est indispensable parce qu'il faut au bout d'un certain temps faire un peu place nette* ».

² V. ROUVIÈRE (F.), « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA*, 31 juill. 2009, n° 152, p. 7 et s., spéc. n° 3 et s.

³ V. *Ibid.*, spéc. n° 4.

⁴ Comp. en matière de déchéance, *supra*, n° 432.

⁵ V. *supra*, n° 422 et s.

⁶ V. not. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 18 et s. ; *adde* LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 109 et s. ; MALAURIE-VIGNAL (M.), obs. sous Cass. com. 18 mai 2005, *CCC*, 2005, n° 134 : « *La déchéance est un mécanisme qui permet de sanctionner un comportement répréhensible [...]* » ; ROUVIÈRE (F.), « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *art. préc.*, spéc. n° 6 et s.

⁷ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 531.

⁸ V. *Ibid.*, n° 530.

De plus, si la peine est de l'essence de la déchéance et non de la prescription, inversement, l'existence d'un délai est de l'essence de la prescription et non de la déchéance¹. En effet, la prescription tendant à la consolidation d'une situation de fait, permet simplement de caractériser l'écoulement du temps et l'abstention du créancier au cours de ce délai. Elle ne peut jouer qu'assortie d'un délai. L'écoulement du temps relève de la nature de la prescription. En revanche, il existe des déchéances qui ne jouent pas à l'aide d'un délai. Une telle condition ne lui est pas nécessaire. Par exemple, la déchéance encourue par le créancier bénéficiant d'un cautionnement pour avoir négligé un ou plusieurs de ses privilèges au détriment du pouvoir de subrogation de la caution n'intervient à l'issue d'aucun délai préfixé. Ce qui est véritablement nécessaire à la caractérisation d'une déchéance, tout au moins en matière contractuelle, c'est le manquement à l'incombance commis par l'agent².

Néanmoins, il est vrai que, dans la plupart des cas, la déchéance intervient à l'expiration d'un certain terme. Dans ces hypothèses, le délai de déchéance est alors à distinguer et à articuler avec celui de la prescription.

471. L'articulation des délais de déchéance et de prescription. Les délais de déchéance et de prescription se superposent, sans se confondre. Cela s'explique tant en raison de la distinction de leur cause efficiente, que de la différence de durée du délai qui s'y trouve attaché. Par exemple, en matière de garantie des vices cachés, coexistent deux délais extinctifs qui doivent être articulés. En effet, l'incombance doit être observée dans un court délai de deux ans, qui court à compter de la découverte du vice par l'acheteur, et par ailleurs, le droit à la garantie des vices cachés se trouve enfermé dans le nouveau délai « butoir » et objectif de vingt ans qui court à compter de la vente³. Ici, *« la déchéance et la prescription de l'obligation remplissent des fonctions propres et complémentaires. La première se traduit par la souplesse du délai et tend à punir la négligence de l'acheteur. La seconde, qui correspond [...] à un délai bien plus long, est destinée à libérer le vendeur par l'effet du temps »*⁴. Toutefois, il est vrai que, sur ce point, le vocabulaire employé par le législateur est perturbant. En effet, l'article 1648 du Code civil dispose qu'il faut une action en justice de la part de

¹ V. WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, op. cit., n° 666 : « Alors que la prescription, tout comme d'ailleurs les délais de forclusion, impliquent uniquement l'écoulement d'un laps de temps déterminé, la déchéance n'est pas subordonnée à un délai mais à d'autres conditions ».

² V. *supra*, n° 422 et s.

³ V. art. 2232 C. civ. Sous l'empire du droit de la prescription antérieur à 2008, V. not. JOURDAIN (P.), « L'articulation des doubles délais extinctifs en droit français, Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, op. cit., p. 687 et s. Sous l'empire de la loi de 2008 : V. not. BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., spéc. n° 366. Par ailleurs, il est possible que les parties aient modulé la durée du droit à garantie par le biais d'une clause limitative : « La fixation d'une durée contractuelle, généralement assez courte et surtout partant de la vente elle-même, doit être traitée comme une clause limitative de garantie, valable seulement si le vendeur n'est ni professionnel ni de mauvaise foi. » (V. *Ibid* ; adde ANCEL (P.), « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD Com.*, 1979, p. 203 et s., spéc. n° 9).

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 535.

l'acheteur pour interrompre le délai de deux ans qui lui est alloué pour se prévaloir de son droit à la garantie des vices cachés¹. Ainsi, le délai pour intenter une action en garantie des vices cachés est souvent qualifié de délai de prescription². D'ailleurs, l'article 886 du Code civil, qui pose une règle similaire à propos du partage, évoque clairement une « prescription » de deux ans de l'action en garantie à compter de l'éviction ou de la découverte du trouble. Le droit international de la vente est moins ambigu car il impose seulement la dénonciation des défauts par l'acheteur au vendeur, et non une véritable action en justice. Il distingue clairement cette exigence, encadrée dans un bref délai, de la prescription du droit à la garantie³. Or, la formulation de l'article 39 de la *CVIM* est, en cela, plus juste que celle de l'article 1648 du Code civil. En effet, il est possible de regretter la propension du législateur français à transformer une déchéance sanctionnant une incombance en prescription d'une action, en raison des inconvénients que revêt ce mécanisme. Une telle solution « *pousse au contentieux et, donc, avive les différends : on n'a guère le temps de chercher une solution amiable* »⁴. Par ailleurs, « *elle prend au dépourvu celui qui ne connaît pas les choses du droit : espérant trouver un terrain d'entente avec le vendeur, il laissera passer le temps* »⁵. Ainsi il a pu être à juste titre remarqué qu'« *il serait infiniment préférable d'aménager le délai que doit respecter l'acheteur comme une période pendant laquelle il convient d'informer le vendeur de l'existence d'un vice de la chose. À la suite de cette dénonciation, des propositions pourraient être faites à l'acheteur. Et un autre délai, plus long serait ouvert à ce dernier pour assigner son cocontractant, à défaut de solution* »⁶. À l'image de ce que prévoit la *CVIM*, ce n'est pas l'action en garantie qui doit être encadrée dans un bref délai, mais l'incombance de dénonciation des vices de la chose par l'acheteur au vendeur. L'action en garantie, étant alors, quant à elle, soumise à un délai de prescription distinct. Déchéance et prescription n'interviennent pas au même stade et n'ont pas les mêmes causes.

La superposition et l'articulation des délais de déchéance et de prescription se conçoivent, par ailleurs, en ce que leurs durées diffèrent quelque peu. Il est vrai que cette remarque est à relativiser depuis la réforme de 2008 qui a considérablement abrégé le délai de prescription de droit commun⁷. Il n'en reste pas moins que la prescription opère au moyen de

¹ V. BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *art. préc.*, spéc. n° 8 : « *La confusion avec le délai de la prescription est venue, entre autres causes, de ce que certains de ces délais ont été délibérément impartis par le législateur pour l'exercice de la demande en justice* ».

² V. not. ANCEL (P.), « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *art. préc.*, spéc. n° 9 : « *Le bref délai de l'article 1648 du Code civil est un délai de prescription de l'action en garantie. Si, par sa durée exceptionnellement courte, il est dérogoratoire au droit commun de la prescription trentenaire, il n'en présente pas moins toutes les caractéristiques des délais de prescription* ».

³ V. art. 39-1) *CVIM*. V. *supra*, n° 153.

⁴ V. HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2012, n° 11348.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. *Ibid.*

⁷ V. *supra*, n° 468.

délais beaucoup plus longs que ceux de la déchéance. Les délais de prescription se comptent en années¹, alors que les délais de déchéance se comptent en mois², voire en jours³. Au surplus, si l'accomplissement de l'incombance dans le délai empêche toute déchéance du droit, un tel comportement ne préviendra pas forcément le contractant contre la prescription. En effet, par exemple, si la dénonciation du vice caché par l'acheteur le protège de la déchéance qu'il encourt à court terme, les pourparlers alors éventuellement ouverts entre les parties ne feront qu'interrompre le cours de la prescription du droit d'agir en garantie de ces vices⁴. La dénonciation du vice doit pouvoir interrompre le délai de prescription en même temps qu'elle implique l'observation de l'incombance pesant sur l'acheteur⁵. Si bien que, l'acheteur qui observe son incombance en informant le vendeur des défauts de la chose, mais qui, en cas d'échec des négociations, n'agit pas en revendication de son droit dans le délai de prescription légal ayant recommencé à courir, pourra alors se voir opposer la prescription de son droit.

472. Prescription, forclusion et déchéance. La neutralité de la prescription, à savoir le fait qu'elle n'impose pas une règle de conduite mais constate simplement un état de fait pour y accoler une situation juridique, la différencie de la déchéance qui a pour finalité d'encadrer l'exercice du droit et d'inciter le contractant à plus de diligence. Si, sur ce point, une distinction peut être faite entre la prescription et la déchéance, cela ne semble en revanche pas *a priori* permettre de la dissocier de la forclusion. En effet, cette dernière est précisément définie comme étant une « *sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour*

¹ Le délai trentenaire a été conservé pour les actions réelles immobilières, V. art. 2227 C. civ. ; Par ailleurs, le délai décennal s'applique à l'action en garantie décennale, en matière de responsabilité des constructeurs d'ouvrage et de leurs sous-traitants. Il est également appliqué aux titres exécutoires. Cette durée décennale a, plus largement, été consacrée en matière de responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle pour les dommages corporels. Mais il est vrai qu'il y a aussi des délais plus courts : un délai biennal est applicable à la responsabilité des constructeurs en ce qui concerne les éléments d'équipements, et il est maintenu pour les actions en responsabilité contre les huissiers de justice à raison de la destruction des pièces qui leur sont confiées et pour l'action des professionnels contre les consommateurs. Le délai annuel reste quant à lui applicable, en raison des spécificités du transport maritime, aux actions en paiement pour fourniture de nourriture aux matelots, pour fourniture de matériaux et autres choses nécessaires aux constructions, équipements et ravitaillements du navire, ainsi que pour les travaux faits sur un navire : V. art. L. 110-4 C. com.

² Par ex. le bailleur doit confirmer la réalisation de l'événement justifiant le bail dérogatoire au moins deux mois avant la fin du contrat (art. 11, alinéa 5, L. 1989) ; le locataire (ou la commune) qui veut préempter doit exprimer son choix dans les deux premiers mois du délai de préavis, qui est de six mois (art. 15, L. 89) ; la société dispose d'un délai de trois mois pour répondre à la demande d'agrément d'un associé (art. L. 228-4, al. 1 C. com.) ; le salarié peut dénoncer le reçu pour solde de tout compte dans les six mois (art. L. 1234-20 C. trav.), etc.

³ Par ex., l'assuré doit donner avis de tout sinistre dans un délai fixé par contrat, qui ne peut être inférieur à cinq jours (art. L. 113-2-4° C. assur.), cela traduit le fait que le délai prévu est généralement très court ; la réponse à une proposition de modification du contrat d'assurance doit intervenir dans les dix jours de la demande (art. L. 112-2, al. 5 C. assur.) ; la réponse à une demande de congé individuel de formation doit être donnée par l'employeur au salarié dans les trente jours (art. R. 6322-5 C. trav.), etc.

⁴ L'interruption fait courir à nouveau un délai identique (V. art. 2240, 2241 et 2243 C. civ.) ; *adde* NAUDIN (E.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Causes d'interruption et de suspension », *LPA*, 2 avr. 2009 n° 66, p. 12 et s.

⁵ V. not. ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, spéc. n° 219.

défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire, d'une formalité lui incombant, en interdisant à l'intéressé forclos d'accomplir désormais cette formalité, sous réserve des cas où il peut être relevé de forclusion »¹. Cette définition se rapproche très sensiblement de celle de la déchéance. Ce constat invite alors à confronter ces deux notions.

2. Déchéance et forclusion

473. La forclusion analysée en doctrine comme une forme particulière de déchéance. Les forclusions - ou délai préfix² - sont multiples et variées³. Il s'agit parfois de délais pour accomplir un acte extrajudiciaire, mais le plus souvent, les forclusions encadrent l'exercice d'un acte en justice⁴. Elles tendent à stimuler ou à paralyser l'initiative de la volonté⁵. Ainsi la forclusion est assimilée, par beaucoup d'auteurs, à une déchéance particulière encourue à l'issue d'un certain délai⁶. En effet, si la déchéance ne suppose pas toujours l'écoulement d'un délai, il a pu être expressément avancé que « *la forclusion n'est qu'une forme particulière de déchéance pour écoulement du temps, elle correspond à l'introduction du temps dans le concept de déchéance* »⁷. La forclusion serait une déchéance spécifique, une sous-catégorie de déchéance, caractérisée par le court délai qui l'accompagne. Ainsi, concernant une diligence encadrée temporellement, pour désigner la sanction de l'inaction de l'agent « *il pou[r]rait être indistinctement employé le terme de déchéance ou de forclusion* »⁸. Selon cette conception, toute forclusion serait une déchéance mais toute déchéance ne serait pas forcément une forclusion.

Pourtant, y compris lorsque la déchéance joue à l'issue de l'écoulement d'un délai, il semble possible de la distinguer de la forclusion en vertu, notamment, du caractère objectif de son point de départ qui est exclusif de toute idée de sanction.

¹ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Forclusion ; adde BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse préc., n° 178 : « quand le délai stimule la diligence, la perte du droit d'agir (qui résulte de n'importe quel délai de forclusion) prend quelquefois un caractère répressif qui autorise à parler de déchéance » ; JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, op. cit., p. 173 et s., spéc. p. 188 et s.

² Les délais préfix sont des forclusions imposées non par les textes mais par la jurisprudence : V. JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », art. préc., spéc. p. 173 et s. Volonté de la réforme de 2008 de les faire disparaître : BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », art. préc., spéc. n° 4.

³ V. BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse préc., n° 178.

⁴ La forclusion est alors une véritable péremption, V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 120.

⁵ V. BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, thèse préc., n° 178.

⁶ V. DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, thèse préc., n° 238 et s. ; adde JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », art. préc., p. 188 et s.

⁷ V. ROUVIÈRE (F.), « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », art. préc., n° 6.

⁸ V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., p. 26, n. 129.

474. Le point de départ objectif du délai de forclusion exclusif de toute idée de sanction. Une distinction semble opérable entre l'esprit de la déchéance et celui de la forclusion en raison de la différence notée quant à la computation du délai qui encadre ces deux mécanismes¹.

En effet, lorsque le point de départ du délai correspond à la prise de connaissance par le sujet d'un droit dont il dispose, ou de circonstances de nature à lui ouvrir un avantage, le délai va sanctionner son inertie². Le contractant sachant clairement qu'il dispose d'un droit dont il doit revendiquer l'exercice rapidement, commet en s'abstenant, une négligence qui sera sanctionnée par une déchéance du droit. En revanche, la rigueur du délai de forclusion se manifeste à la fois par son caractère particulièrement court³, et par la spécificité de son point de départ : ce dernier est fixé de manière neutre, par rapport à un phénomène extérieur au sujet. En cela, ce mécanisme s'avère psychologiquement indifférent. Il fixe une limite temporelle objective à ne pas dépasser. L'écoulement du temps ne peut être ainsi analysé en tant que sanction du comportement de l'individu. Il est exclusif de toute idée de négligence car il ne fait que fixer *ab initio*, et de manière impartiale, un temps alloué au bénéficiaire d'un avantage juridique pour s'en prévaloir. Il s'agit alors de simples délais « abortifs », dénués de connotation punitive⁴. Les délais de forclusion sont abondants en procédure civile. Ils encadrent, par exemple, le droit de faire appel ou opposition à un jugement⁵, ou encore la demande de renvoi à la formation collégiale d'une affaire attribuée au juge unique⁶.

Il est vrai qu'il n'est pas toujours clair de savoir si l'écoulement du délai joue comme sanction de la négligence du contractant ou comme simple délai de péremption. Cela mène à des qualifications parfois douteuses en jurisprudence.

Par exemple, si les juges ont pu prononcer une « déchéance » de l'indemnité de fin de contrat subie par le mandataire commercial qui n'en fait pas la réclamation dans le délai d'un an⁷, il s'agit plus exactement d'un délai de forclusion⁸. En effet, le délai court à compter de la cessation du contrat, et non à compter de la prise de connaissance par l'agent commercial de son droit à indemnisation. Ce délai vient fixer une limite temporelle neutre à l'exercice du

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 532.

² Pour le rejet d'une approche conceptuelle du point de départ de la prescription, et notamment de sa distinction du délai préfix au regard d'un tel critère, V. KLEIN (J.), *Le point de départ de la prescription, thèse préc.*, n° 560 et s.

³ V. JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *art. préc.*, p. 181 : « *Le temps de la forclusion est un temps implacable et rigoureux* ».

⁴ V. AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil, thèse préc.*, n° 137.

⁵ V. art. 540 C. proc. civ.

⁶ V. art. 804 C. proc. Civ.

⁷ V. art. L. 134-12 C. com. ; *adde* Cass. com., 18 mai 2005, n° 03-20820, J.-D. n° 2005-028442, CCC, n° 7, juill. 2005, comm. 134, MALAURIE-VIGNAL (M.).

⁸ V. JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *art. préc.*, p. 180 : « *les délais de forclusion ont pour trait commun une certaine brièveté* ».

droit. Il n'y a pas de dimension de négligence dans le comportement de l'agent commercial car l'inaction est dissociée de la prise en compte de la connaissance de son droit à indemnité.

De même, un doute existe concernant la nature du délai de dénonciation du solde de tout compte par le salarié auprès de son employeur. Pour qu'il vaille sanction de la négligence du salarié, il faut que l'effet libératoire de l'employeur ne joue que pour ce que le salarié pouvait découvrir. Dans ce premier cas, le fait qu'il ne se manifeste pas dans le délai imparti implique une négligence de sa part : il savait mais il n'a rien dit. Il s'agirait alors d'un manquement à une incombance sanctionné par une déchéance. Mais si l'employeur est libéré y compris pour ce qui était légitimement inconnu du salarié, le mécanisme correspondrait davantage à d'un délai de péremption. Dans ce second cas, le salarié ne pouvant savoir qu'il a droit à une somme supplémentaire, son inaction ne peut être fautive, et l'effet libératoire du délai n'opère que comme délai de péremption du droit d'agir. Il serait alors impossible de considérer la dénonciation comme une incombance. Or, sur ce point, la jurisprudence a pu décider que « *l'employeur n'est libéré que pour ses obligations qui ont été et pouvaient être envisagées par le travailleur au moment de la signature* »¹. Si le salarié a connaissance d'une somme que lui doit l'employeur au moment de la signature du solde mais qui n'est pas comprise dans ce solde, il perd le droit de la revendiquer au-delà des six mois suivant cette signature. L'employeur se trouve alors libéré du paiement de cette somme à l'échéance. Il ne s'agit donc pas d'une simple péremption du droit, mais bien d'une déchéance venant sanctionner une négligence de l'employé. En effet, si le salarié ne pouvait avoir connaissance de cette somme au moment de la signature du solde de tout compte, l'effet libératoire ne peut avoir lieu pour cette somme à l'expiration du délai de six mois. L'action en paiement est admise pour le cas où le salarié ignorait son droit lors de la signature du reçu pour solde de tout compte². Mais le reçu conserve, sauf dénonciation motivée, un effet libératoire pour l'employeur sur les droits envisagés lors de son établissement, c'est-à-dire à l'égard de tous les éléments de rémunération dont le paiement a été envisagé par les parties³. Lorsque le reçu, même rédigé en termes généraux, détaille les sommes allouées au salarié, il n'a d'effet libératoire que pour ces sommes⁴.

¹ V. SAVATIER (J.), *D. soc.*, 1989, 829, note sous Cass. soc. 5 juill. 1989 ; *adde* Cass. soc., 9 juin 1988, n° 85-40571 : « *le reçu pour solde de tout compte n'a d'effet libératoire que pour les indemnités qui ont pu normalement être envisagées par les parties au moment de l'apurement de leurs comptes* ».

² Il en va ainsi notamment pour les dettes nées postérieurement à la signature du solde : V. not. Cass. soc. 9 juin 1988, *préc.* ; 14 févr. 1996, Bull. civ. V, n° 55 ; 5 nov. 1987, Bull. civ. V, n° 619 ; ou encore pour les droits éventuels futurs : V. not. Cass. soc. 6 avr. 1994, Bull. civ. V, n° 134.

³ V. Cass. soc. 8 juill. 1980, Bull. civ. V., n° 617 ; 30 oct. 1996, *Dr. soc.*, 1997, 110, obs. MARRAUD (C.).

⁴ V. Cass. soc. 9 avr. 1996, Bull. civ. V, n° 145 ; 8 juill. 1997, Bull. Civ. V, n° 251 ; 25 nov. 1997, Bull. civ. V, n° 400 ; Dans le même sens pour un reçu rectificatif, même rédigé en termes généraux, qui ne concerne que les sommes réclamées par le salarié : Cass. soc., 10 mars 1998, Bull. civ. V, n° 129. Ainsi, n'a pas d'effet libératoire le document dénommé « reçu pour solde de tout compte » qui ne comporte aucune précision sur les sommes concernées, V. Cass. soc. 16 mai 2000, Bull. civ. V, n° 184.

Parfois, le point de départ du délai peut sembler *a priori* objectif, préfixé, mais correspond en réalité au moment où le contractant prend connaissance de l'exigibilité de son droit. Il en va ainsi, par exemple, concernant la dénonciation du défaut de conformité de la contenance, dont la règle est prévue à l'article 1622 du Code civil. En effet, la Cour de cassation a pu clairement juger que « *le point de départ du délai préfix d'un an était la date de la livraison du bien, la vérification de la superficie de l'immeuble vendu ne pouvant être opérée qu'à cette date* »¹.

Cette distinction relative aux mécanismes de la déchéance et de la forclusion se double, par ailleurs, de différences relatives à leur régime.

475. Une distinction possible au regard du régime de la forclusion. Les régimes de la forclusion et de la déchéance se différencient sur deux points principaux.

En premier lieu, il a pu être justement remarqué que la forclusion se distingue de la déchéance en ce qu'elle peut être anéantie lorsqu'elle se révèle non méritée². En effet, l'article 540 du Code de procédure civile permet au juge de prononcer un relevé de forclusion des voies de recours. Contrairement à la déchéance, le juge pourra apprécier l'opportunité du prononcé de la forclusion, et décider d'en relever l'agent n'ayant pas agi à temps³. Cela est d'ailleurs conforme à ce qui vient d'être dit concernant la nature de la forclusion : celle-ci opérant de manière objective, et ne prenant pas en compte la négligence du contractant, son effet peut alors être considéré, *a posteriori*, comme n'ayant pas été mérité par celui à qui il s'impose, et justifier que le juge décide de revenir sur sa mise en œuvre.

En second lieu, il a été reconnu par la jurisprudence que la forclusion peut, à la différence de la déchéance⁴, être relevée d'office par les juges⁵. Cet élément traduit la dimension d'intérêt public qui s'attache aux forclusions, et qui les différencie des déchéances dont la nature de peine privée a été démontrée⁶.

476. L'éventuelle superposition des délais. La distinction révélée entre les deux mécanismes que sont la forclusion et la déchéance, ajoutée à celle révélée vis-à-vis de la prescription, permet d'envisager que trois délais différents puissent parfois se superposer : un délai de forclusion, un délai de déchéance et un délai de prescription. C'est d'ailleurs le cas dans le cadre de l'article 39 de la *CVIM*. En effet, dans son alinéa 2, cet article dispose que la

¹ V. Cass. civ. III, 11 janv. 2012, n° 10-22924, nous soulignons. V. *supra*, n° 153.

² V. not. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 532 ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 539 et s. Des auteurs considèrent que le relèvement ne peut s'opérer si le législateur ne l'a point prévu, V. JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *art. préc.*, p. 187.

³ Sur l'impossibilité de relever le contractant d'une déchéance, V. *supra*, n° 454.

⁴ V. *supra*, n° 444.

⁵ V. par ex. Cass. civ. I, 22 janv. 2009, n° 06-15370.

⁶ V. *supra*, n° 423.

perte du droit est encourue, dans tous les cas, si les vices ne sont pas dénoncés dans les deux ans suivant la date de la remise des marchandises. Cette règle ne consiste pas en une déchéance sanctionnant le manquement à une incombance, mais en une péremption du droit d'action de l'acheteur¹. En revanche, l'article 39-1) prévoit la sanction d'une véritable incombance². Ces délais étant par ailleurs encadrés dans un délai de prescription de l'action en garantie plus long.

477. Autonomie de la déchéance et sanction du comportement du contractant.

En définitive, et au vue du droit positif, l'autonomie de la déchéance vis-à-vis des mécanismes extinctifs d'un droit apparaît bien réelle. La démonstration de cette autonomie aura été le moyen de poursuivre la justification de l'opportunité de la sanction du manquement à l'incombance contractuelle par la déchéance du droit. Cette démonstration doit toutefois être complétée à travers la preuve du fait que la déchéance ne se confond pas avec les sanctions traditionnellement applicables au manquement contractuel, qui se révèlent d'ailleurs largement inadaptées, en raison même de l'effet particulier attaché à la déchéance.

§2- L'autonomie de la déchéance à l'égard des sanctions de l'inexécution du contrat

478. Autre élément révélateur de la particularité de l'incombance. La particularité de l'incombance a été révélée à travers la spécificité de la sanction qui s'attache à son manquement : la déchéance d'un droit. Mais elle se signale aussi du fait que les sanctions contractuelles traditionnelles, dont l'application aux devoirs contractuels a été envisagée³, ne s'avèrent pas adaptées en matière d'incombance, en raison même de l'effet attaché à la déchéance. Les sanctions des devoirs et incombances contractuels se distinguent ainsi

¹ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 168 : « De fait, la fonction du délai biennal est étrangère à celle du délai raisonnable. Sa durée est quantifiée, et préfixe, insusceptible de prorogation. Surtout, son point de départ ne réside plus dans la possibilité de constater le défaut, mais dans la réception matérielle de la marchandise. Le délai constitue une courte prescription comparable à l'ancien § 477 BGB, du reste plus radicale car son expiration éteint l'obligation. Des auteurs y voient une « péremption ». ». *Idem* pour l'art. 5-1) dir. 25 mai 1999 (V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 184), ainsi que pour l'art. 1648 C. civ. : l'al. 1 pose une véritable incombance sanctionnée par la perte du droit de se prévaloir de la garantie lorsque les vices ne sont pas dénoncés dans les deux ans de leur découverte, tandis que l'al. 2 prévoit une forclusion de l'action de l'acheteur qui ne l'intente pas dans l'année à compter du délai d'un mois après prise de possession de l'immeuble par l'acquéreur. *Contra*, V. COEFFARD (P.), *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2005, n° 103 : l'auteur assimile la forclusion et la déchéance et selon lui, le recours à la notion de forclusion suffirait à expliquer la règle de l'article 1648 du C. civ. et rendrait inutile la qualification d'incombance.

² V. *supra*, n° 153.

³ V. *supra*, n° 339 et s.

nettement à la lumière du domaine d'application des remèdes contractuels traditionnels. Bien qu'intégrée au cadre contractuel, et révélatrice de l'assujettissement du contractant à un certain comportement au cours de l'exécution du contrat¹, l'incombance n'est pas une contrainte catégorique visant directement la préservation de l'intérêt du contrat pour chaque partie à l'acte, mais une contrainte hypothétique, qui doit être observée si le contractant désire réclamer l'avantage qu'elle conditionne². Son observation n'a pas tant pour but direct de sauver le sort du contrat, et donc celui du cocontractant, que de légitimer la revendication d'un avantage qui revient à la partie à qui la contrainte s'impose³. La particularité de cette exigence, tant quant à son objet, que quant à sa finalité, ainsi que l'effet de la sanction qui y est assortie, justifient que les sanctions contractuelles traditionnelles ne lui soient pas applicables⁴. Il s'agit là d'un élément particulièrement révélateur de la spécificité de l'incombance contractuelle vis-à-vis des autres contraintes que le contrat peut impliquer. Si l'inexécution d'une obligation, ou la violation d'un devoir contractuel, sont de nature à entraîner l'application de divers remèdes contractuels, la plupart de ceux-ci se révèlent clairement inadaptés à la sanction de l'incombance contractuelle. Il en va ainsi, de manière assez évidente, des mesures relatives à l'inexécution (A). Mais aussi, même si cela est davantage discuté, de la responsabilité contractuelle (B).

A- L'impossible sanction de l'incombance par les mesures relatives à l'inexécution contractuelle

479. L'absence de pertinence à inciter à observer l'incombance *a posteriori*. Il a été vu que les différents remèdes qui permettent de corriger les conséquences de l'inexécution d'une obligation ne sont pas hermétiques à la sanction du manquement à un devoir contractuel⁵. L'observation de cette contrainte étant nécessaire à la bonne poursuite du rapport contractuel, il apparaît envisageable de permettre au contractant, en cas de manquement de son partenaire, soit d'opposer directement la suspension de son obligation, soit de saisir le juge afin qu'il le force à se comporter selon son devoir. Mais de telles mesures qui visent à inciter directement à l'observation du comportement ne sont, en revanche, pas envisageables, en cas de manquement par l'une des parties à son incombance. En effet, la particularité de cette exigence fait qu'il n'est pas pertinent d'inciter le contractant n'ayant pas observé son incombance à s'y conformer *a posteriori*. Ainsi, et plus précisément, tant le mécanisme de

¹ V. *supra*, n° 147 et s.

² V. *supra*, n° 213 et s.

³ V. *supra*, n° 297 et s.

⁴ Exception faite de la résolution du contrat qui peut, de manière certes exceptionnelle, intervenir à la suite du manquement à une incombance. Sur ce point, V. *infra*, n° 593 et s.

⁵ V. *supra*, n° 339 et s.

l'exception d'inexécution (1), que celui de l'exécution forcée en nature (2) se révèlent inadéquats pour sanctionner l'inobservation d'une incombance contractuelle.

1. L'inadéquation de l'exception d'inexécution à la sanction de l'incombance

480. La clarification des liens entre exception d'inexécution et incombance. Les rapports qu'entretiennent les mécanismes de l'exception d'inexécution et de l'incombance sont assez ambigus et méritent, de ce fait, d'être clarifiés. En effet, l'exception d'inexécution se révèle assez proche de l'incombance, ce qui doit conduire à mettre en avant l'analogie possible entre ces instruments juridiques. Néanmoins, des limites à cette ressemblance sont à souligner et font que la sanction attachée à l'incombance rend inutile la mise en œuvre d'une exception d'inexécution.

481. L'analogie opérée entre l'incombance et l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution permet de légitimer l'inexécution d'une obligation dans l'hypothèse où le cocontractant n'aurait pas exécuté l'obligation qui en constitue la contrepartie directe¹. Or, lorsqu'elle accompagne un droit de créance, l'incombance est assez proche du mécanisme de l'exception d'inexécution en ce que, à l'image de ce que celui-ci permet, une obligation due en vertu du contrat n'aura pas à être exécutée si un certain comportement n'est pas préalablement adopté par le cocontractant. En effet, le manquement à une incombance permet, tout comme l'inexécution d'une obligation, de justifier que le cocontractant n'exécute pas sa propre obligation. Ainsi, MME LICARI a-t-elle pu clairement rapprocher ces mécanismes l'un de l'autre, jugeant que « *l'incombance pourrait être considérée comme une forme d'exception d'inexécution* »². Il s'agit alors de voir plus précisément les causes de ce rapprochement.

482. Les causes de l'analogie. Si une analogie a pu être opérée entre les mécanismes de l'exception d'inexécution et celui de l'incombance, au point de proposer que le premier soit le fondement du second, les éléments leur étant communs n'ont pour autant pas été clairement mis en avant³. Or, il est possible de justifier un rapprochement entre ces instruments juridiques sur la base de trois points principaux.

Tout d'abord, ils opèrent tous deux à titre de blocage de l'exécution forcée d'une obligation, qui est pourtant légitimement née de la conclusion du contrat, sans avoir à passer nécessairement devant le juge.

¹ V. *supra*, n° 342 et s.

² V. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

³ V. *Ibid.*

Ensuite, et en justification de cet effet, ces deux mécanismes participent de la prise en compte de la cause de l'obligation dont l'exécution est suspendue : en matière d'exception d'inexécution, l'obligation n'a pas à être exécutée en raison de l'inexécution de sa contrepartie directe ; en matière d'incombance, l'exécution n'est pas due parce que le comportement en légitimant la jouissance n'a pas été observé.

Enfin, et cela est évidemment lié aux deux points qui précèdent, ces outils participent tous deux de l'objectif d'assurer un certain rééquilibrage des rapports contractuels afin d'assurer la meilleure issue possible à la convention conclue.

Néanmoins, s'il est vrai qu'une évidente analogie peut être opérée entre ces mécanismes, des points de distinction non moins évidents viennent limiter toute volonté de les assimiler purement et simplement.

483. Les limites de l'analogie. Différents éléments font que cette analogie entre l'incombance et l'exception d'inexécution doit être relativisée.

Tout d'abord, la comparaison n'est pas tout à fait pertinente en ce que, l'incombance n'étant pas une sanction mais l'exigence de comportement préalable à l'exercice du droit dont l'inobservation entraîne une sanction, le rapprochement devrait plus exactement être opéré entre la déchéance et l'exception d'inexécution.

Or, et ensuite, ces mécanismes se différencient en plusieurs points.

En premier lieu, ils se distinguent par leur domaine. En effet, d'une part, l'exception d'inexécution semble recouvrir un domaine moins étendu que la déchéance sanctionnant une incombance. Bien que cela soit discutable, l'exception d'inexécution est traditionnellement cantonnée au domaine des contrats synallagmatiques, parce qu'elle suppose que l'obligation dont est empêchée l'exécution forcée, trouve sa cause dans l'obligation du cocontractant¹. Or, la déchéance sanctionne le manquement à une incombance au-delà du strict cadre des contrats synallagmatiques, « *comme en témoignent les nombreuses diligences pesant sur le créancier en faveur de la caution* »². D'autre part, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est, en revanche, moins conditionnée que celle de la déchéance, et notamment elle ne nécessite pas d'être préalablement prévue par le législateur, ou par les parties directement dans l'acte, pour pouvoir être opposée par un contractant à l'autre³.

En second lieu, l'incombance n'accompagne pas exclusivement des droits de créance, mais encadre parfois l'exercice de droits potestatifs⁴. Ainsi elle n'est pas seulement de nature à conditionner l'exigibilité d'une obligation, et peut également bloquer, en cas de manquement, l'exercice d'un droit d'option, par exemple. La déchéance liée au manquement

¹ V. *supra*, n° 343.

² V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

³ Sur le principe de légalité appliqué à la déchéance, V. *supra*, n° 438.

⁴ V. *supra*, n° 221 et s.

à une incombance ne peut donc être assimilée à un remède à l'inexécution d'une obligation contractuelle.

En troisième et dernier lieu, ces sanctions sont à différencier au regard de leurs effets. Il a pu être justement remarqué par MME LICARI que « *l'exception d'inexécution est un mécanisme ayant un effet suspensif dont le but est d'inciter le cocontractant à exécuter sa prestation, alors qu'en matière d'incombance la sanction est définitive* »¹. Il a été vu que la déchéance a un effet libératoire : sa mise en œuvre implique que le débiteur n'aura dorénavant plus à exécuter son obligation². En revanche, l'exception d'inexécution ne libère pas irrévocablement le débiteur : celui-ci devra s'exécuter si son partenaire réagit de manière positive au remède qui lui est opposé.

Ainsi distinguée de la déchéance sanctionnant le manquement à l'incombance, l'exception d'inexécution se révèle inutile en cas de manquement du contractant à ce comportement spécifique du fait même de l'application de sa sanction spéciale.

484. L'inutilité de l'exception d'inexécution par l'effet de la mise en œuvre d'une déchéance. L'exception d'inexécution est une sanction inutile en cas de manquement à une incombance contractuelle en raison même de la prise d'effet de la déchéance. En effet, celle-ci entraîne une paralysie de l'action du titulaire du droit qui a manqué à son incombance, lui empêchant de réclamer l'exécution de son obligation auprès de son cocontractant. Le résultat directement induit par cette sanction est donc que le partenaire est déchargé de son obligation. Il n'a plus à s'exécuter. Le manquement à une incombance conditionnant l'exercice d'un droit de créance par une partie a un effet libérateur automatique de son obligation pour l'autre. La déchéance pénalisant le contractant qui manque à son incombance fait naître au profit de son partenaire le droit de se prévaloir de la déchéance encourue par le premier³. Il a le droit de ne pas exécuter son obligation⁴.

485. L'inadéquation des remèdes contractuels traditionnels à la sanction de l'incombance. L'exception d'inexécution se révèle finalement inutile en ce que la déchéance attachée au manquement à l'incombance va encore au-delà, par ses effets, de ceux que cette mesure de justice privée engendre. Cette sanction singulière qui consacre la perte du droit conditionné, permet la poursuite de la relation contractuelle en déchargeant l'une des parties d'une obligation qu'elle devait exécuter en vertu du contrat, ou d'un risque qu'elle subissait en raison des prévisions contractuelles, sans qu'elle n'ait à opposer une quelconque exception

¹ V. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

² V. *supra*, n° 428 et s.

³ V. CARBONNIER (J.), *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 922 : « A cette obligation [incombance] paraît même correspondre un droit, en ce sens que la partie adverse pourra se prévaloir de ce que la déchéance a été encourue, de ce que le droit n'a pas été acquis ».

⁴ V. CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, *thèse préc.*

d'inexécution. De même, cet effet particulier attaché au manquement à l'incombance implique l'inopportunité, voire l'impossibilité, pour le cocontractant d'en forcer l'observation par le biais d'une demande en exécution forcée. Ce remède contractuel traditionnel se révèle également inadapté à la sanction du manquement à une incombance.

2. *L'inadéquation de l'exécution forcée en nature à la sanction de l'incombance*

486. Une inadéquation remarquée en doctrine. Le remède contractuel traditionnel à l'inexécution que représente l'exécution forcée en nature se révèle tout à fait inadapté à la sanction de l'incombance contractuelle. C'est d'ailleurs souvent cette particularité du régime de l'incombance qui est mise en avant par les auteurs afin de convaincre de la spécificité de cette contrainte et de la distinguer de l'obligation civile. En effet, ils admettent à l'unanimité que cette exigence ne peut être sanctionnée par une demande en exécution forcée¹. Mais la justification de cette incompatibilité n'est pas toujours expressément soulignée. Précisément, l'inadaptation de l'exécution forcée à l'incombance se justifie pour deux raisons distinctes. D'une part elle s'avère souvent impossible d'un point de vue strictement matériel. D'autre part, elle se révèle clairement inopportune pour le partenaire de celui qui manque à son incombance au regard de la particularité de la contrainte concernée.

487. Une sanction impossible d'un point de vue matériel. Tout d'abord, il a été vu que la situation juridique justifiant une incombance est très particulière en ce qu'il existe nécessairement un aléa qui plane sur la revendication d'un droit au profit de l'un des contractants². Selon les cas, cet aléa est soit extérieur aux parties, et pèse sur la survenance d'un évènement justifiant la revendication du droit, soit il se trouve directement lié à la volonté du titulaire du droit de le mettre en œuvre, c'est-à-dire qu'il résulte de l'existence d'un droit potestatif. Or, l'existence de cet aléa empêche, matériellement, que le destinataire de l'incombance puisse forcer l'autre partie à observer ce comportement.

Concernant, d'une part, les incombances encadrant l'exercice d'un droit dont l'exigibilité est soumise à la survenance d'un évènement incertain, bien souvent le destinataire du droit n'est pas au courant des circonstances étant de nature à justifier son

¹ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* : « nombre de contrats contiennent des « devoirs » mis à la charge des parties, dont l'inexécution ne permet pas de demander l'exécution forcée [...] mais fait perdre au débiteur un avantage qu'il aurait dû retirer du contrat » ; adde BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 492 : « Le sujet d'une incombance n'est pas tenu de fournir à autrui une prestation susceptible d'exécution forcée » ; LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 26 : « L'incombance se distingue ainsi de l'obligation juridique stricto sensu définie comme un lien de droit unissant un créancier et un débiteur en vertu duquel le premier dispose d'un recours en exécution forcée contre le second si celui-ci n'exécute pas la prestation convenue ».

² V. *supra*, n° 215 et s.

usage par son partenaire alors soumis au respect d'une incombance. Par exemple, comment envisager sérieusement qu'un vendeur demande en justice l'exécution forcée par l'acheteur de son incombance de déclaration des vices cachés ? La déclaration a pour finalité même l'information du vendeur qui est présumé ignorer ce fait. En effet, le vendeur n'a pas, par hypothèse, connaissance de la survenance d'un tel vice, il ne peut donc pas contraindre le vendeur à le déclarer. Le destinataire du droit ne peut pas contraindre son titulaire à observer l'incombance dont il est chargé pour des questions purement matérielles.

D'autre part, en ce qui concerne les incombances encadrant l'exercice d'un droit potestatif, l'aléa est lié à la volonté même du titulaire du droit d'en faire usage. Permettre une exécution forcée de l'incombance reviendrait, ici, à forcer le cocontractant à prendre une décision. Or, l'incombance est une contrainte destinée à limiter l'arbitraire lié au droit potestatif, mais elle ne fait pas disparaître pour autant la potestativité. En effet, cette exécution forcée est impossible de par la sujétion à laquelle est soumis le destinataire du droit potestatif. L'impossible exécution forcée des incombances encadrant l'exercice d'un droit potestatif, et notamment d'un droit d'option, se traduit d'ailleurs clairement à travers la prohibition des actions préventives en procédure civile, et plus précisément, l'interdiction des actions provocatoires et interrogatoires¹. Ces actions ont pour objet « *d'obtenir du juge qu'il se prononce immédiatement sur l'existence, la validité ou le contenu d'une prérogative juridique, indépendamment de tout intérêt né et actuel de la part du demandeur* »². Et plus précisément, l'action interrogatoire « *a pour objet de contraindre une personne qui dispose d'une faculté d'option soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle dans l'exercice de son droit* »³. Or, « *le droit positif se montre hostile à ces actions car elles tendent à priver un sujet de droit d'un bénéfice légal ou à le contraindre d'agir en justice alors que l'action est une prérogative juridique dont l'exercice est libre et facultatif pour son titulaire* »⁴. Ainsi, et par exemple, l'assuré ne peut forcer l'assureur à donner sa réponse à l'option dont il dispose en raison d'une aggravation des risques, entre la dénonciation du contrat, la proposition d'un autre montant, ou la continuation de l'exécution dans les mêmes conditions, car il ne dispose pas d'un intérêt né et actuel pour agir.

488. Une sanction inopportune au regard de la nature de la contrainte. Ensuite, si l'incombance ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée en nature, c'est principalement en raison de sa nature, qui rend un tel remède particulièrement inopportun pour le cocontractant.

¹ V. not. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^e éd., 2011, n° 358.

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

En effet, il a été vu que l'incombance, en tant que contrainte hypothétique qui se trouve au bénéfice direct de celui sur qui elle pèse, se distingue du devoir et de l'obligation contractuels qui sont, *a contrario*, des contraintes catégoriques, dont le manquement préjudicie directement à la partie adverse¹. À la différence de ces dernières, le manquement à une incombance ne fait naître aucun droit au profit du cocontractant à exiger son observation. En revanche, cela implique un droit, pour le partenaire de celui qui y a manqué, de se prévaloir de ce manquement afin, soit de ne pas exécuter son obligation, soit de voir une situation juridique incertaine être consolidée dans un certain sens. De manière générale, il n'est pas dans l'intérêt du destinataire du droit de demander en justice l'exécution forcée d'une incombance puisque celle-ci conditionne la jouissance et donc l'exigibilité du droit, ce qui place le plus souvent le destinataire dans une situation qui lui est désavantageuse. Mais le caractère particulièrement inopportun de l'exécution forcée se révèle surtout à travers l'observation des incombances accompagnant l'exercice d'un droit de créance. En effet, dans de telles hypothèses, le débiteur a tout intérêt à ce que le créancier manque à son incombance en raison de la sanction qui l'accompagne. L'inobservation de son incombance par le créancier est profitable au débiteur, puisqu'il sera déchargé de son obligation par l'effet de la déchéance subie par le créancier. Le manquement à une incombance encadrant un droit de créance présente un réel avantage pour le débiteur qui se trouve ainsi libéré d'une partie de son engagement.

Néanmoins, il ne faut pas oublier que si le manquement à l'incombance avantage le débiteur de la partie qui y est tenue, il peut en revanche porter atteinte au droit de gage général de ses propres créanciers. Aussi l'action oblique permet-elle à ces derniers d'agir pour pallier la carence de leur débiteur.

489. L'intérêt de l'action oblique pour le créancier du contractant négligent.

Pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être exposées, un créancier du contractant bénéficiant du manquement de son partenaire à son incombance n'aurait aucune raison d'exiger de ce dernier qu'il adopte le comportement conditionnant la jouissance de son droit puisque cela impliquerait une perte de valeur dans le patrimoine de son débiteur, ce qui est contraire à l'objectif d'une telle action.

En revanche, l'action oblique prend tout son sens pour le créancier de celui qui manque à une incombance conditionnant la jouissance d'un droit de créance. En effet, s'il a été vu que la déchéance est personnelle au contractant n'ayant pas observé son incombance, et ne saurait nuire aux tiers², il n'en reste pas moins qu'en raison de la déchéance, une créance

¹ Sur le caractère catégorique du devoir contractuel, V. *supra*, n° 187 et s. et sur l'application de la responsabilité contractuelle en conséquence, V. *supra*, n° 369 et s.

² V. *supra*, n° 439. Par exemple, la déchéance de l'assuré qui n'aura pas déclaré le sinistre à temps est inopposable aux victimes qui peuvent ainsi obtenir indemnisation de leur préjudice auprès de l'assureur, qui

qui pouvait intégrer le patrimoine du contractant négligent ne fera pas partie de son actif. Aussi, le manquement à une incombance accompagnant un droit de créance est une véritable carence, qui se répercute nécessairement sur les créanciers à travers la diminution de leur droit de gage général. En ce qu'il altère directement le patrimoine de celui sur qui pèse l'incombance, le manquement à cette contrainte peut ainsi nuire aux intérêts des créanciers chirographaires. En effet, il réduit sensiblement leurs chances d'être payés à échéance¹. Or, précisément, par le biais de l'action oblique, la loi permet au créancier de se substituer à son débiteur négligent pour exercer ses droits à sa place, afin de réintégrer de l'actif dans son patrimoine². L'intérêt à agir du créancier réside « *sinon dans l'insolvabilité de son débiteur, hypothèse qui est cependant la plus fréquente, du moins dans une menace d'insolvabilité ou dans une mise en péril de sa créance* »³. L'action oblique est alors un moyen pour le créancier de se prémunir contre le risque d'appauvrissement de son débiteur en raison de sa carence⁴. Or, précisément, le manquement à une incombance est constitutif d'une carence dans la réclamation d'un droit. Ainsi, la jurisprudence a reconnu à des créanciers le droit d'accomplir une incombance à la place de leur débiteur afin qu'il ne perde pas son droit. Par exemple, il a été admis que le créancier dénonce la survenance d'un sinistre à une assurance⁵. Cette incombance s'apparente à une mesure de sauvegarde exercée en dehors de la voie judiciaire, mais cela n'est pas contraire au régime de l'action oblique⁶. De même, il est envisageable que le créancier de l'acheteur exerce à sa place l'action en garantie des vices cachés s'il vient à en prendre connaissance. Ou encore, que le créancier du bénéficiaire d'une garantie de passif informe le garant d'un élément de nature à mettre en œuvre la garantie. La diligence qui s'impose au contractant pèse également sur son créancier qui, le cas échéant, devra donc agir dans le délai fixé.

devra ensuite se retourner contre son assuré. V. art. R. 124-1 (assurance de responsabilité) et R. 211-13, 2° (assurance automobile).

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1143 : « Tout créancier impayé peut, en principe, exercer par la voie oblique tous les droits et actions de son débiteur, pourvu, cependant, qu'ils soient de nature patrimoniale. L'action oblique, il faut le rappeler, est un corollaire du droit de gage général. Elle ne peut trouver application qu'à propos de droits ou biens susceptibles de réintégrer le patrimoine du débiteur et que le créancier aurait pu saisir si le débiteur diligent avait lui-même agi. ».

² V. *Ibid.*, n° 1150 : « le demandeur n'exerce pas contre le défendeur son droit propre, mais celui de son débiteur. Il n'en retire, dans un premier temps, ni avantage, ni privilège » ; « L'effet de l'action oblique doit être celui qui serait résulté de l'exercice de l'action par le débiteur défaillant lui-même. Le produit n'en revient donc pas au demandeur, mais réintègre le patrimoine du débiteur, sur lequel le demandeur exercera son droit de gage général. Ainsi, l'action oblique ne profite-t-elle qu'indirectement au demandeur, en même temps qu'elle profite aux autres créanciers du même débiteur. » ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.* n° 310-55.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1148. V. art. 1331-1 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, qui fait référence à une carence du débiteur qui « compromet les intérêts du créancier », et qui ne subordonne donc pas l'action à son insolvabilité ; *adde* WICKER (G.) et SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Les actions ouvertes aux créanciers », *JCP G*, sup. n° 21, 25 mai 2015, p. 68 et s.

⁴ V. WICKER (G.) et SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Les actions ouvertes aux créanciers », *art. préc.*, n° 6.

⁵ V. Cass. req., 30 nov. 1926, *DP*, 1928, 1, p. 49 note JOSSERAND (L.).

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1143.

En ce qui concerne les incombances accompagnant l'exercice d'un droit potestatif, et notamment d'un droit d'option, la question de savoir si le créancier peut les observer à la place de son débiteur est plus délicate. Selon des auteurs, cela dépend *a priori* du fait de savoir si le droit en question est déjà né ou si l'option donne lieu à un droit nouveau. En effet, les conséquences diffèrent selon la réponse donnée à une telle interrogation : elle « *doit être positive si l'on considère qu'une option présuppose un droit déjà né et virtuellement acquis qu'il s'agit seulement de confirmer ou de rejeter* »¹ ; en revanche, elle est négative « *si l'on estime que l'option constitue un droit nouveau* »². Mais en réalité, même à considérer que le droit d'option est d'ores et déjà acquis par son titulaire, l'action oblique ne semble pas envisageable en raison de son caractère éminemment personnel. Et précisément la majorité des auteurs³ – ainsi que la jurisprudence⁴ – « *est plutôt hostile à l'exercice des droits d'option par la voie oblique, parce que ces droits, comme la simple faculté, comportent le plus souvent une marge d'appréciation strictement personnelle* »⁵.

L'action oblique est ainsi un élément qui met de nouveau en évidence l'opportunité d'une distinction entre les incombances qui accompagnent un droit de créance et celles qui s'attachent à l'exercice d'un droit potestatif⁶.

Mais, à travers ces quelques réflexions, il est surtout révélé que le manquement à une incombance peut constituer le fondement de l'action oblique. En effet, la carence du débiteur peut précisément résider dans le manquement à une incombance accompagnant la revendication d'un droit de créance. À la différence de l'exécution de l'obligation, l'observation de l'incombance n'est donc pas la finalité de l'action oblique exercée par le créancier, mais le moyen permettant d'aboutir à cette fin qu'est le paiement effectué au bénéfice de son débiteur.

Il est vrai que, parfois, l'inertie relève d'une intention de nuire de la part du débiteur, d'une véritable fraude aux droits de ses créanciers⁷. Or, un tel comportement ne consiste plus, techniquement parlant, en un manquement à une incombance, mais s'avère être une véritable

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.* n° 310-40. En ce sens, V. not. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, thèse préc.*, n° 77 et s.

² V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.* n° 310-40. En ce sens, V. not. Cass. com., 21 janv. 1974, n° 72-12982, *GP*, 1975, 1, jur., p. 21, note LACHAUD (J.).

³ V. not. MAZEAUD (H., L. et J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 961 ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, Paris, S., 1989, n° 150 ; STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations, t. 3, Régime général*, LexisNexis., 1999, n° 640.

⁴ V. not. TGI Chartres, 2 févr. 1972, *GP*, 1972, 1, p. 412.

⁵ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1143, n. 1, p. 1192.

⁶ Sur cette distinction, V. *supra*, n° 216 et s.

⁷ V. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 43 : « *Même si le non-respect de l'incombance ne constitue en tant que tel pas une faute, il peut devenir fautif et même frauduleux selon les circonstances* ». L'auteur donne l'exemple du bénéficiaire d'une garantie de passif qui omet de manière délibérée de respecter son incombance d'information à l'égard du garant, tout en comptant se prévaloir de la garantie et en sachant qu'il prive le débiteur de la protection apportée par l'incombance.

violation du devoir contractuel de bonne foi, justifiant la pleine application du régime alloué au devoir contractuel¹. D'ailleurs, et si toutes les autres conditions en sont remplies, une action paulienne est alors envisageable puisqu'une telle mesure, contrairement à l'action oblique, trouve nécessairement à sa base une fraude².

490. La déchéance comme frein à l'application des sanctions contractuelles traditionnelles. Il vient d'être vu que la déchéance qui sanctionne le manquement à une incombance implique que les sanctions traditionnellement liées à l'inexécution d'une obligation s'avèrent tout à fait inadaptées pour remédier à ce type de comportement. De plus, elle rend également inadéquat le prononcé d'une responsabilité contractuelle. En effet, il a été vu que la déchéance a pour intérêt d'éviter la survenance d'un préjudice pour le cocontractant. Or, le prononcé d'une responsabilité implique la caractérisation d'un préjudice. Ainsi le mécanisme de la responsabilité civile s'avère inconciliable avec l'hypothèse d'un manquement à une incombance.

B- L'impossible sanction de l'incombance par la responsabilité contractuelle

491. La confrontation de la responsabilité contractuelle à la déchéance. À l'image des remèdes contractuels traditionnels appliqués en cas d'inexécution, la responsabilité contractuelle ne s'avère pas adaptée à la sanction du manquement à une incombance contractuelle. Tout d'abord, la confrontation de cette sanction à la déchéance permettra de démontrer que, bien qu'elle s'en rapproche par certains de ses aspects, elle peut et doit néanmoins en être distinguée (1). Or, cette distinction contribuera à prouver l'inopportunité du prononcé de la responsabilité contractuelle à l'égard du contractant ayant manqué à son incombance (2).

1. Responsabilité contractuelle et déchéance

492. Un rapprochement à travers la notion de peine privée. Si la responsabilité contractuelle est parfois rapprochée de la déchéance, c'est en raison du fait que lui est attribuée par quelques auteurs une même fonction de peine privée. En effet, selon certains, la

¹ Sur le régime du devoir contractuel, V. *supra*, n° 339 et s.

² V. *supra*, n° 363 et n° 366. Par ex. le manquement à l'incombance de l'article 1178 C. civ. peut se transformer en fraude s'il s'accompagne de l'intention de nuire au créancier. Or, l'art. 1304-5 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* propose de préciser qu'il est possible pour le créancier d'exercer une action paulienne en une telle hypothèse : « *Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ».

sanction du dol par la responsabilité contractuelle traduirait sa nature de peine privée¹. Dans une telle hypothèse, la responsabilité prononcée aurait « *pour seul but d'encourager la correcte et prompt application d'une obligation fondamentale* »², en ce qu'elle oblige le contractant fautif à payer une somme d'argent supérieure au préjudice causé à son partenaire³. Or, il a pu être soutenu qu'un tel effet devrait être analysé en termes de déchéance du bénéfice de la limitation de la responsabilité contractuelle pour le débiteur de mauvaise foi⁴.

De plus, il a été observé que, lorsque la condamnation à réparation est prononcée à l'encontre du créancier, les dommages-intérêts compensent le montant de la créance, ce qui peut entraîner, indirectement, son extinction⁵. Ainsi apparaît l'idée que la compensation engendrée par le prononcé d'une responsabilité contractuelle peut camoufler une déchéance des droits du créancier⁶.

Mais si ces phénomènes montrent qu'il est parfois difficile de distinguer nettement la responsabilité contractuelle de la déchéance, une telle entreprise peut et doit néanmoins être menée car leurs éléments constitutifs et les conséquences engendrées par ces sanctions ne sont pas les mêmes.

493. Responsabilité contractuelle et déchéance différenciées par leurs éléments constitutifs. La responsabilité civile et la déchéance se départissent l'une de l'autre tant par leur cause efficiente que par leur cause finale.

Tout d'abord, ces sanctions n'ont pas la même cause efficiente. La responsabilité contractuelle a pour origine un trouble causé à autrui. Elle implique nécessairement un tort infligé à un autre sujet, qui sera amené à en souffrir. En revanche, la déchéance est plus générale, car elle ne sanctionne pas spécifiquement le tort causé à autrui. Cela est particulièrement évident lorsqu'elle accompagne le manquement à une incombance : « *en supprimant le droit subjectif, la déchéance tend à empêcher qu'autrui se trouve lésé par son exercice, ce qui écarte une condamnation à des dommages-intérêts* »⁷. Cette différence justifie que les conditions de mise en œuvre de ces sanctions ne soient pas identiques : la responsabilité contractuelle nécessite que soit apportée la preuve d'un préjudice souffert par le

¹ V. SOULEAU (I.), *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, dir. G. Durry, Paris II, 1979, spéc. n° 527.

² V. CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995, n° 163.

³ V. *Ibid.*, n° 162.

⁴ V. RADÉ (C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », *art. préc.*, n°30.

⁵ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 386 et s. Il a été vu que cela constitue une limite à la solution posée dans l'arrêt « Les Maréchaux » du 10 juill. 2007, V. *supra*, n° 303.

⁶ V. *Ibid.*, n° 393 et s.

⁷ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, thèse préc., n° 496.

cocontractant, tandis que la déchéance ne nécessite pas, sauf exception prévue par le législateur – dont il a été vu le caractère discutable¹ – l'apport d'une telle preuve².

Ensuite, et conformément à ce qui précède, ces deux mécanismes n'ont pas la même finalité. La déchéance a une vertu répressive, tandis que la responsabilité civile, y compris la responsabilité spécialement contractuelle, a une vertu réparatrice : elle vise à compenser les dommages subis par le cocontractant du fait de la faute contractuelle commise³.

Ces différences quant à leurs éléments constitutifs, trouvent des incidences directes sur les effets alloués à ces sanctions.

494. Responsabilité contractuelle et déchéance différenciées par leurs effets.

Les différences relevées entre la responsabilité et la déchéance se retrouvent au niveau des effets que ces sanctions génèrent. L'enjeu réside principalement dans la prise en compte de l'existence d'un préjudice.

Cela est par exemple visible à travers la mise en œuvre de la règle posée à l'article 2308 du Code civil. Cet article dispose que « *la caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait* », ou « *lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, [...] dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte* ». Cette règle impose à la caution de s'assurer que le débiteur est toujours redevable d'une dette envers le créancier, pour que son propre paiement en garantie soit justifié. Elle pose des conditions au paiement effectué par la caution⁴. En effet, « *il faut [...] éviter que la caution, qui paye en réalité une dette qui n'est pas la sienne, ne prive le débiteur principal de moyens de défense* »⁵. Dans les deux cas, il est toutefois prévu que la caution conserve son action en répétition contre le créancier.

Or, la nature de la sanction appliquée à cette règle prête à discussion. Selon la doctrine, cet article pose deux fins de non-recevoir au recours de la caution en paiement contre le débiteur principal : la caution est « *privée de son recours en remboursement* » contre le débiteur⁶. Cela semble *a priori* correspondre à la lettre du texte qui dispose que la caution n'a « *point de recours* ». Mais la jurisprudence a, quant à elle, tendance à considérer que cette

¹ V. *supra*, n° 440.

² V. *Ibid* ; adde LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 124 et s.

³ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 496 : « *La déchéance (...) est étrangère à la responsabilité. Elle n'oblige pas à réparation, elle prive un sujet de son droit* ». Sur l'analyse de la responsabilité contractuelle en termes de réparation d'un tort causé par la violation d'un devoir contractuel, V. *supra*, n° 369 et s.

⁴ V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés, op. cit.*, n° 262 : « *Plus qu'une condition du paiement propre au cautionnement, cette information préalable du débiteur principal est une condition découlant du régime normal du paiement et des remboursements qui le suivent* ».

⁵ V. *Ibid*.

⁶ V. *Ibid*, n° 274.

faute de la caution engage sa responsabilité civile à l'égard du débiteur en ce qu'elle lui cause un préjudice¹.

L'hésitation sus-évoquée entre l'application d'une déchéance du droit de recours subrogatoire ou d'une responsabilité civile de la caution n'est pas anodine. En effet, ces deux sanctions apparemment similaires dans leurs effets n'aboutiront, en réalité, pas à la même conséquence². Certes, un point commun existe en ce que le paiement effectué par la caution ne pourra pas, au final, peser sur le débiteur principal qui, soit a déjà payé, soit n'avait pas l'obligation de payer, cependant ces sanctions entraînent des effets distincts dans l'hypothèse où le débiteur viendrait à subir un préjudice important en raison de la faute de la caution. En effet, l'évaluation par la jurisprudence du préjudice subi par le débiteur peut mener celle-ci à constater que le dommage lié au paiement précipité de la caution est supérieur au montant de la dette. Dans ce cas, la caution devra indemniser le débiteur principal pour l'intégralité de son préjudice, au-delà du seul montant de la dette principale.

Or, la responsabilité civile s'avère clairement, dans cette hypothèse, plus adaptée que la seule perte du droit de recours contre le débiteur. En effet, si l'article 2308 du Code civil dispose que la caution doit pouvoir exercer une action en répétition de l'indu contre le créancier qui a été payé, alors que le débiteur disposait des moyens de défense lui permettant de ne pas payer, cette action ne peut être exercée qu'à hauteur du montant de la dette principale. Ici, reconnaître que la caution encourrait seulement la perte de son droit de recours subrogatoire contre le débiteur s'avèrerait neutre pour elle, puisqu'elle pourrait réclamer le paiement de l'indu au créancier. En revanche, envisager le prononcé d'une responsabilité civile à l'encontre de la caution dans l'hypothèse où le préjudice subi par le débiteur serait supérieur au montant de la dette principale, permettrait de faire peser définitivement sur elle le poids de la dette de réparation dépassant le montant de la dette initiale. La sanction de la responsabilité civile s'avère ici plus juste qu'une simple déchéance, en ce qu'elle permet une correcte réparation du préjudice subi par le débiteur principal, tandis que la sanction par la perte du recours subrogatoire n'aurait finalement pas de véritable caractère dissuasif pour la caution et sanctionnerait indirectement le débiteur, pourtant victime de la faute commise par la caution.

Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une incombance sanctionnée par une déchéance, mais d'une application spéciale à la caution du devoir général de respect du droit d'autrui, dont le manquement peut entraîner une responsabilité civile. Plus précisément, comme il

¹ V. Cass. civ. I, 6 oct. 1969, Bull. 1969, I, n° 285, p. 225 ; Cass. com., 19 oct. 1970, n° 69-12616 ; Cass. civ. I, 16 nov. 1971, n° 70-11242 ; Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-15818.

² V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *art. préc.*, spéc. n° 24.

n'existe pas de relation contractuelle entre la caution et le débiteur principal, c'est une responsabilité délictuelle qui devrait être prononcée à son encontre¹.

495. L'exclusion de la responsabilité contractuelle du régime de l'incombance contractuelle. Différencier la responsabilité civile de la déchéance s'avère nécessaire au regard des particularités propres à chacune de ces sanctions. Cette distinction peut à présent permettre de démontrer que ces sanctions sont exclusives l'une de l'autre, et plus spécialement, que la responsabilité contractuelle n'est pas en mesure de sanctionner le manquement à une incombance contractuelle en raison même de l'effet attaché à la déchéance, qui l'accompagne nécessairement.

2. L'inopportunité de la sanction de l'incombance par la responsabilité contractuelle

496. La perte du droit provoquée par la déchéance empêchant la survenance d'un préjudice. En cas de manquement à une incombance, le sujet n'a pas d'obligation de réparation, mais se trouve seulement privé de son droit². Plus précisément, l'incombance est étrangère au mécanisme de la responsabilité contractuelle, car son inobservation n'est pas de nature à entraîner un préjudice pour le cocontractant, en raison même de la déchéance encourue par le titulaire du droit. Un tel comportement est sanctionné indépendamment du préjudice subi par le cocontractant³. D'ailleurs, raisonner en termes de responsabilité fragilise la règle, car l'intérêt de l'incombance assortie d'une déchéance est précisément d'éviter la survenance d'un préjudice pour le cocontractant⁴. Le manquement à l'incombance ne porte préjudice qu'à l'auteur du comportement et non au cocontractant ni aux tiers. Il est même profitable au cocontractant de par son effet libératoire d'une obligation ou d'un risque. Par exemple, l'acheteur qui ne dénonce pas les vices cachés à temps libère le vendeur de son obligation de garantie. Le salarié qui ne dénonce pas le solde de tout compte à son employeur dans les délais, libère ce dernier du paiement des sommes non comprises dans le solde, etc.

Cet effet singulier de la déchéance apparaît également à travers des règles que la pratique a pourtant tendance à convertir en mécanisme de responsabilité civile. Il convient de

¹ V. La jurisprudence a parfois pu se fonder, à tort, sur les articles relatifs à la responsabilité contractuelle pour la prononcer, alors que la condition de l'existence d'un contrat fait en l'occurrence défaut, V. Cass. com., 19 déc. 2006, *préc.*

² V. COMPARATO (K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, *op. cit.*, spéc. p. 26, n° 15 ; *adde* BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, *thèse préc.*, n° 496 ; LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, *thèse préc.*, n° 66 ; WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 29.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, *thèse préc.*, n° 302.

voir l'inopportunité d'un tel raisonnement, notamment à travers l'exemple de l'article 1178 du Code civil.

497. La sanction de l'incombance prévue à l'article 1178 du Code civil. La règle prévue par l'article 1178 du Code civil a pu être analysée, en jurisprudence, en termes de responsabilité contractuelle, en tant que sanction du manquement à une obligation par le débiteur, entraînant un devoir d'indemniser le créancier, afin de réparer son préjudice¹. Les arrêts qui raisonnent en termes de responsabilité réparent le soi-disant préjudice subi par le créancier par le biais de la perte de chance que la condition se réalise.

Pourtant, il est particulièrement malaisé de déterminer le préjudice subi par le créancier en raison même de la sanction spécifique prévue par l'article 1178 du Code civil. En effet, la condition étant réputée accomplie, le créancier ne peut subir les conséquences préjudiciables liées à la défaillance de la condition. Cette règle ne relève pas d'un mécanisme de réparation d'un dommage, mais au contraire, la sanction prévue permet de priver d'effet le comportement incohérent du débiteur afin d'éviter tout préjudice au créancier. D'ailleurs il a pu être souligné qu'il s'agit précisément de l'un des mérites de l'article 1178 du Code civil, qui permet « *d'éviter que le juge ne soit obligé d'estimer la perte de chance subie par le contractant victime de la manipulation du hasard* »². Par cette sanction « *le juge ne fait rien d'autre qu'effacer ce comportement, puisqu'au bout du compte tout est fait comme si le débiteur ne s'était jamais conduit de la sorte. Dans ce cas de figure, on assiste donc bien à l'effacement total du comportement manifesté par le contractant* »³. Cela a pour résultat de rétablir le cours naturel des choses⁴, ce qui s'apparente à une sanction en nature⁵. Ainsi, « *c'est la suite des événements (et non pas une condamnation à des dommages-intérêts) qui d'elle-même sanctionnera le débiteur qui espérait profiter de son comportement pour rompre le contrat, et du même coup procurera la satisfaction du créancier* »⁶. La conséquence est que celui qui n'a pas observé le comportement attendu de lui, ne pourra pas se prévaloir du résultat de son comportement en justice⁷. Il s'agit d'une peine privée, dont le « *caractère entier [...] opère comme une « loi du talion* » »⁸. La sanction prononcée correspond bien à une

¹ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 64 : « Le législateur répare ainsi de la façon présumée la plus adéquate le préjudice subi par le créancier » ; MOYSE (J.-M.) et NAVARRO (J.), « La jurisprudence et les conditions suspensives d'obtention des prêts », *art. préc.* ; V. Cass. soc., 7 avr. 1994, *RTD Civ.*, 1994, p.862, obs. MESTRE (J.) ; MAZEAUD (D.), « La protection du promettant contre la déloyauté du bénéficiaire emprunteur par le jeu de l'article 1178 du code civil », *Defr.*, 15 juin 1995, n° 11, p. 755 et s. ; *Contra*, V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1100.

² V. LATINA (M.), *RDC*, 1^{er} juill. 2013, n° 3, p. 945, note sous Cass. civ. III, 5 déc. 2012, *préc.*

³ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 684.

⁴ V. *Ibid.*, n° 692.

⁵ V. *Ibid.*, n° 693.

⁶ V. *Ibid.*, n° 694.

⁷ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1101.

⁸ V. GOLDIE-GÉNICON (C.), *RDC*, 1^{er} juill. 2013 n° 3, p. 1021, note sous Cass. civ. III, 5 déc. 2012, *préc.*

déchéance : il s'agit de la déchéance du bénéfice de la condition suspensive. Cette « *sanction, qui restitue au comportement sa cohérence en empêchant le débiteur de se prévaloir de sa contradiction, est originale et ne se réduit pas aux règles de la responsabilité contractuelle* »¹. D'ailleurs, quand le juge cherche à contourner l'application de cette disposition, il recourt précisément aux mécanismes de responsabilité civile². Cela prouve que l'article 1178 ne peut être réduit à un tel mécanisme.

Les effets liés à la réalisation de l'évènement érigé en condition sont déclenchés en raison du manquement commis par le contractant³. La condition étant réputée accomplie, cela implique que la vente est théoriquement conclue. Ainsi, par exemple, le débiteur ne devrait pas pouvoir obtenir le remboursement de l'indemnité d'immobilisation versée lors de la signature de la promesse de vente, cette indemnité ne devant être rendue que si la vente n'a pas lieu⁴. Cependant, il a pu être remarqué que « *la condition n'est souvent réputée accomplie qu'un instant de raison, le contrat étant aussitôt résolu aux torts de la partie défaillante* »⁵. Cet « *instant de raison* » explique qu'il y ait une tendance, en pratique, à associer directement au manquement à l'incombe les sanctions liées à l'inexécution du contrat conclu. Cela apparaît nettement à travers la stipulation de clauses pénales.

498. La question de la clause pénale assortissant la diligence issue de l'article 1178 du Code civil. Il a été vu que la clause pénale opère une évaluation conventionnelle des dommages-intérêts que le créancier pourra recevoir en raison de l'inexécution de l'obligation principale⁶. Ainsi, la clause pénale implique l'existence d'un manquement du débiteur à ses obligations, c'est-à-dire une inexécution illicite⁷. Au surplus, le débiteur n'est tenu de subir la clause pénale que dans le cas où il peut être condamné à des dommages-intérêts. La clause pénale se distingue en ces deux points de la clause de déchéance qui, non seulement est indépendante de toute idée de préjudice mais qui, par ailleurs, n'a pas pour cause une inexécution. Également, la clause pénale offre une option au créancier qui peut choisir entre différentes sanctions, ce qui n'est pas le cas de la clause de déchéance qui opère de manière automatique, car sa mise en œuvre est détachée de la volonté du créancier. De plus, la clause

¹ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1100.

² V. par ex. Cass. civ. III, 5 déc. 2012, *préc.*

³ Pour la critique d'une jurisprudence ne faisant pas découler tous les effets normalement liés à la réalisation de la condition (V. not. CA Paris, 13 mars 1962, *D.*, 1962, p. 458), V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 65.

⁴ V. MAZEAUD (D.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *art. préc.*, spéc. n° 20 ; CA Bordeaux, 1^{er} mars 1984, *JCP N*, 1984, II, p. 153, note RAFFRAY (J.-G.) ; Cass. civ. III, 16 avr. 1986, *SA COFRAR C. Dame Coudret et autres*, *GP*, 1986, 2, pan. jurispr. p. 223.

⁵ V. TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *art. préc.*, n° 70 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1100.

⁶ V. art. 1229, al. 1 C. civ. ; FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 390-6 : « l'absence de dimension indemnitaire disqualifie la clause ». V. *supra*, n° 407 et s.

⁷ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 390-3 et s.

pénale peut être révisée par le juge, tandis que ce dernier ne peut apprécier l'opportunité de l'application d'une clause de déchéance stipulée par les parties.

En revanche, le créancier n'est pas obligé, pour demander l'application de la clause pénale, de prouver que l'inexécution lui cause préjudice, puisque ce préjudice a été à l'avance présumé et évalué dans le contrat. D'ailleurs, « *ce n'est pas le préjudice qui rend la peine exigible, mais la survenance des événements* »¹. Or, parfois, dans le cadre de la règle prévue à l'article 1178 du Code civil, les parties prévoient l'application d'une clause pénale². Il a été remarqué à ce propos que cela « *confirme la vision exigeante que la jurisprudence retient de l'article 1178 du code civil qui met à la charge du débiteur obligé sous condition suspensive, non pas seulement le devoir de s'abstenir de tout comportement de nature à faire échec au cours normal des événements, mais aussi une obligation positive de diligence* »³. Cependant, le fait de relier cette sanction au manquement aux diligences du débiteur, qui est alors qualifié de fautif, est peu adéquat car ce n'est pas l'inaccomplissement de ces formalités qui cause le préjudice au créancier, mais l'impossibilité pour le débiteur d'honorer son engagement. C'est en réalité l'inexécution de l'obligation de payer le prix qui est fautive, et qui justifie l'application de la clause pénale. Cette pratique contractuelle opère ainsi une sorte de dévoiement de la règle originale de l'article 1178 du Code civil en oubliant une étape du mécanisme de sa sanction. Plus exactement, le débiteur qui ne démarche pas le prêt auprès du banquier manque à son incombance et encourt ainsi la déchéance de la condition. Le créancier peut alors immédiatement exiger de lui le paiement du prix. Le débiteur, qui ne pourra vraisemblablement pas honorer son obligation, verra alors sa responsabilité contractuelle engagée à l'égard du créancier pour manquement à l'obligation juridique de payer. Et le montant des indemnités allouées aura éventuellement pu être préalablement déterminé par le biais d'une clause pénale.

La justesse de la sanction d'une incombance par une déchéance, à l'exclusion du prononcé de la responsabilité contractuelle, se révèle également à travers la règle de l'article 2314 du Code civil.

¹ V. *Ibid*, n° 390-63. Il est toutefois permis au juge d'exonérer totalement un contractant du poids de la clause pénale ou de condamner le débiteur au franc symbolique en constatant l'absence de préjudice : V. Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16462, Bull. civ. IV, n° 167.

² V. CA Rouen, 23 janv. 1867, S., 1867, 2, p. 218. Pour un raisonnement clairement en termes de clause pénale, V. not. Cass. civ. III, 24 sept. 2008, n° 07-13989, *RTD Civ.*, 2008, p. 675, obs. FAGES (B.) ; *D.*, 2008, p. 2497, note FOREST (G.) ; *JCP G*, 2008, IV, n° 2659 ; *RDC*, 2008, n° 20, p. 2290, note SAVAUX (É.) ; *RLDC* 2008/54, n° 3175 ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 390-42.

³ V. FAGES (B.), *RTD Civ.*, 2008, p. 675, note sous Cass. civ. III, 24 sept. 2008, *préc.* ; *adde* FOREST (G.), *D.*, 2008, p. 2497 : « *La référence à la faute de l'acquéreur est déterminante. Elle démontre que l'objet de la clause était d'assurer l'exécution des obligations de diligence que le contrat lui imposait dans la recherche d'un prêt. Cet objet particulier – inciter à l'exécution par la menace d'une indemnité forfaitaire d'un montant élevé – devait emporter la qualification de clause pénale* ».

499. La sanction de l'incombance prévue à l'article 2314 du Code civil. La preuve d'un préjudice subi par la caution du fait du manquement du créancier à l'incombance posée à l'article 2314 du Code civil n'est pas exigée par le législateur. Cependant, la jurisprudence a tendance à considérer que le créancier puisse échapper à sa déchéance en prouvant que la caution n'a pas subi de préjudice du fait de la non-conservation de ses droits et sûretés détenus sur le débiteur¹. Pourtant, l'appréciation du préjudice subi par la caution devrait être indifférente en l'occurrence. En effet, la simple abstention du créancier doit suffire à caractériser le manquement à l'incombance justifiant le prononcé de la déchéance. MM. CABRILLAC, PÉTEL ET MOULY considèrent à juste titre, que l'ajout de la condition d'un préjudice par la jurisprudence, dans le cadre de la subrogation, est « inutile », et que « pire, elle est perverse »². Comme le font observer ces auteurs, une telle exigence s'explique par l'« influence des mécanismes de raisonnement de la responsabilité civile »³. On cherche par ce biais à établir une proportion entre la faute commise et la réparation. Mais le recours au préjudice ne s'impose pas pour cela. En effet, il a pu être souligné que la proportionnalité de la déchéance se justifie davantage au regard de la gravité du comportement adopté que par la considération de l'éventuel préjudice subi par le cocontractant⁴. La proportionnalité de la déchéance se mesure plus exactement à raison de la négligence du créancier, et non en fonction des effets de cette négligence sur la caution.

Au surplus, la sanction du créancier ayant manqué à son incombance de conservation des droits et privilèges qu'il détenait sur le débiteur principal par une déchéance de son droit de créance s'avère davantage justifiée qu'une responsabilité contractuelle en la matière, eu égard aux effets attachés à ces différents mécanismes. En effet, si la déchéance subie par le créancier entraîne directement l'extinction de la dette de la caution, la caution déchargée ne peut plus se retourner contre le débiteur principal pour exiger de lui le remboursement du paiement puisqu'elle n'a plus à garantir sa dette. En revanche, une caution qui obtiendrait des dommages-intérêts à la suite du prononcé de la responsabilité contractuelle du créancier à son égard, ne serait pas techniquement déchargée de son obligation de payer, car son répit ne serait permis que par l'effet de la compensation des créances. Cela impliquerait alors qu'elle conserverait son droit de recours contre le débiteur principal. Or, le recours subrogatoire de la caution lui permettrait, après la compensation de sa créance de dommages-intérêts avec sa dette de garantie, de s'enrichir⁵, ce qui ne correspond ni au but de la responsabilité civile, ni de manière générale, aux principes animant les règles applicables aux sanctions en droit civil français.

¹ V. *supra*, n° 440.

² V. CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des suretés*, *op. cit.*, n° 310.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *supra*, n° 441.

⁵ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 388 et s.

Néanmoins, la différence remarquée entre les mécanismes de l'article 2314 du Code civil et de la responsabilité civile semble permettre que ces sanctions se cumulent si les conditions de leur prononcé sont parallèlement relevées.

500. La question d'un éventuel cumul des sanctions. La caractérisation d'une déchéance sanctionnant une incombance ne devrait pas être de nature à empêcher le juge de prononcer, au surplus, la responsabilité contractuelle du sujet, s'il a par ailleurs commis une faute causant un préjudice au cocontractant¹.

En effet, *« les irréconciliables différences du bénéfice de subrogation et de la responsabilité contractuelle permettent [...] d'envisager leur éventuelle articulation. Ces règles ne sont [...] pas exclusives. Puisqu'elles n'entretiennent aucun rapport de principe à exception, elles doivent théoriquement pouvoir être cumulées par la caution. Rien n'interdit en effet d'imaginer qu'un créancier soit sanctionné d'avoir compromis une sûreté éventuellement profitable à la caution et qu'il soit par ailleurs tenu de réparer les conséquences de sa faute contractuelle »*².

Mais si un cumul des sanctions est envisageable, c'est parce qu'elles ne viennent précisément pas sanctionner le même comportement. Ainsi, *« il appartiendra à la caution de démontrer une faute détachable de la seule perte des droits préférentiels. L'on pense immédiatement à la foisonnante responsabilité délictuelle du banquier dispensateur de crédit mais, par le jeu du rejet de la théorie de la relativité de la faute contractuelle, pourraient être pareillement invoqués par la caution les manquements contractuels du banquier envers le crédit »*³.

De même, le cumul de la déchéance subie par le banquier pour ne pas avoir correctement informé la caution concernant la situation du débiteur, avec la sanction de droit commun, n'est possible qu'en cas de dol ou de faute lourde du créancier⁴.

¹ V. not. LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.* ; *adde* BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale, thèse préc.*, n° 496 ; LUXEMBOURG (F.) *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, thèse préc.*, n° 245 et s.

² V. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *art. préc.*, n° 39, (c'est l'auteur qui souligne) ; *adde* JUILLET (Ch.), « L'évolution contemporaine « du fait du créancier » au sens de l'article 2314 du Code civil », *LPA*, 27 déc. 2007, n°259, p. 6 ; JOBARD- BACHELLIER (M.-N.) et BRÉMOND (V.), « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD Com.*, 1999, p. 327 et s. ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 441 et s., spéc. n° 446.

³ V. MARTY (R.), « Cautionnement et comportement du créancier », *JCPE*, n° 37, 13 sept. 2007, 2062.

⁴ V. Cass. com., 25 avril 2001, n° 97-14486 : « *sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts* » ; 22 janv. 2002, n° 98-12197 ; 15 oct. 2013, n° 12-25523, *RDC*, n° 3, sept. 2014, p. 406, note BARTHEZ (A.-S.). Pour une solution antérieure contraire : V. Cass. com., 20 oct. 1992, *préc.* : « *la sanction de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 en ce qui concerne l'obligation d'information de la banque s'ajoute à la sanction de droit commun* »). Contre le cumul des sanctions, V. not. JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BRÉMOND (V.) « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *art. préc.* ; PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *art. préc.* : « *La solution consistant à éliminer toute immixtion du droit de la responsabilité en matière d'obligation d'information est sans doute la*

Or, il s'agit d'un élément dont la preuve est très difficile à apporter¹. Ainsi, il semble que, dans ces conditions, « *la responsabilité contractuelle du créancier aura peu l'occasion de s'appliquer* »².

501. Conclusion de la section. La spécificité de l'incombance se manifeste à travers l'originalité de sa sanction : la déchéance. Cette originalité résulte du fait que ce mécanisme, qui ne saurait être confondu avec aucun autre, exclut l'application de la plupart des remèdes traditionnels de l'inexécution.

En effet, d'une part, la déchéance est une sanction singulière, qui se distingue tant des sanctions faisant obstacle à la formation du droit, telles que l'exclusion et la nullité, que de mécanismes faisant disparaître un droit bel et bien existant, comme la caducité ainsi que la prescription et la forclusion.

D'autre part, en ce qu'elle s'inscrit spécialement en matière contractuelle, la déchéance se trouve naturellement confrontée aux sanctions qui s'attachent traditionnellement à l'inexécution du contrat. Or, loin de pouvoir être assimilée à l'une ou l'autre de ces sanctions, la déchéance qui accompagne le manquement à une incombance rend précisément inopportun, voire impossible, leur prononcé pour corriger les effets de ce comportement. Les régimes des devoirs et incombances contractuels se distinguent ainsi nettement à la lumière du domaine d'application des sanctions contractuelles traditionnelles. Si l'inexécution d'une obligation, ou la violation d'un devoir contractuel, sont de nature à entraîner l'application de divers remèdes contractuels, la plupart de ceux-ci se révèlent clairement inadaptés à la sanction de l'incombance contractuelle.

502. Conclusion du chapitre. La particularité des effets de l'incombance contractuelle se révèle en deux temps.

plus apaisante, celle qui alimente le moins l'esprit parfois querelleur des cautions. Elle paraît adaptée à la grande majorité des situations. ». Pour une tentative jurisprudentielle d'immixtion de la responsabilité contractuelle en sanction du manquement à cette information, sanctionnée par la Cour de cassation, V. not. Cass. civ. I, 10 déc. 2002, *préc.*

¹ V. Cass. civ. I, 4 févr. 2003, J.-D. n° 2003-017451 : « *l'omission des informations prévues par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne peut, sauf dol ou faute distincte, être sanctionnée que par la déchéance des intérêts ; que, la cour d'appel ayant souverainement retenu que M. Choukroune ne justifiait pas d'une telle faute ayant causé un préjudice autre ou plus important que celui réparé par application de l'article précité, le moyen est sans fondement.* ». V. DE GENTILI-PICARD (L.), « Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information annuelle de la caution », *JCP G*, n° 39, 24 sept. 2003, II, 10152 : « *la première chambre civile consacre, par cet arrêt, le principe du cumul possible de la sanction légale et de la responsabilité civile de droit commun, procédant ainsi à un nouveau revirement. Cependant, elle subordonne l'admission d'une telle responsabilité à la preuve de l'existence d'un préjudice particulier pour la caution du fait de cette non-information.* » ; adde HOUTCIEFF (D.), « La sanction de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier », *RDC*, 1^{er} déc. 2003 n° 1, p. 179 et s. ; PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *art. préc.*

² V. PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *art. préc.*

Tout d'abord, cela se manifeste à travers la nature singulière de la sanction qui l'accompagne. En effet, l'incombance est un comportement attendu du contractant comme préalable à la revendication d'un droit dont l'inobservation entraîne la déchéance du droit conditionné. Cette sanction a pour effet d'empêcher le contractant de revendiquer ultérieurement un droit dont il n'a pas manifesté, en temps utile, l'intérêt qu'il lui portait véritablement. La déchéance entraîne un effet particulièrement sévère en ce que ce n'est pas la faculté d'agir en défense du droit qui est perdue par le contractant, mais le droit substantiel dont l'exercice était conditionné. De par sa gravité, la déchéance présente ainsi l'intérêt d'être assez largement dissuasive du manquement à l'incombance. De plus, le caractère automatique de cette peine se révèle tout à fait adapté au domaine contractuel de par ses vertus de célérité et d'efficacité.

Ensuite, la déchéance encourue par le contractant rend inopportune, voire même impossible l'application des sanctions traditionnellement attachées au domaine contractuel. En effet, la perte du droit de créance engendrée par la déchéance permet la poursuite de la relation contractuelle en déchargeant l'une des parties d'une obligation qu'elle devait exécuter en vertu du contrat, et rend ainsi largement inutiles les remèdes de l'exception d'inexécution et de l'exécution forcée. La responsabilité contractuelle s'avère également inadaptée à la sanction de l'incombance contractuelle en ce qu'elle nécessite la preuve d'un préjudice souffert par le cocontractant, alors que la déchéance qui sanctionne l'incombance a précisément pour objectif d'éviter la survenance d'un préjudice, en corrigeant l'incohérence du comportement du contractant. Plus largement, la déchéance se révèle tout à fait autonome au regard des différents mécanismes juridiques ayant pour effet l'extinction d'un droit, et qui y sont parfois assimilés, ce qui permet de convaincre de son opportunité en tant que sanction spécifique d'une exigence contractuelle singulière. En effet, en tant qu'elle implique l'existence *ab initio* d'un droit, qui est perdu sans que la continuation du contrat ne soit pour autant perturbée, la déchéance se distingue des techniques de l'exclusion, de la nullité et de la caducité. Et si la déchéance opère généralement à l'issue de l'écoulement d'un certain délai, cette sanction doit néanmoins être différenciée de la prescription et de la forclusion qui, bien qu'opérant de la sorte, n'ont pas pour finalité de sanctionner un comportement négligent du contractant.

503. Conclusion du titre. L'analyse des sanctions des devoirs et incombances aura permis de mettre en évidence le fait que ces exigences comportementales distinctes emportent des effets nettement dissemblables.

Le caractère catégorique du devoir, attaché à sa finalité de préservation de l'intérêt du contrat pour chaque partie, implique qu'il ne saurait y être manqué sous peine, pour le contractant, de s'exposer aux divers remèdes spécifiquement liés au mépris de l'engagement contractuel. D'ailleurs, la découverte de l'existence de devoirs contractuels, dont le

manquement est constitutif d'une faute, amène à reconsidérer le champ d'application des sanctions contractuelles. Précisément, les sanctions applicables en matière contractuelle ne paraissent pas tant liées à l'inexécution de l'obligation, qu'à la caractérisation de la violation de l'engagement contractuel. En effet, bien qu'*a priori* inadaptée pour sanctionner un comportement, l'exception d'inexécution peut, au contraire, s'avérer appropriée en une telle hypothèse, en ce qu'elle justifie qu'un contractant, victime du manquement de l'autre partie à son devoir, puisse suspendre l'exécution de son obligation tant que son partenaire ne se soumet pas à l'attitude attendue de lui. De même, l'exécution forcée en nature semble aujourd'hui également envisageable en cas de manquement au devoir contractuel, notamment par le biais de l'astreinte, qui permet d'opérer une pression sur la personne du contractant afin qu'il se conforme à ce qui est attendu de lui. Par ailleurs, la reconnaissance de l'existence de devoirs contractuels plaide clairement pour la réception du concept de responsabilité contractuelle, en ce que cela permet de justifier que la faute contractuelle ne soit pas réduite à l'inexécution d'une obligation, mais qu'elle puisse également résulter du comportement du contractant, et que les dommages-intérêts alloués en matière contractuelle soient parfois destinés à réparer un dommage né de ce comportement. Du fait des caractères qu'il partage avec l'obligation, le devoir contractuel est donc en mesure de se voir assorti de la plupart des sanctions qui sont traditionnellement attachées à l'inexécution. Or, si sur le plan des sanctions, cette contrainte se rapproche sensiblement de l'obligation, elle se distingue cependant clairement de l'incombance.

Précisément, les sanctions contractuelles classiques se révèlent inadaptées en matière d'incombance en raison de l'effet singulier attaché à la sanction qui l'accompagne. La particularité des effets du manquement à l'incombance se traduit ainsi, d'une part, à travers le prononcé d'une sanction spécifique, à savoir la déchéance du droit conditionné, et d'autre part, en raison du fait que cette sanction si singulière rend inopportune, voire impossible, l'application des sanctions traditionnellement attachées au domaine contractuel. Si l'autonomie de la déchéance a parfois pu être discutée, notamment au regard d'autres mécanismes juridiques ayant pour effet l'extinction d'un droit, tels que la prescription ou la forclusion, sa singularité est bien réelle en tant qu'elle opère, tout au moins dans le cadre contractuel, à titre de sanction du manquement à une incombance par le contractant. Plus précisément, la déchéance entraîne la perte du droit substantiel dont la jouissance était conditionnée par l'observation d'une incombance. Son effet particulier est de permettre la poursuite de la relation contractuelle en déchargeant le cocontractant d'un risque lié à l'exercice d'un droit potestatif, ou d'une obligation qu'il devait exécuter en vertu du contrat. Or, une telle conséquence est précisément de nature à rendre largement inutiles les remèdes de l'exception d'inexécution et de l'exécution forcée. De même, la responsabilité contractuelle s'avère inadaptée à la sanction de l'incombance contractuelle en ce qu'elle nécessite la preuve d'un préjudice souffert par le cocontractant, alors que la déchéance qui sanctionne

l'incombance a pour objectif d'éviter la survenance d'un préjudice, en corrigeant l'incohérence du comportement du contractant.

Toutefois, malgré les différences fondamentales relevées entre les sanctions du devoir et de l'incombance contractuels qui traduisent clairement le fait qu'il s'agit de phénomènes distincts, il est possible de noter des points de convergence quant aux effets observés en cas de manquement à ces contraintes. Ainsi, afin d'avoir une vue exacte de la dialectique qui opère entre ces mécanismes, il est nécessaire de révéler les hypothèses où l'inobservation de l'une ou l'autre de ces exigences comportementales aboutit à un même résultat. Il convient en effet, à présent, d'identifier les sanctions qui peuvent communément être prononcées en cas de manquement à un devoir ou à une incombance contractuels.

TITRE II

L'EXISTENCE DE SANCTIONS COMMUNES

504. Des sanctions communes à l'appui d'une étude combinée du devoir et de l'incombance contractuels. Il serait superficiel et inexact d'affirmer que les effets des devoirs et incombances contractuels sont purement et simplement distincts. En effet, il se peut que ces exigences comportementales qui sont imposées au contractant se recoupent en certains de leurs effets. Une telle constatation met de nouveau en exergue l'intérêt d'une étude combinée de ces phénomènes juridiques. Cette interaction des suites du manquement à un devoir ou à une incombance contractuels complète la démonstration de la dialectique qui s'opère entre ces contraintes, au stade de leurs régimes.

505. Des sanctions communes à l'appui d'une typologie des devoirs et incombances contractuels. Les effets communs relevés entre le manquement aux devoirs et aux incombances contractuels sont néanmoins spécifiques en ce qu'ils ne peuvent être généralisés à tous les devoirs et à toutes les incombances. Il n'existe pas d'effet qui soit complètement et systématiquement partagé entre tout type de devoir et tout type d'incombance. Ces effets vont être, tour à tour, partagés par certains devoirs et toutes les incombances, ou certaines incombances et tous les devoirs. Ainsi, apparaît ici l'un des intérêts de la typologie établie au sein de chacune de ces catégories de contraintes comportementales, et mise en exergue au stade de l'étude de ces notions¹.

506. Des sanctions communes sur deux plans distincts. Les effets communs au devoir et à l'incombance contractuels se situent sur deux plans distincts et permettent de répondre à une double question qui s'est posée en doctrine. Tout d'abord, des auteurs ont pu se demander si le devoir de bonne foi n'aboutirait pas, dans certaines circonstances, aux mêmes conséquences que le manquement à une incombance². Ensuite, certains se sont

¹ Pour la typologie des devoirs, V. *supra*, n° 201 et s. et pour la typologie des incombances, V. *supra*, n° 247 et s.

² La déchéance serait plus largement la sanction de la mauvaise foi selon ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat, thèse préc.*, n° 334 et 342. La déchéance serait la sanction d'un devoir selon FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse préc.*, n° 510 et s.

interrogés sur le fait de savoir si l'incombance n'a vocation à être sanctionnée que par une déchéance, ou si elle ne pourrait pas être éventuellement assortie d'autres sanctions¹.

Or, précisément, d'une part, sur le plan procédural, le manquement au devoir de bonne foi peut aboutir à la même conséquence que le manquement à une incombance contractuelle, à savoir rendre illégitime le droit d'agir en justice, et entraîner ainsi une fin de non-recevoir (Chapitre I).

Et, d'autre part, sur le plan substantiel, les incombances contractuelles peuvent éventuellement partager avec le devoir, notamment en raison de la particularité du droit auquel elles s'attachent, une sanction contractuelle majeure, consistant en la résolution du contrat (Chapitre II).

Chapitre I : La sanction du comportement du contractant par la fin de non-recevoir

Chapitre II : La sanction du comportement du contractant par la résolution du contrat

¹ Selon certains auteurs, l'incombance serait toujours et uniquement sanctionnée par une déchéance, V. not. COMPARATO (K.), « Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé », *thèse préc.*, spéc. p. 26, n° 15 ; BOUCARD (H.), *L'agrégation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, *thèse préc.*, spéc. n° 480 et s. ; FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, *thèse préc.*, spéc. n° 67. Tandis que selon d'autres, la déchéance serait une des sanctions possibles de l'incombance parmi d'autres, V. not. LICARI (S.) « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *art. préc.*

Chapitre I

La sanction du comportement du contractant par la fin de non-recevoir

507. Une sanction procédurale commune pour des contraintes comportementales distinctes. Sur le plan procédural, une sanction est envisageable à l'encontre du contractant dont la demande en justice n'est pas compatible avec une attitude antérieurement adoptée au cours de l'exécution du contrat, il s'agit de la fin de non-recevoir, c'est-à-dire d'une irrecevabilité du droit d'agir en justice. En effet, le juge peut être conduit à refuser d'accueillir une demande si celle-ci s'avère en contradiction avec la conduite adoptée par la partie à l'initiative de l'action lors de l'exécution du contrat. Le comportement du contractant peut influencer directement sur la légitimité de son intérêt à agir en justice. Et précisément, la caractérisation de l'illégitimité de l'intérêt à agir pourra résulter, soit d'un manquement au devoir contractuel de bonne foi, soit du manquement à une incombance contractuelle¹. Ces deux types de violation de la loi contractuelle débouchent ainsi potentiellement sur une même sanction, de nature procédurale, à savoir la fin de non-recevoir du contractant blâmable.

508. Un point de rapprochement des régimes du devoir contractuel de bonne foi et de l'incombance contractuelle. La fin de non-recevoir est une sanction qui montre le rapprochement qui peut être opéré entre le devoir contractuel de bonne foi et l'incombance contractuelle. Cette connexion explique d'ailleurs que l'incombance soit souvent associée à l'exigence générale de bonne foi². Pourtant, leur dissociation demeure car la particularité du régime de l'incombance, dont il a été vu qu'elle est principalement sanctionnée par la déchéance du droit qu'elle conditionne, se manifeste également à ce stade. Il s'agira donc de

¹ V. *infra*, n° 538 et s.

² Par ex. concernant la règle posée à l'art. 2314 C. civ., V. not. HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *art. préc.*, n° 31 ; *adde* BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 1135 et s. ; BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, S., 4^e éd., 2014, n° 628 ; BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *art. préc.* ; *adde supra*, n° 159 ; Concernant la règle posée à l'art. 1178 C. civ., V. not. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1227 ; COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 56 ; GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Defr.*, 1979, art. 31987, spéc. n° 6 ; *adde supra*, n° 165.

mettre en avant cette singularité du régime de l'incombance lors de sa sanction par l'irrecevabilité de la demande en justice du contractant y ayant manqué¹.

509. La démonstration nécessaire de l'opportunité de la sanction du contractant par une fin de non-recevoir. Le fait que ces contraintes comportementales se rejoignent à travers cette sanction procédurale reste à prouver. Cela n'est d'ailleurs pas aisé, tant la notion de fin de non-recevoir (section I), ainsi que le régime qui s'y trouve attaché (section II) sont controversés. Il convient donc de revenir sur ces éléments, afin de comprendre le potentiel et les effets de cette mesure en cas de manquement au devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle imputable au plaideur, c'est-à-dire en cas d'illégitimité de son intérêt à agir.

Section I

La fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir

510. La fin de non-recevoir comme limite procédurale de l'incohérence du comportement du contractant. La fin de non-recevoir peut s'avérer, au stade procédural, une sanction tout à fait adéquate de l'incohérence du comportement du contractant². Une telle mesure présente un intérêt en ce qu'elle permet d'évacuer de l'examen du fond du litige une revendication manifestement incompatible avec l'attitude antérieurement adoptée par le demandeur, qui perd de ce fait le droit d'agir en défense de sa prétention. Néanmoins, cette notion reste encore difficile à cerner et les auteurs font généralement état de sa complexité³. Il convient ainsi d'identifier la notion de fin de non-recevoir et, à cette occasion, de mettre spécialement en avant son potentiel en tant que sanction d'un comportement contractuel condamnable. Cela souligné, il pourra être démontré que l'illégitimité de l'intérêt à agir, expressément caractérisée par l'article 122 du Code de procédure civile comme fin de non-recevoir, est un fondement tout à fait adéquat pour justifier une telle sanction dans les hypothèses où un contractant viendrait à faire une demande en justice incompatible avec un

¹ V. *infra*, n° 544 et s.

² En ce sens, V. not. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 982 et s. ; *adde* WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.* ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, thèse préc.*, n° 400 et s.

³ V. not. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD Civ.*, 1947, p. 133 et s., spéc. n° 1 ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, spéc. n° 1 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 484 et s. ; HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012, n° 144.

comportement blâmable antérieurement adopté lors de l'exécution du contrat. Ainsi, le potentiel de la fin de non-recevoir comme sanction du mauvais comportement contractuel (§1), sera vérifié grâce à la possibilité et la pertinence du recours à la condition de la légitimité de l'intérêt à agir comme fondement de cette sanction en une telle hypothèse (§2).

§1- Le potentiel de la fin de non-recevoir

511. L'utilité de la fin de non-recevoir à titre de sanction. À la lecture du Code de procédure civile, il appert que la fin de non-recevoir est un moyen de défense qui constate le défaut du droit d'agir de la partie demanderesse. En effet, en vertu de l'article 32 du Code de procédure civile, « *est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* ». Il s'agit d'un outil juridique permettant d'écarter *ab initio* une prétention, sans examen au fond. La fin de non-recevoir présente, en cela, un potentiel certain à titre de sanction, car la partie concernée sera privée de la possibilité même de discuter sa prétention en justice. Pour autant, des auteurs ont observé que « *les fins de non-recevoir constituent l'une des notions les plus délicates du droit judiciaire privé* »¹. Il s'avère ainsi nécessaire de s'attacher à en comprendre plus précisément les contours. S'il est vrai que « *la notion est difficile à définir* »², une telle définition doit néanmoins être opérée afin de convaincre de son véritable potentiel (A). Par ailleurs, si le Code de procédure civile, en son article 122, qualifie expressément « *le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* » de fins de non-recevoir, il semble que cette liste ne soit pas exhaustive, ce qui donne une certaine liberté aux parties comme au juge pour qualifier d'autres règles de causes d'irrecevabilité. Or, ce libéralisme des sources des fins de non-recevoir va clairement dans le sens de leur fort potentiel sanctionnateur (B).

A- La définition de la fin de non-recevoir

512. Une définition peu aisée. La plupart des auteurs constatent, lorsqu'ils se penchent sur l'analyse des fins de non-recevoir, la difficulté qu'il y a à les identifier exactement, tant leur sens semble difficile à établir. Il s'agit d'une notion particulièrement controversée³. Cela est notamment dû au fait que la fin de non-recevoir emprunte certains de

¹ V. HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 144.

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 983.

³ V. not. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 1 ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 1 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 983 ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 486 ; HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 144.

ses traits de caractère aux autres moyens de défense, son autonomie est donc particulièrement discutée. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que soit critiquée une certaine imprécision du vocabulaire en la matière¹. Une fois les controverses liées à la définition des fins de non-recevoir ainsi mises au jour (1), il sera possible de souligner les points d'accord permettant d'en fixer la signification en procédure civile (2).

1. Les controverses sur la notion

513. L'origine historique des controverses. La notion de fin de non-recevoir, tout comme celle de recevabilité, était inconnue du droit romain qui maîtrisait en revanche à la perfection la notion d'exception de procédure². Les juristes romains distinguaient les exceptions et les moyens au fond, mais il s'agissait d'une opposition purement formelle, et non rationnelle, telle que le droit positif la conçoit³. Parmi les exceptions, il était notamment distingué entre les « *dilatoria* » et les « *peremptoria* »⁴. Les exceptions « *dilatoria* » devaient être invoquées au début du procès, tandis que les exceptions « *peremptoria* » pouvaient être alléguées en tout état de cause, y compris en appel, et entraînaient une solution définitive du litige⁵.

Or, c'est précisément à partir du concept romain d'exception, et en procédant à sa « *décomposition rationnelle* »⁶, que la doctrine de l'ancien droit a créé la notion de fin de non-recevoir. En effet, les fins de non-recevoir étaient, dans l'esprit des juristes français, une subdivision des exceptions⁷. Cette terminologie est apparue pour la première fois au XIV^e siècle dans les coutumes de l'Anjou et du Maine⁸, dans plusieurs ordonnances du XV^e et du XVI^e siècles⁹, puis dans l'ouvrage de Jean IMBERT datant de 1641¹⁰, ainsi que dans

¹ V. not. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 2 ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., spéc. n° 23 et s.

² V. not. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 3 et s. ; *adde* OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1967, n° 4 et 99 et s. ; BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., spéc. n° 9.

³ V. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 3.

⁴ V. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1967, n° 110 et s.

⁵ V. *Ibid.*, n° 111 et s.

⁶ V. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 3.

⁷ V. *Ibid.*, n° 4.

⁸ V. *Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine*, II, p. 423, n° 1123, cité par GLASSON (E.-D.), *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, t. 3, Paris, 1882-1933, p. 495 ; *adde* OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse préc., n° 118 ; BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., n° 1. L'auteur la qualifie de « *vielle dame* » ; *adde* n° 8 et s.

⁹ V. Ordonnance de Charles VII de 1453, art. 134 ; ordonnances de Louis XII de 1507, de François I^{er} de 1535 et d'Henry III de 1579 (V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., spéc. n° 9).

¹⁰ V. IMBERT (J.), *La pratique judiciaire, civile et criminelle, reçue et observée par tout le Royaume de France*, Paris 1623, Livre Ier, Ch. XXXI, p. 203 et s.

l'ordonnance de Louis XIV de 1667¹. Néanmoins, sa description dans les œuvres de la doctrine du XVIII^e siècle montre déjà les imprécisions et les flottements entourant cette notion². Elle était tantôt utilisée dans un sens restreint comme synonyme des fins de non-valoir, tantôt dans un sens général comme exception péremptoire au fond³. Il n'y avait pas à l'époque de consensus quant à la classification et sur le contenu des catégories de défenses.

Au XIX^e siècle, le projet de l'ancien Code de procédure civile prévoyait la prise en compte des fins de non-recevoir et en proposait une définition en son article 185⁴, mais le texte définitif adopté en 1806 abandonna cette proposition et fit disparaître la fin de non-recevoir des lois de procédure. Les difficultés à identifier précisément cette notion étaient déjà bien réelles à l'époque. Il était surtout craint que par une définition trop vague de ce moyen de défense il ne soit préjudicié indirectement au fond⁵.

Mais l'absence de codification des fins de non-recevoir n'en sonna pas pour autant le glas, et bien au contraire, de manière assez paradoxale, elles furent, par la suite, abondamment utilisées par les juges⁶. En effet, ceux-ci reconnurent l'utilité d'une catégorie intermédiaire de moyens de défense entre l'exception et la défense au fond. Le recours assez soutenu à cette nouvelle catégorie était notamment dû à la volonté de limiter l'application du statut restrictif des exceptions, et plus précisément le fait que ces dernières doivent être soulevées *in limine litis*⁷. Les fins de non-recevoir semblaient véritablement indispensables aux juges⁸, qui avaient pour obsession le fait qu'elles puissent être invoquées à tout moment du procès⁹.

Pourtant, jusqu'au Décret-Loi du 30 octobre 1935, la loi était muette à leur sujet, conformément à la volonté présumée du législateur¹⁰. C'est ce dernier texte portant réforme de la procédure civile qui fit entrer l'expression dans le Code, en son article 192¹¹. La fin de

¹ V. Titre V, art. 5, exposé par RODIER (M.-A.), *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse, 1779, p. 100.

² V. POTHIER (R.-J.), *Traité de procédure civile*, Paris, 1778, n° 35 et s. ; PIGEAU (E.-N.), *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume*, 2^e éd., 1727, p. 150 ; JOUSSE (M.), *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du mois d'avril 1667*, t. 1, Paris 1757, p. 56 et s.

³ Sur une telle observation, V. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 3.

⁴ Le titre IX du projet relatif aux exceptions était doté d'un § 5 intitulé « Des fins de non-recevoir », comprenant un article 185 qui prévoyait que « *Le défendeur qui soutiendra le demandeur non recevable en sa demande sera tenu de proposer cette exception préalablement à toute défense au fond* ». (V. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 4).

⁵ V. BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*, n° 4.

⁶ V. la jurisprudence citée par OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 129, n. 90 à 92.

⁷ V. *Ibid.*, n° 16.

⁸ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, spéc. n° 12.

⁹ V. not. Cass. req. 26 juin 1860, *DP*, 1860, 1, 440.

¹⁰ V. MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, S., 1932, n° 52, p. 74 : « *Il reste à savoir si l'existence des fins de non-recevoir est reconnue par la loi ; Alors que le Code de procédure traite des exceptions, il n'y est nulle part question des fins de non-recevoir et il semble bien que ce silence soit voulu par le législateur* ».

¹¹ V. D.-L. du 30 oct. 1935 (J.O. 31 oct. 1935) ; Titre IV intitulé « *Des exceptions* ».

non-recevoir s'est alors trouvée assortie d'un régime procédural strict, et fût clairement assimilée aux exceptions de procédure en ce qu'il n'était pas permis aux parties de la soulever à tout moment du procès¹. Cette reconnaissance de la fin de non-recevoir était ainsi un trompe-l'œil, car elle servait à mieux l'éliminer en niant les spécificités de son régime. Cependant, la Cour de cassation opéra une véritable résistance face à ce texte et, persistant dans son esprit libéral, elle assimila les fins de non-recevoir aux défenses au fond². Cette résistance donna lieu à une deuxième intervention du pouvoir réglementaire par un Décret de 1958³ tendant clairement à éluder la fin de non-recevoir en encadrant strictement son régime. Mais de nouveau la Cour de cassation résista, et cette ténacité de la jurisprudence face à la volonté du législateur, « véritable phénomène sociologique »⁴, traduisit le caractère indispensable d'une troisième catégorie de moyens de défense. Cette « trilogie procédurale »⁵ fut précisément consacrée par le (Nouveau) Code de procédure civile, institué par les Décrets de 1972⁶ et 1975⁷, qui fit de la fin de non-recevoir une défense autonome, clairement dissociée des exceptions de procédure, et ayant de ce fait un régime propre⁸.

Pour autant, le Code de procédure civile n'a pas mis fin aux controverses attachées à la notion de fin de non-recevoir, notamment quant à son autonomie vis-à-vis des autres moyens de défense.

514. La controverse de l'autonomie des fins de non-recevoir vis à vis des autres moyens de défense. La doctrine contemporaine s'interroge encore : « faut-il rattacher ces moyens aux défenses au fond ou aux exceptions de procédure, ou mieux ne faut-il pas leur réserver une place à part ? »⁹.

Si au début du XX^e siècle, des auteurs ont clairement plaidé l'inutilité et partant la suppression des fins de non-recevoir en ce qu'elles pourraient être rattachées, selon les cas,

¹ V. Art. 192 du D.-L. du 30 oct. 1935 : « Toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents, sauf l'exception de compétence ratione materiae et l'exception de communication de pièces, seront déclarés non-recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu sur le fond. – L'exception de caution doit être présentée en premier lieu. – L'exception d'incompétence relative doit être présentée après celle de caution et avant toute autre. – Toutes les autres exceptions, demandes de nullité, fins de non-recevoir et tous les autres déclinatoires doivent être proposés simultanément et aucun ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux », in SCHAFFHAUSER (E.), *Les lois nouvelles*, année 1935, Paris, 1935, 3^e partie, p. 753 ; adde COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, S., 17^e éd., 2014, n° 164.

² V. not. Cass. civ. 17 déc. 1941, *DC*, 1942, 113, note CARBONNIER (J.) ; Cass. civ. I, 6 oct. 1953, *RTD Civ.*, 1954, 138, obs. HÉBRAUD (P.) ; adde OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 131.

³ V. D. n° 58-1289 du 22 déc. 1958.

⁴ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, spéc. n° 18.

⁵ V. *Ibid.*, n° 19.

⁶ V. D. n° 72-684 du 20 juill. 1972.

⁷ V. D. n° 75-1123 du 5 déc. 1975.

⁸ V. art. 122 à 126, in Chapitre III du Titre V sur les moyens de défense.

⁹ V. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 1.

tantôt aux exceptions de procédure, tantôt au fond¹, ce point de vue tend cependant à disparaître, notamment en raison de la consécration par le législateur d'un régime qui leur est spécifique².

Le débat s'est en revanche cristallisé sur la question de savoir si la fin de non-recevoir peut être définie en elle-même, sans référence aux autres moyens de défense, ou si un renvoi à ces derniers reste nécessaire pour en permettre la compréhension.

Au début du XX^e siècle, et à l'occasion de l'édification d'une théorie de l'action, d'éminents auteurs ont entrepris l'élaboration d'un système dogmatique des moyens de défense et ont vu en la fin de non-recevoir une catégorie intermédiaire entre les exceptions de procédure et les défenses au fond³. Si l'exception concerne la procédure, et la défense au fond vise le droit substantiel, la fin de non-recevoir est relative, quant à elle, au droit d'agir en justice. À trois étapes du procès, ont alors été associés trois moyens de défense distincts, la fin de non-recevoir étant spécifiquement « *l'image renversée* » du droit d'agir⁴. Et comme une « *rançon inévitable de la nature même de l'action en justice* », ce rôle de la fin de non-recevoir devait lui conférer une véritable « mixité »⁵. D'ailleurs, la plupart des auteurs contemporains sont convaincus de la nature mixte des fins de non-recevoir, et mettent de ce fait en avant les points communs et les différences qui se révèlent entre elles et les autres moyens de défense⁶. Il est vrai que « *comme l'exception de procédure, et à la différence de la défense au fond, la fin de non-recevoir est appréciée par le juge sans examen de l'affaire au fond* »⁷. En revanche, contrairement aux exceptions de procédure, elle « *ne tend pas à différer l'issue du litige* », mais a pour objet de sanctionner l'absence du droit d'agir⁸, ainsi, comme

¹ V. GARSONNET (E.) et CÉZAR-BRU (C.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. 1, 3^e éd., Paris, 1912, n° 452, p. 709 et s. ; BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *art. préc.*

² V. *infra*, n° 550 et s.

³ V. not. GLASSON (E.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, S., Paris, 3^e éd., 1925, t. 1, n° 227, p. 575 et s. ; *adde* MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n° 52, p. 55 ; MOTULSKY (H.), note sous Cass. civ. II, 6 juin 1962, n° 60-13005, Bull. II, n° 500, p. 357-358, *JCP*, 1963, II, 13191, §II, 1^{ère} colonne.

⁴ V. MOTULSKY (H.), note sous Cass. civ. II, 6 juin 1962, *préc.* : « Si, comme nous le pensons, l'action est le droit (ou le pouvoir) d'obtenir une décision sur le fond, et la fin de non-recevoir le moyen tendant à nier ce droit (ou ce pouvoir), les conditions d'ouverture de l'une et de l'autre doivent refléter la même image, droite ou renversée. Ces conditions se délimitent donc, à leur tour, par la double frontière déjà signalée : est du domaine de l'action et de la fin de non-recevoir, tout facteur processuel qui, d'un côté, ne concerne pas la marche de la procédure et qui, d'un autre côté, n'entame pas le problème du bien-fondé de la prétention ni, notamment, celui de la réalité du droit substantiel réclaté » ; *adde* HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 144.

⁵ V. MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, *op. cit.*, n° 52, p. 55 : elle « tient tout à la fois de la défense en ce qu'elle aboutit à l'échec définitif de la demande et de l'exception en ce qu'elle ne contredit pas la demande au fond ».

⁶ V. not. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 486 ; *adde* COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 164 ; DOUCHY-OUUDOT (M.), *Procédure civile*, Lext., 6^e éd. 2014, n° 219 ; GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Précis D., 32^e éd., 2014, n° 326.

⁷ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 486.

⁸ V. *Ibid.*

les défenses au fond, elle entraîne « *un rejet définitif et irrémédiable de la prétention adverse* »¹.

Pour autant, bien qu'ils reconnaissent le caractère hybride des fins de non-recevoir, certains auteurs ont regretté et critiqué le rapprochement systématiquement opéré entre les fins de non-recevoir et les autres catégories de défense, plaidant pour une véritable distinction de ces concepts et une complète autonomie des fins de non-recevoir². Ainsi M. BLOCK a-t-il pu affirmer que « *la fin de non-recevoir diffère profondément [...] de l'exception de procédure (champs d'application territorial et temporel différents) et de la défense au fond (étape logique postérieure) ; toute analogie avec ces autres moyens de défense nous paraît devoir être exclue, sous peine de créer des confusions et mélanges de genres* »³. L'auteur présente une conception autonome de la fin de non-recevoir, en en retenant cinq cas exclusifs (le défaut d'intérêt, le défaut de qualité, « l'exception » de la chose jugée, « l'exception » de transaction et les liens entre plusieurs prétentions : lien suffisant, unicité de l'instance et indivisibilité) à partir d'une définition en trois propositions : la fin de non-recevoir est un moyen de défense lié à une prétention ; elle empêche le juge de statuer sur le fond de la prétention ; et elle s'intègre dans la structure logique du procès, en ce sens qu'elle présuppose un juge compétent et régulièrement saisi⁴.

515. La recherche du ou des critères valables des fins de non-recevoir. Ces controverses relatives à la réalité et à l'autonomie du concept de fin de non-recevoir mènent au constat de la nécessité de rechercher le ou les critères valables afin d'identifier cette notion et d'en montrer la pertinence en droit positif. Il s'agit de mettre en avant les points d'accord qui existent en la matière et qui permettent de cerner précisément les contours de ce mécanisme procédural.

2. Les points d'accord sur la notion

516. Un moyen de défense nécessairement situé dans un procès. Depuis ses origines, la fin de non-recevoir est considérée comme étant un moyen de défense⁵. La place que lui accorde le Code de procédure civile est sur ce point tout à fait révélatrice : les fins de non-recevoir se situent dans le troisième chapitre du Titre V relatif aux « *moyens de défense* », lui-même inséré dans le Livre premier, concernant « *les dispositions communes à*

¹ V. *Ibid.*

² V. not. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, spéc. n° 136 ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 3 ; spéc. n° 131.

³ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 131.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. IMBERT (J.), *La pratique judiciaire, civile et criminelle, reçue et observée par tout le Royaume de France, op. cit.*, Ch. XXXVI, p. 257, note g.

toutes les juridictions ». La défense (ou les moyens de défense) est « la contradiction à la demande, l'acte par lequel le défendeur, refusant de satisfaire à la prétention du demandeur, propose au juge des moyens propres, s'ils sont établis, à faire écarter la demande de façon plus ou moins définitive »¹. Il est alors clair que l'« on ne conçoit [...] pas de fin de non-recevoir en dehors d'un procès »². Il s'agit d'une mesure qui est par nature d'ordre procédural : « elle ne naît et ne prospère que dans le cadre d'un procès »³.

Néanmoins, ses liens avec le procès sont « d'une nature particulière »⁴, car la fin de non-recevoir a pour conséquence d'y mettre fin en constatant le défaut de droit d'agir de la partie adverse.

517. Un moyen de défense constatant le défaut de droit d'agir. La distinction du droit substantiel et du droit d'action par la doctrine processualiste de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle a permis la conceptualisation de la fin de non-recevoir comme moyen de défense attaché au droit d'action. En effet, dans les fins de non-recevoir, « on ne s'attaque pas à la procédure ni non plus au droit prétendu, pour le nier directement ni le combattre indirectement. On s'attaque au droit d'action : sans s'occuper du droit lui-même sur lequel la demande est fondée, on dit que le demandeur n'a pas le droit d'action »⁵. Le droit d'action est le droit subjectif permettant de contraindre le juge à juger, et donc d'obtenir une décision relative au fond de la demande⁶. La fin de non-recevoir est le reflet négatif de cette prérogative, à savoir le moyen qui tend à nier à l'adversaire son droit à ce que le juge se prononce sur sa prétention. Ainsi seul « le juge saisi d'une prétention qui n'est pas frappée par une fin de non-recevoir est tenu de statuer sur le fond de celle-ci »⁷.

Néanmoins, ce lien entre l'irrecevabilité et l'action a été à l'origine de critiques doctrinales formulées à l'encontre de la catégorie des fins de non-recevoir, car le droit d'action étant parfois difficilement isolé du fond, ce moyen participerait précisément d'un risque de confusion patent entre le droit et l'action⁸. Ainsi des auteurs ont-ils pu qualifier de

¹ V. CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, op. cit., p. 368.

² V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., n° 31.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. GLASSON (E.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, op. cit., n° 227, p. 575 ; adde GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 327 : « Le mot « demande » ne doit pas être pris dans un sens trop technique ; la notion de fin de non-recevoir s'applique aussi au défendeur. Ainsi, constitue une fin de non-recevoir, le moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir » ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., n° 31 (l'auteur préfère pour cette raison user du terme de « prétention »).

⁶ V. not. BOILLOT (C.), *La transaction et le juge*, préf. P. Le Cannu, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, n° 309. Sur la protection du droit d'action, V. BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, D., 2003, n° 412.

⁷ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., n° 141.

⁸ Pour un exposé des différentes théories existantes : V. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse préc., n° 161 et s.

« fausses fins de non-recevoir », des moyens aujourd'hui désignés comme tels par le législateur « de façon artificielle », en ce qu'ils ne relèveraient pas du domaine de la défense procédurale, mais du droit substantiel, et « ne donnent pas lieu à un débat nouveau, logiquement préalable, portant sur l'application de règles procédurales »¹.

Pourtant, « il ne faut [...] pas y voir un obstacle à l'utilisation de la notion »². En effet, MOTULSKY admettait déjà que certaines fins de non-recevoir sont si clairement liées au fond qu'« elles peuvent servir, non seulement à détruire l'action, mais à anéantir (ou du moins à paralyser) le droit substantiel lui-même à le supposer existant »³. Il s'agit tout de même de fins de non-recevoir car ces questions de fond sont processualisées⁴ : la loi permet qu'elles soient abordées de manière préalable à l'examen du litige au fond.

En définitive, ce qui caractérise la fin de non-recevoir n'est pas le fait qu'elle soit complètement détachée de tout moyen au fond, mais qu'elle soit, par nature, un moyen jugé par préalable au fond.

518. Un moyen jugé par préalable au fond. Il s'agit d'une caractéristique originelle de la fin de non-recevoir⁵. Celle-ci a toujours eu pour « fonction d'empêcher le juge de statuer sur le fond », et donc elle doit être « jugée par préalable au fond »⁶. Cette particularité essentielle des fins de non-recevoir traduit leur homogénéité : toutes sont liées à « l'idée d'un obstacle anticipé » à la recherche du bien-fondé de la prétention⁷. Il s'agit d'un empêchement « de nature logique et pas nécessairement chronologique »⁸. Ainsi cet obstacle ne doit pas forcément intervenir au début du procès. En définitive, « l'important est que le juge ne statue pas sur le fond par décision ayant autorité de la chose jugée et qu'il n'y ait pas de « débat au fond » »⁹. La fin de non-recevoir apparaît donc comme la sanction du défaut d'une condition à l'existence du droit d'agir, que cette condition soit classiquement attachée à

¹ V. HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 1340, et spéc. n. 175 : ex. donnés en matière de divorce, V. art. 244 al. 1^{er} et 2. C. civ. ; et en matière de redressement judiciaire civil, V. Cass. civ. I, 31 mars 1992, *JCP G*, 1992, IV, 1663 ; D., 1993, 149, note ANCEL (P.) et RONDEAU-RIVIER (M.-C.) ; adde pour une critique doctrinale du rattachement à une fin de non-recevoir de la requête en matière de divorce-rupture, V. NORMAND (J.), « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD Civ.*, 1981, p. 684 et s.

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 985 ; adde SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, thèse préc.*, n° 408.

³ V. MOTULSKY (H.), note sous Cass. civ. II, 6 juin 1962, *préc.*

⁴ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 64 et s. : l'auteur donne les principaux exemples de processualisation de questions de fond : la réconciliation des époux, la prescription extinctive et l'action en recherche de paternité.

⁵ V. Ordonnance d'Henry III aux Etats de Blois de 1585, citée par BORNIER (Ph.), *Conférence des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, Paris, 1755, p. 39 : « Les juges sont obligés de faire préalablement droit sur les fins de non-recevoir, à peine d'être pris à partie ».

⁶ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 42.

⁷ V. SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1, n° 315, p. 293 ; adde OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 199 et s.

⁸ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 43.

⁹ V. *Ibid.*, n° 44 (c'est l'auteur qui souligne).

la police processuelle, ou qu'elle soit spécialement prévue par le législateur pour un type de contentieux spécifique¹. Cette caractéristique fait de la fin de non-recevoir, à la fois un instrument de régulation du contentieux², mais aussi un instrument de protection du défendeur³. Si la demande ne remplit pas les conditions préalables nécessaires à sa recevabilité, le plaideur risque la perte de son droit d'agir. La fin de non-recevoir participe donc de la démonstration du fait que « *le droit au juge n'est pas absolu malgré sa valeur de droit fondamental* »⁴.

519. Le potentiel sanctionnateur des fins de non-recevoir. La fin de non-recevoir est un moyen de défense pouvant être opposé par une partie à son adversaire à tout moment du procès, qui tend à constater, de manière préalable au jugement au fond, la perte de son droit d'agir en justice, et empêche ainsi le juge de se prononcer sur le bien-fondé de la prétention. En ce qu'elle bloque l'examen du fond du litige, son effet est particulièrement rude et présente une vertu sanctionnatrice évidente. Or, ce potentiel des fins de non-recevoir est appuyé par le constat d'un certain libéralisme quant à leurs sources.

B- Les sources des fins de non-recevoir

520. Des sources multiples. L'article 122 du Code de procédure civile cite plusieurs fins de non-recevoir, à savoir, le défaut de qualité et d'intérêt à agir, la prescription, le délai préfix et la chose jugée⁵. Néanmoins, l'article 124 du même Code dispose que « *les fins de non-recevoir doivent être accueillies [...] alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse* ». Ainsi, « *la liste de l'article 122 du Code de procédure civile n'est nullement exhaustive* »⁶. Des fins de non-recevoir peuvent être, et sont d'ailleurs caractérisées en dehors de celles visées par l'article 122 (1). Mais au-delà de ce que la loi ou les parties admettent, la question se pose de savoir si la jurisprudence peut être une

¹ V. not. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 485 ; adde HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 145 et s.

² V. Ordonnance d'Henry III aux Etats de Blois de 1585, *préc.* : « *La raison est, parce que c'est le devoir d'un bon juge de finir le procès le plus tôt qu'il lui est possible* » ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 167.

³ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 168.

⁴ V. BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel, thèse préc.*, n° 412. Le droit d'agir peut d'ailleurs être perdu par l'expression de la volonté. En effet, la transaction est un acte de renonciation au droit d'agir en justice : V. BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 312 et s.

⁵ Défense à laquelle on peut assimiler l'exception de transaction, V. BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 1188 : c'est « *un mode spécifique d'exécution forcée de la transaction, ou plus précisément un assujettissement à la norme contractuelle* » ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 157 et s.

⁶ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 485 ; adde BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 172 ; PÉTEL-TEYSSIE (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Rép. proc. civ. D.*, juin 2013, n° 37 : les fins de non-recevoir visées par 122 CPC « *apparaissent comme de simples exemples* ».

source de fins de non-recevoir. En effet, la doctrine s'interroge sur la capacité du juge à qualifier de lui-même certaines règles, qui ne relèvent pas *a priori* de ce domaine, de fins de non-recevoir¹. Or, l'observation du droit positif mène au constat qu'il s'octroie ce pouvoir, spécialement pour sanctionner l'incohérence comportementale du plaideur (2).

1. Le caractère non exhaustif de la liste de l'article 122 du Code de procédure civile

521. Des fins de non-recevoir issues d'autres dispositions. Il arrive que le législateur qualifie d'irrecevabilité à agir certaines règles spécifiques dans des contentieux particuliers. Il en va ainsi, par exemple, de la réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués à l'appui d'une demande en divorce pour faute, qui rend cette dernière irrecevable selon les termes de l'article 244, al. 2 du Code civil². Également, dans la procédure de surendettement des particuliers, constitue une fin de non-recevoir le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil faute pour les demandeurs de remplir la condition de bonne foi exigée par l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989³. Une autre illustration peut encore être donnée en la conclusion d'une convention de procédure participative, régie par l'article 2065, al.1 du Code civil.

Au surplus, la jurisprudence admet depuis longtemps déjà que des fins de non-recevoir puissent résulter directement de l'accord des parties⁴. L'exemple de la clause de conciliation préalable est, sur ce point, tout à fait révélateur.

522. La qualification jurisprudentielle de la clause de conciliation préalable comme fin de non-recevoir. En vertu de l'article 1530 du Code de procédure civile issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012⁵ la médiation et la conciliation conventionnelles s'entendent « *de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable*

¹ Pour un auteur fermement opposé à cette idée, V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse préc., n°176.

² V. not. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 412.

³ V. sous l'empire de la L. 31 déc. 1989, V. Cass. civ. I, 31 mars 1992, *préc.* ; et sous l'empire des textes postérieurs, V. Cass. civ. I, 7 mai 2002, Bull. I, n° 126 ; *adde* SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 413.

⁴ V. not. Cass. civ., 24 oct. 1951, *D.*, 1952, 105, note BESSON (B.) (qui admettait une fin de non-recevoir issue d'un contrat d'assurance) ; Cass. civ. II, 10 févr. 1988, *JCP G*, 1988, IV, 143, *RTD Civ.*, 1988, 577, obs. PERROT (R.) ; Cass. civ. III, 5 juill. 1989, *JCP G*, 1989, IV, 337 ; Sur une clause de réclamation en matière bancaire, V. NAUDIN (E.), *D.*, 2005, 579, note sous Cass. com., 3 nov. 2004, *préc.*

⁵ V. *JCP G*, 2012, act. 157, aperçu rapide RONGEAT-LOUDIN (F.).

de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence »¹. Il n'est pas rare, en pratique, que les parties insèrent dans leur contrat une clause prévoyant la nécessité de tenter une médiation ou une conciliation avant de saisir la juridiction compétente. Si la définition légale de cette pratique est plutôt récente, son existence concrète n'est en revanche pas nouvelle et la question de la qualification d'une telle clause se pose depuis longtemps, tant en jurisprudence qu'en doctrine.

Pour certains auteurs elle pose une fin de non-recevoir, tandis que pour d'autres elle est une cause de suspension temporaire de l'action, une exception dilatoire, une cause de sursis à statuer².

Cette hésitation s'est traduite, en jurisprudence, par un désaccord entre deux chambres de la Cour de cassation qui ont rendu des solutions distinctes sur la question. Après avoir d'abord considéré que ce type de clause n'est pas sanctionné par une fin de non-recevoir, mais par une exception de procédure³, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a finalement accepté d'y voir une fin de non-recevoir⁴. Mais la première chambre civile refusait une telle qualification considérant que cette clause « n'est assortie d'aucune sanction »⁵. Cette dernière solution a été vivement critiquée par la doctrine qui y a vu une atteinte à la force obligatoire du contrat et une solution privant de tout intérêt l'insertion de ce type de clause dans le contrat⁶.

Par une décision rendue en chambre mixte le 14 février 2003, et largement commentée, la Cour de cassation a finalement tranché la question en décidant que « *licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* »⁷. Les juges ont précisé, par la

¹ La médiation conventionnelle assurée par un médiateur, personne physique ou morale, devant présenter des garanties de probité et de compétence est régie par les art. 1532 à 1535 C. proc. civ., et la conciliation conventionnelle, assurée par un conciliateur de justice, profession bénévole règlementée, est encadrée aux art. 1536 à 1541 C. proc. civ. ; *adde* BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 488, n. 2 ; FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Clauses conventionnelles de médiation hors d'instance », *JCP G*, 27 oct. 2014, n° 44, p. 1982 et s., n° 3.

² Pour un exposé plus détaillé du débat doctrinal en la matière, V. BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 48, n. 3 ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, 2002, n° 175.

³ V. Cass. civ. II, 15 janv. 1992, *Rev. arb.*, 1992, 646, note COHEN (D.) : la clause est alors considérée comme étant une cause de sursis à statuer.

⁴ V. Cass. civ. II, 6 juill. 2000, *CCC*, janv. 2001, n° 2, obs. LEVENEUR (L.) ; *RTD Civ.*, 2001, 359, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *Rev. arb.*, 2001, 749, obs. JARROSSON (Ch.).

⁵ V. Cass. civ. I, 23 janv. 2001, *Bull. civ. I*, n° 11, *RTD Civ.*, 2001, 359, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *Rev. arb.*, 2001, 749, obs. JARROSSON (Ch.).

⁶ V. BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 48, n. 2, p. 42.

⁷ V. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *JCP G*, 2003, I, 134, n° 4, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), 142, n° 13-19, obs. VIRASSAMY (G.), et 164, n° 9, obs. SERAGLINI (C.) ; *Proc.*, 2003, n° 96, obs. CROZE (H.) ; *RDC*, 2003, 182, obs. CADIET (L.), et 189, obs. LAGARDE (X.) ; *D.*, 2003, 1386, note ANCEL (P.) et COTTIN (M.), et somm. 2480, obs. CLAY (T.) ; *LPA*, 12 mars 2003, n° 51, p.

suite, qu'il faut nécessairement qu'une convention expresse prévoie un tel préalable¹, et qu'elle envisage les conditions particulières de sa mise en œuvre².

À travers ces décisions, il est clair que les juges du droit reconnaissent aux contractants la possibilité de créer, par leur accord, une fin de non-recevoir. Pour autant la qualification juridique finalement choisie peut être discutée.

523. Une qualification néanmoins discutable. À juste titre, il a été souligné en doctrine que la qualification de la clause imposant une conciliation ou médiation préalable en fin de non-recevoir n'est pas adéquate car une telle stipulation ne conditionne pas l'existence du droit d'agir mais sa mise en œuvre. En effet « *le droit d'action existe puisque le litige peut même faire l'objet d'une tentative de conciliation, voire d'une transaction, ou, le cas échéant, donner lieu à un jugement. En revanche, il n'est pas correctement mis en œuvre* »³. Très précisément, « *la clause de conciliation préalable ne supprime pas le droit d'agir, car elle serait alors illicite ; elle l'aménage temporairement en empêchant, pour un temps, l'action* »⁴. S'il a été considéré en jurisprudence qu'une telle clause ne contrarie pas le droit d'accès au juge⁵, c'est justement en vertu de son caractère temporaire⁶, et partant, du caractère précaire de l'autorité de chose jugée s'attachant au jugement la prononçant⁷. Ainsi, la clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation est exempte de déséquilibre significatif au

13, note BERNHEIM (L.) ; *GP*, 30 mars-1^{er} avr. 2003, 8, note MONTERAN (Th.) ; *RTD Civ.*, 2003, 294, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) et 349, obs. PERROT (R.) ; *Rev. arb.*, 2003, 403, note JAROSSON (Ch.).

¹ V. Cass. civ. I, 6 mai 2003, Bull. civ., I, n° 108 ; *JCP G*, 2003, I, 186, n° 14-19, obs. VIRASSAMY (G.) et 2004, II, 10021, note COLSON (R.) ; *RDC*, 2003, 182 obs. CADIET (L.) et 189, obs. LAGARDE (X.) ; *RTD Civ.*, 2003, p. 499, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; Cass. civ. I, 17 juin 2003, *Proc.*, 2003, n° 213 et *RTD Civ.* 2004, p. 136, obs. PERROT (R.).

² V. Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27004, *D.*, 2014, p. 176, obs. FRICERO (N.) ; *JCP G*, 2014, 607, obs. CROZE (H.), et 711, note SABARD (O.) ; *JCP E*, 2014, 1290, obs. DISSAUX (N.) ; *LPA*, 2014, n° 181, p. 14, note TRICOIT (J.-P.) : « *la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci* ». C'est un principe néanmoins appliqué souplement par la Cour, V. Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17089.

³ V. BOILLOT (C.), « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D.*, 5 févr. 2015, n° 5, p. 298 et s.

⁴ V. AMRANI-MEKKI (S.), « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable », *GP*, 8 mars 2015, n° 67, p. 9 et s.

⁵ V. not. Cass. civ. I, 27 janv. 2004, Bull. I, n° 23, *JCP G*, 2005, I, 183, n° 3, obs. CLAY (T.) ; *Proc.*, 2004, n° 47, obs. PERROT (R.) ; Cass. com. 22 févr. 2005, n° 02-11519, *JCP G*, 2005, I, 183, n° 3, obs. CLAY (T.) ; *Proc.* 2005, n° 120 ; *RTD Civ.*, 2005, 450, obs. PERROT (R.) ; *RDC*, 2005, 1143, obs. LAGARDE (X.) ; *Dr. et patr.* 2005, n° 144, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *Rev. arb.* 2008, 142, obs. TRICOIT (J.-Ph.) ; Cass. com., 20 mars 2007, *JCP G*, 2007, I, 179, n° 10, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.) ; II, 10103, note HOVASSE (H.).

⁶ V. Cass. civ. II, 6 juill. 2000, *préc.* ; Cass. com., 28 nov. 1995, *Rev. arb.* 1996, n° 4, p. 613 ; *adde* BOILLOT (C.), *La transaction et le juge*, thèse *préc.*, n° 48.

⁷ V. Cass. civ. II, 21 avr. 2005, *JCP G*, 2005, II, 10153, note CROZE (H.) ; *Proc.* 2005, n° 267, obs. PERROT (R.).

détriment du consommateur et ne revêt aucun caractère abusif¹, mais seulement tant qu'elle n'interdit pas totalement d'agir en justice au profit exclusif d'une procédure de conciliation².

De telles caractéristiques évoquent donc plus exactement « *la notion d'exception de procédure* »³. D'ailleurs, la préférence donnée à cette dernière qualification « *conduirait au moins à imposer d'invoquer cette clause in limine litis, en considérant que les plaideurs qui tarderaient à invoquer le préalable de conciliation y ont renoncé. Cela ne compromettrait pas toute conciliation ultérieure, mais celle-ci emprunterait alors d'autres voies, celles de la conciliation lors de l'instance judiciaire, ou conventionnelle (en demandant une radiation conventionnelle)* »⁴. Cette qualification « *offre l'avantage de la souplesse* », tout en évitant « *un simulacre de conciliation* » pour que le requérant ne se voie pas opposer une fin de non-recevoir⁵. De plus, les arguments qui plaident pour la caractérisation d'un sursis à statuer peuvent se trouver également à l'appui du rejet de la classification d'une telle règle dans la catégorie des incombances conventionnelles.

524. Le rejet de la catégorisation de la clause de conciliation parmi les incombances. Le fait de s'interroger sur l'appartenance de la clause de conciliation ou de médiation préalable à la catégorie des incombances conventionnelles ne doit pas surprendre car plusieurs éléments permettent de rapprocher ces mécanismes. En effet, les critères participant de la définition de l'incombance semblent *a priori* se retrouver en la matière. Tout d'abord, il est possible de voir en la saisine préalable du conciliateur (ou du médiateur) une exigence comportementale, et non une obligation civile, car aucune valeur économique n'est alors transmise⁶. Ensuite, il est à souligner qu'il s'agit d'une exigence liée à l'exercice d'un

¹ V. Cass. civ. I, 1^{er} févr. 2005, Bull. I, n° 64 ; *JCP G*, 2005, I, 141, n° 8-14, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et I, 183, n° 4, obs. CLAY (T.) ; *JCP G*, 2006, I, 179, n° 8, obs. BEGUIN (J.) ; *Dr. et patr.* 2005, n° 144, p. 93, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *RTD Civ.* 2005, p. 393, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *RDC*, 2005, 718, obs. FENOUILLET (D.) et 1141, obs. LAGARDE (X.).

² V. art. 6, point q de la liste indicative des clauses abusives annexée à l'art. L. 132-1 du C. consom., L. n° 2005-67 du 28 janv. 2005 (V. LEVENEUR (L.), « Une nouvelle loi de "protection" des consommateurs », *JCP G*, 2005, act. 92 ; PELLETIER (C.), « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation », *JCP G*, 2005, act. 133) : est illicite la clause dont l'objet serait d'obliger le consommateur « *à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ».

³ V. BOILLOT (C.), « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *art. préc.* ; *adde* GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, *op. cit.*, n° 330.

⁴ V. BOILLOT (C.), « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *art. préc.*

⁵ V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, *op. cit.*, n° 330. Sur la régularisation de cette fin de non-recevoir, d'abord admise, V. Cass. civ. II, 16 déc. 2010, n° 09-71575, Bull. civ. 2010, II, n° 212 ; *JCP G*, 2011, doctr. 666, n° 12, obs. CLAY (T.) ; *RTD Civ.* 2011, p. 170, note PERROT (R.) ; *Dr. des contrats*, L'essentiel, 1^{er} févr. 2011, n° 2, p. 6, obs. GUERLIN (G.) ; *RDC*, 2011, p. 916, obs. PELLETIER (C.) ; Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12187, *RDC*, 2012, p. 884, obs. PELLETIER (C.). Ces solutions ont été fortement critiquées en doctrine, V. not. PELLETIER (C.), « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 916 et s. Puis pour un refus de cette régularisation, V. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Sté Proximo c/ Sté d'architecture et d'urbanisme Arnal-Lafon-Cayron et a.*, J.-D. n° 2014-030449 ; *adde* AMRANI-MEKKI (S.), « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable », *art. préc.*

⁶ Sur le développement de ce critère de distinction, V. *supra*, n° 32 et s.

droit potestatif, à savoir l'exercice du droit d'agir en justice¹. Enfin, la saisine préalable du conciliateur peut être interprétée comme conditionnant la recevabilité de l'action, en effet l'action est irrecevable à défaut de tentative préalable de conciliation². En tant que comportement conditionnant l'exercice d'un droit potestatif, la saisine préalable du tiers impartial pourrait ainsi être *a priori* qualifiée d'incombance à la charge des parties contractantes.

Cependant, cette qualification doit être rejetée pour trois raisons qui tiennent tant à la notion qu'au régime de l'incombance. En premier lieu, le comportement en question ne peut pas être considéré comme étant dans l'intérêt exclusif de celui qui agit. Une telle clause institue un préalable de conciliation ou de médiation dans l'intérêt de chaque partie à l'acte. Cela se traduit plus clairement, en second lieu, et comme il a été souligné plus haut, par le fait que celui qui ne saisit pas de manière préalable le tiers impartial ne perd pas pour autant son droit à agir en justice. Une telle clause ne saurait impliquer une perte définitive du droit d'agir sous peine d'illicéité. Et notamment, les parties conservent la possibilité de saisir le juge des référés³. Cette clause n'institue donc aucune déchéance, qui est une sanction pourtant indissociable de l'incombance⁴. En troisième et dernier lieu, le fait que la médiation ou la conciliation se trouve également dans l'intérêt du cocontractant justifie que ce dernier soit dans la possibilité de demander au juge à ce qu'il force son partenaire à se présenter devant le conciliateur, par une injonction de faire éventuellement assortie d'une astreinte. Il est vrai qu'une telle démarche rend assez peu probable la recherche d'une solution sereine au litige et donc la perspective d'une entente, néanmoins elle reste techniquement possible et cela empêche de voir en cette clause la stipulation d'une incombance.

En définitive, ces divers éléments permettent de rejeter la qualification d'incombance concernant la mise en œuvre préalable d'une conciliation ou d'une médiation, et plaident plutôt pour l'intégration de ce type de clauses dans la catégorie des causes de sursis à statuer.

Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel de la jurisprudence, une telle pratique est qualifiée de fin de non-recevoir. Cela montre le libéralisme de la jurisprudence quant à la reconnaissance des sources de ce moyen de défense.

525. Le libéralisme de la jurisprudence quant aux sources potentielles des fins de non-recevoir. Au-delà de la qualification de fin de non-recevoir parfois attribuée

¹ V. NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, thèse préc., p. 127 et s., n° 123 et s.

² Sur cette caractéristique de l'incombance, V. *supra*, n° 228 et s.

³ V. CA Paris, 14^e ch. A, 23 mai 2001, *Rev. arb.* 2003, 403, note JARROSSON (Ch.) ; CA Paris, 4 juill. 2001, Bull. inf. C. cass. n° 549, 2002, n° 125 ; CA Toulouse, 9 mars 2006, J.-D., 2006-299563 ; CA Paris, 14^e ch. B., 13 oct. 2006, *Rev. arb.* 2008, 149, obs. TRICOIT (T.) ; CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, J.-D. 2007-342525 ; Cass. civ. I, 30 oct. 2007, n° 06-13366, Bull. I, n° 329 ; D., 2008, pan. 507, obs. PENNEAU (J.) ; *Rev. arb.* 2008, 148, obs. TRICOIT (T.) ; CA Paris, 30 janv. 2008, *GP*, 29 mars 2008, n° 89, p. 38.

⁴ V. *supra*, n° 414 et s.

d'autorité par le législateur à certaines règles de fond, nombre de décisions jurisprudentielles récentes attestent du libéralisme dont les juges font preuve à leur égard. En effet, la Cour de cassation a clairement reconnu aux parties la liberté de prévoir des fins de non-recevoir dans leur contrat. Mais, faisant preuve d'une audace encore accentuée, il est à noter que le juge oppose parfois aux plaideurs des fins de non-recevoir non expressément prévues, ni par le législateur, ni par les parties. Ce moyen de défense trouverait ainsi une source directe dans la jurisprudence.

2. *Le constat de la création de fins de non-recevoir par le juge*

526. Le pouvoir du juge de créer des fins de non-recevoir en question. La jurisprudence est ambiguë sur la question de savoir si le juge a la possibilité de créer des fins de non-recevoir qui ne résultent ni des textes ni de la convention des parties. En 1988, la deuxième chambre civile a rendu un arrêt de principe au visa de l'article 122 du Code de procédure civile décidant que « *le juge ne peut pas opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes* »¹. Cette décision a été saluée par un auteur qui considère que « *les juges ne peuvent pas inventer, à leur gré, des règles de procédure. Il y va de la sécurité juridique. Si le juge veut refuser d'examiner le fond de la demande et faire droit à une fin de non-recevoir, il doit nécessairement s'appuyer sur une disposition légale* »². Mais il a été justement remarqué qu'il peut être seulement déduit de cette décision « *que le juge ne peut créer de toutes pièces une fin de non-recevoir* »³. En clair, si le juge ne peut pas créer *ex nihilo* une fin de non-recevoir, il doit en revanche pouvoir qualifier ainsi des règles *a priori* extérieures à ce domaine, à partir du moment où elles trouvent un fondement légal⁴. Précisément, il est possible de constater que « *même en l'absence de qualification légale, les tribunaux reconnaissent parfois des fins de non-recevoir en dehors de leur domaine naturel* »⁵. Par exemple, il a été décidé que constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence, le moyen tiré de l'immunité de juridiction⁶. De même, ont été qualifiées de fins de non-recevoir des formalités préalables à la demande en justice, comme la mise en cause des ayants droit du défunt pour toute demande d'exhumation de leur parent⁷, ou encore la convocation des dirigeants dans les instances tendant au prononcé d'une sanction à

¹ V. Cass. civ. II, 10 févr. 1988, *préc.*

² V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 173. C'est l'auteur qui souligne.

³ V. PÉTEL-TEYSSIE (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *art. préc.*, n° 22.

⁴ V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 329.

⁵ V. PÉTEL-TEYSSIE (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *art. préc.*, n° 55.

⁶ V. Cass. civ. I, 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 114. L'immunité s'apprécie au moment de l'assignation en justice et non à l'époque des faits ou actes litigieux : Cass. civ. I, 2 juin 2004, Bull. I, n° 158.

⁷ V. Cass. civ. I, 13 nov. 2014, n° 13-21018, J.-D. n° 2014-027228, *JCP E*, n° 3, 19 janv. 2015, p. 84 et s., 49, note DOUCHY-LOUDOT (M.).

leur rencontre¹. D'ailleurs sont régulièrement associés aux fins de non-recevoir des textes prévoyant une déchéance du contractant pour non-respect d'une formalité préalable à son action en justice, ce qui montre, soit dit en passant, la tendance des tribunaux à assimiler les notions de déchéance et de fin de non-recevoir, dont il conviendra d'expliquer plus précisément les relations².

Mais ce penchant du juge pour l'utilisation de la notion de fin de non-recevoir s'est particulièrement accentué sous l'influence du principe de l'« *estoppel* » issu du droit anglais afin de sanctionner la déloyauté, l'incohérence du plaideur.

527. L'utilisation de la fin de non-recevoir pour sanctionner l'incohérence comportementale en procédure. Le droit anglais à travers le principe de l'« *estoppel* »³, mais également le droit musulman qui connaît le « *tanakod* »⁴, font de l'absence de contradiction dans le comportement du demandeur une condition de recevabilité de l'action en justice. Ces systèmes relient explicitement ce moyen de défense que constitue la fin de non-recevoir à la caractérisation d'un comportement incohérent adopté par le plaideur.

Toutefois le principe de la sanction de la contradiction dépasse le cadre de ces droits stricts et a notamment trouvé matière à s'épanouir en droit international, tant privé que public⁵, au point de devenir un « *véritable principe général du droit du commerce international* »⁶. Et progressivement s'est également installée en droit interne français une tendance du juge à rejeter la demande d'une partie tendant à contester une situation qu'elle avait elle-même provoquée, sans se fonder sur les théories de la fraude, de l'adage « *nemo auditur ...* » ou encore de l'apparence, mais en utilisant la notion de fin de non-recevoir⁷. Ainsi ont pu être jugés irrecevables à agir en justice, une « mère » adoptive qui sollicitait la révocation de l'adoption du jeune homme qu'elle n'avait en fait adopté que pour échapper en

¹ V. Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-13133, J.-D. n° 2008-045589 ; n° 07-16056, J.-D. n° 2008-04590 et n° 07-16379, J.-D. n° 2008-045613 (V. CROZE (H.), « Convocation des dirigeants dans les instances tendant au prononcé d'une sanction à leur rencontre », *rev. proc.*, 1^{er} févr. 2009, n° 2, p. 23 et s. ; *Dr. soc.*, 1^{er} févr. 2009, n° 2, p. 36 et s., note LEGROS (J.-P.)) ; Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-21238 ; n° 07-17711 ; n° 07-20061 et 08-10911 ; Cass. com., 10 mars 2009, n° 07-20632, J.-D. n° 2009-047377, *Dr. soc.*, 1^{er} juill. 2009, n° 7, p. 29 et s., note LEGROS (J.-P.) ; *rev. proc.*, 1^{er} mai 2009, n° 5, p. 29, note ROLLAND (B.) : cette fin de non-recevoir ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. Mais l'exigence de convocation préalable des dirigeants par le greffier au moins un mois avant son audition a été supprimée par le D. du 12 févr. 2009, V. art. R. 651-1 C. com. qui renvoie à l'art. R. 631-4 C. com. ; *adde* SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le défaut de convocation du dirigeant était une fin de non-recevoir...il ne l'est plus ! », *Dr. et patr.*, 1^{er} sept. 2009, n° 184, p. 115.

² V. *infra*, n° 545 et s.

³ V. not. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse préc., n° 95 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 954 et s. ; GOUTTES (R. de), « Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la Cour de cassation », *LPA*, 13 mai 2009, n° 95, p. 7 et s.

⁴ V. not. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse préc., n° 35 ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 951 et s.

⁵ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., spéc., n° 967 et s.

⁶ V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, *op. cit.*, n° 331.

⁷ V. *Ibid* ; *adde* BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse préc., n° 416 et s.

tant que bailleur à la législation sur les baux ruraux¹, ou encore le cédant d'actions sociales qui, n'ayant pas notifié cette cession, invoquait l'absence d'agrément des cessionnaires². Mais c'est principalement à travers des décisions intervenant en matière d'arbitrage international que la Cour de cassation a fait expressément entrer ce principe de cohérence en droit français. En effet, la première chambre civile a véritablement marqué les esprits en jugeant qu'une partie est irrecevable, « *en vertu de la règle de l'estoppel* », après avoir formé une demande d'arbitrage et participé pendant neuf ans à la procédure, « *à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle* »³. Cette jurisprudence a perduré, tant en matière d'arbitrage international⁴, qu'en arbitrage interne⁵. À travers elle, apparaît en droit français l'idée d'une irrecevabilité du droit d'agir en justice fondée sur le concept général de loyauté : la mauvaise foi du plaideur peut justifier une fin de non-recevoir⁶.

Une telle tendance a été consacrée à demi-mot par la Cour de cassation en son assemblée plénière lors d'une décision rendue le 27 février 2009, en ce qu'elle a considéré que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* »⁷. En effet, par cette sentence « *certes négative mais*

¹ V. Cass. civ. I, 19 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 316.

² V. Cass. com., 27 mars 1990, D., 1991, p. 503, note BONNARD (J.).

³ V. Cass. civ. I, 6 juill. 2005, n° 01-15912, J.-D. n° 2005-029326 (tribunal franco-iranien), D., 2005, 2174 ; JCP G, 2005, I, 179, n° 6, obs. ORTSCHIEDT (J.) ; Rev. arb. 2005, 993, note PINSOLLE (Ph.) ; GP, 25 févr. 2005, note TRAIN (F.-X.) ; JDI, 2006, 608, note BÉHAR-TOUCHAIS (M.) ; D., 2006, 1424, note AGOSTINI (E.), Rev. crit. DIP, 2006, p. 602, obs. MUIR WATT (H.). Rapp. Paris 3 juin 2004, Rev. arb. 2004, 683, note CALLE (P.).

⁴ V. not. Cass. civ. I, 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 369 ; D., 2006, IR, 2052, obs. DELPECH (X.) ; Rép. proc. civ. sept. 2006, Cahiers de l'actualité, p. 22, obs. DELPECH (X.) ; CA Paris, 20 sept. 2007, J.-D. n° 2007-341741 ; JCP G, 2007, I, 216, obs. BEGUIN (J.) ; D., 2008, p. 180, obs. CLAY (T.) ; LPA, 25 mars 2008, p. 3, obs. CLAVEL (S.) [1re esp.] ; CA Paris, 8 nov. 2007, D., 2008, p. 180, obs. CLAY (T.) ; LPA, 25 mars 2008, p. 3, obs. CLAVEL (S.) ; CA Paris, 28 févr. 2008, J.-D. n° 2008-359055 ; D., 2008, p. 1325, note MEESE (R.) ; Cass. civ. I, 3 févr. 2010, n° 08-21288, Sté Merial c/ Sté Klocke Verpackung – Service GMBH, J.-D. n° 2010-051391, JCP E, 25 févr. 2010, n° 8, p. 21 et s., note ORTSCHIEDT (J.) ; D., 2010, 448, obs. DELPECH (X.) ; GP, 28 mai 2010, n° 148-149, p. 39 et s., note TRAIN (F.-X.) ; JCP G, 07 juin 2010, n° 23, p. 1176 et s., note HOUTCIEFF (D.)

⁵ V. CA Paris, 7 févr. 2008, J.-D. n° 2008-363366 ; Rev. arb. 2008, p. 501, note RACINE (J.-B.). D'ailleurs une consécration textuelle de ce principe est intervenue dans cette branche du droit par le biais de l'art. 1466 C. proc. civ. dans sa formulation résultant du D. n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, bien que cette disposition fasse davantage référence à la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité de procédure plutôt qu'à un principe de cohérence : « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* ».

⁶ V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, op. cit., n° 331. V. not. Cass. civ. II, 20 oct. 2005, n° 03-13932, JCP G, 2006, I, 133, n° 14, obs. CADIET (L.) : condamnation du comportement d'une partie qui, après avoir expressément sollicité que l'affaire soit jugée au vu des écritures postérieures à l'ordonnance de clôture et que celle-ci soit rapportée, critique la révocation de l'ordonnance de clôture ; adde Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-19076, Proc. 2008, comm. 18, obs. ROLLAND (B.).

⁷ V. Cass. ass. plén. 27 févr. 2009, préc. En l'espèce, le demandeur exigeait, dans deux procès différents mais dans le même temps, la livraison de récepteurs et la condamnation à des dommages-intérêts pour compenser le préjudice du fait du stock de récepteurs invendables. La cour d'appel avait jugé cette attitude comme étant contradictoire et avait déclaré la demande purement et simplement irrecevable « *en vertu du principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (règle de l'estoppel)* ». Ainsi, « *la question de*

générale »¹, la Cour de cassation refuse « une « réception » pure et simple de la notion anglo-américaine d'« estoppel » par le droit processuel français »², mais consacre « sa version francisée »³ : une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui. Cette solution peut être comprise comme venant dire « qu'une contradiction d'une partie au procès peut entraîner une fin de non-recevoir, mais pas toujours »⁴. Et notamment elle ne le peut pas lorsque les demandes ne sont pas les mêmes, ou qu'elles ne concernent pas le même contrat, ou les mêmes parties. En définitive, « il résulte de cette formulation qu'adjoint à des circonstances non réunies en l'espèce, une contradiction dans le comportement d'une partie pourrait créer une fin de non-recevoir à ses prétentions »⁵. Ce principe a été de nouveau affirmé par un arrêt de la chambre commerciale du 20 septembre 2011⁶, ou encore par un arrêt de la première chambre civile du 24 septembre 2014⁷, bien qu'il en soit fait une interprétation assez stricte menant à un rejet de sa caractérisation dans ces espèces⁸. Ainsi un auteur a justement remarqué que « l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est [...] plus souvent évoquée qu'appliquée »⁹.

principe posée [était de savoir si] une partie est-elle recevable à soutenir devant des juridictions distinctes des argumentations contradictoires dans deux procédures engagées concomitamment à propos d'un litige de même nature ? » (V. GOUTTES (R. de), « Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la Cour de cassation », *art. préc.*).

¹ V. CALLÉ (P.), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G*, 29 avr. 2009, n° 18, p. 28 et s.

² V. VINEY (G.), « Cohérence et responsabilité civile », *RDC*, 1^{er} juill. 2009, n° 2009/3, p. 1019 et s. ; *adde* HOUTCIEFF (D.), « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *D.*, 7 mai 2009, n° 18, p. 1245 et s. : « l'acculturation de l'estoppel serait périlleuse, ne serait-ce qu'en raison de sa pluralité. Il en existe plus d'une dizaine de variantes, sans compter les distinctions qu'emportent les différents systèmes juridiques de common law » ; BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse *préc.*, n° 423 et s.

³ V. *D.*, 2009, p. 723, obs. DELPECH (X.).

⁴ V. *Ibid* ; *adde* CALLÉ (P.), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *art. préc.*

⁵ V. CALLE (P.), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *art. préc.* ; *adde* HOUTCIEFF (D.), « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *art. préc.*

⁶ Cass. com., 20 sept. 2011, *préc.* ; *adde* MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du Droit », *D.*, 2012, p. 167 et s.

⁷ V. Cass. civ. I, 24 sept. 2014, n° 13-14534, J.-D. n° 2014-021768. V. BRUS (F.), « Application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui en procédure civile », *LPA*, 27 nov. 2014, n° 237, p. 20 et s. ; *adde* DUPONT (N.), « Brèves précisions sur les conditions de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *JCP E*, 27 nov. 2014, n° 48, p. 34 et s.

⁸ V. également, Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28262 : la Cour de cassation casse un arrêt d'appel ayant, sur le fondement de la règle de l'estoppel, déclaré irrecevable le moyen soulevé par une société contestant la qualification du contrat régissant ses relations avec la partie adverse après s'être fondée sur cette qualification dans un précédent moyen. Pour les juges du droit, en vertu des art. 72 et 563 C. proc. civ. les défenses au fond peuvent être invoquées en tout état de cause, et les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux en cause d'appel.

⁹ V. BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G*, 9 févr. 2015, n° 6, p. 235 et s. Pour un rejet explicite de l'application de l'estoppel par le Conseil d'Etat en matière de contentieux fiscal, V. CE, Avis, 1^{er} avr. 2010, *SAS Marsadis*, req. n° 334465 ; *adde* PERROTIN (F.), « Principe de l'estoppel : une fin de non-recevoir en matière de contentieux fiscal », *LPA*, 12 mai 2010, n° 94, p. 3 et s. Pour un refus de l'opposer au représentant du ministère public, dans l'intérêt de la loi et au nom de sa liberté de parole, V. CA Nîmes, ch. com. 2B, 8 mars 2012, n°s 11/0310, 11/04190 et 11/04452 ; CA Aix-en-Provence, 8 ch. A, 6 mars 2014, n°s 10/12732, 13/4416 et 13/22188, *Bull. Joly entr. en diff.*, 1^{er} juill. 2014, n° 4, p. 257 et s., note DELATTRE

Néanmoins, à la lecture de ces arrêts, des questions restent en suspens, et notamment il est possible de « *se demander quel sera le champ d'application [de ce principe] : sera-t-il limité à la matière processuelle ou sera-t-il exporté en matière contractuelle ?* »¹.

528. L'utilisation de la fin de non-recevoir pour sanctionner l'incohérence comportementale du contractant ? Il a pu être souligné en doctrine qu'il convient de distinguer entre différents types de contradiction en fonction du stade auquel elles se révèlent². Et notamment en ont été proposées trois catégories, à savoir les contradictions purement processuelles, « *qui impliquent une incohérence entre deux prétentions ou deux moyens présentés au juge* »³, les contradictions non processuelles, « *qui impliquent une incohérence entre deux comportements survenant avant la saisine du juge ou à l'insu de ce dernier* »⁴, et les contradictions semi-processuelles ou mixtes, « *qui impliquent une incohérence entre une prétention soumise au juge et un comportement antérieur incompatible* »⁵.

La plupart des décisions sus évoquées concernent des hypothèses de contradiction purement processuelles. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui semble ainsi reconnue dans le cadre spécifique du procès en droit positif français, et participe d'un autre principe émergent et plus général, à savoir le principe de loyauté procédurale⁶. Si cela ne relève pas directement de l'étude de la sanction du mauvais comportement du contractant, en revanche, les hypothèses de contradiction non processuelles et semi-processuelles concernent l'analyse des conséquences de la mauvaise foi du contractant.

Pour ce qui intéresse la contradiction non processuelle, l'incohérence comportementale du contractant peut révéler un manquement à son devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat. Cette question s'attache donc à l'analyse du fond du droit. En une telle

(C.). Pour des auteurs particulièrement hostiles à la réception de ce principe en droit français, V. not. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 75 ; CROZE (H.), *Procédure civile*, LexisNexis, 5^e éd. 2011, n° 437 ; DUPONT (N.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD Civ.*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 459 et s., spéc. n° 12 et s.

¹ MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du Droit », *art. préc.*

² V. not. DUPONT (N.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *art. préc.* ; *adde* MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du Droit », *art. préc.* ; BALDES (O.), « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Proc.*, n° 3, mars 2013, ét. 5.

³ V. DUPONT (N.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *art. préc.*, n° 1.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. not. BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel, thèse préc.*, n° 13 et 413 et s. ; *adde* CALLÉ (P.), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *art. préc.* ; *adde* RASKIN (E.), « L'estoppel ou l'accrétion d'une loyauté processuelle consacrée », *GP*, 20 janv. 2013, n° 20, p. 14 et s.

hypothèse, la mauvaise foi est appréciée par le juge, qui caractérisera ou non l'existence d'une faute contractuelle justifiant le prononcé de sanctions contractuelles traditionnelles¹.

En réalité, ce qui doit fondamentalement retenir l'attention est de savoir si le contractant qui soumet au juge une prétention entrant directement en contradiction avec un comportement antérieurement adopté lors de l'exécution du contrat peut se voir opposer une fin de non-recevoir. L'interrogation porte donc spécifiquement sur l'hypothèse de la contradiction mixte, qui tient à la fois du fond – par la prise en compte du comportement adopté en cours d'exécution du contrat – et de la procédure – en ce que c'est la possibilité même de la demande qui est appréciée, et non son bien-fondé.

Malheureusement, le flou de la jurisprudence quant à la sanction exactement retenue en une telle hypothèse a été remarqué et regretté en doctrine². Ainsi, par exemple, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2009³, tout en faisant référence au principe de cohérence, « *laisse penser que sa violation pourrait constituer une faute génératrice de responsabilité contractuelle* »⁴. En effet, les juges semblent sanctionner au fond, en s'appuyant sur l'article 1134, al. 3 du Code civil, le comportement de la compagnie d'assurance qui s'était d'abord prévalu de la nature décennale des désordres affectant une construction pour exiger le versement de primes majorées, et avait ensuite contesté devant les juges du fond la garantie correspondante pour lui substituer la garantie « défaut de performance », moins onéreuse pour elle.

L'opportunité de la fin de non-recevoir comme sanction de ce type de comportement a néanmoins pu être évoquée en doctrine, et notamment en raison de sa souplesse, en ce qu'elle admet « *une inhibition temporaire du droit du créancier* »⁵. Il a par exemple été remarqué que cette notion permettrait d'expliquer la jurisprudence relative à la paralysie des clauses résolutoires invoquées de manière incohérente⁶, par préférence à d'autres techniques telles que la fraude, la croyance légitime, ou encore l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »⁷, dont les domaines sont spécifiques et n'impliquent pas forcément une incohérence comportementale⁸.

¹ Pour une consécration implicite du principe de cohérence dans le comportement du contractant sur le fondement du devoir de bonne foi, V. not. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15783, *préc.*

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 971 et s.

³ V. Cass. civ. III, 28 janv. 2009, n° 07-20891.

⁴ V. VINEY (G.), « Cohérence et responsabilité civile », *art. préc.*

⁵ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 987 ; *adde* « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *art. préc.* ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse *préc.*, n° 414 : l'auteur démontre le potentiel de l'application de la fin de non-recevoir au cautionnement ; n° 417 et s. : il montre que dans certains cas cette sanction de la faute est préférable, quant à ses effets, au prononcé d'une responsabilité civile à la charge du créancier.

⁶ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 987 ; *adde infra*, n° 548.

⁷ V. LE TOURNEAU (Ph.), *La règle « nemo auditur »*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970.

⁸ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse *préc.*, n° 974 et s. : l'auteur avance que la fraude n'est pas un fondement convaincant car elle n'implique pas l'incohérence du comportement

Cependant, il reste alors à justifier du fondement d'une telle sanction prononcée par le juge.

529. La recherche d'un fondement à cette jurisprudence. Les développements qui précèdent ont tenté de mettre en avant le potentiel de la fin de non-recevoir comme sanction du comportement du contractant. En effet, en ce qu'il s'agit d'un moyen de défense tendant à constater la perte du droit d'action du demandeur de manière préalable à toute décision au fond, la fin de non-recevoir revêt une dimension répressive réelle et présente le double intérêt de favoriser la protection de la partie adverse tout en assurant un objectif de célérité de la justice. De plus, la souplesse de ses sources, et notamment la reconnaissance progressive par le juge d'un principe de cohérence comportementale sanctionné par une fin de non-recevoir, plaident pour la réception de ce mécanisme comme sanction du contractant qui introduirait une demande en justice incompatible avec son comportement exécutoire. Seulement il reste, pour convaincre de l'opportunité et de la possibilité technique d'un tel effet procédural, d'en démontrer le fondement légal. Or, précisément, un tel fondement peut être trouvé dans la notion d'intérêt légitime à agir. En effet, l'article 122 du Code de procédure civile vise expressément cette notion dans la liste qu'il dresse des fins de non-recevoir, et il se trouve qu'elle a une vertu explicative tout à fait pertinente de la démarche du juge qui refuse d'accueillir une prétention du contractant incompatible avec un comportement antérieurement adopté. L'illégitimité de l'intérêt à agir est ainsi proposée comme fondement de la fin de non-recevoir du contractant dont la prétention en justice serait assurément incohérente avec le comportement manifesté au stade de l'exécution du contrat.

§2- L'illégitimité de l'intérêt à agir comme fondement

530. Le lien entre l'illégitimité de l'intérêt à agir et l'incohérence du contractant. Le lien entre l'incohérence comportementale et l'illégitimité de l'intérêt à agir a pu être mis en évidence par l'avocat général de la Cour de cassation, M. DE GOUTTES, à l'occasion de l'arrêt d'assemblée plénière de 2009. Ce dernier suggérait que l'arrêt d'appel

et parallèlement l'incohérence n'implique pas la volonté d'échapper à une règle ; en ce qui concerne la théorie de l'apparence, l'auteur souligne que celle-ci implique une contradiction entre la réalité et l'apparence mais qu'il n'est pas question de sanctionner une contradiction dans l'attitude de l'auteur de l'apparence. De plus l'apparence a un rôle créateur de droits alors que le principe de cohérence prive le créancier de la possibilité de se prévaloir d'un droit. Enfin il rejette la référence à l'adage « *Nemo auditur* » car celui-ci trouve un domaine très spécial en ce qu'il est réduit à l'immoralité contractuelle et se contente de permettre la paralysie des restitutions. Mais sur le lien clairement établi entre cette règle et la fin de non-recevoir, V. not. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 283 et s., et spéc. n° 293 : « La règle « *nemo auditur* » est une fin de non-recevoir » ; adde WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 20 ; WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Mél. S. Guinchard*, D., 2010, p. 877 et s. ; BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. Saint-Pau, LGDJ, 2010, n° 340.

attaqué pouvait trouver une justification dans « *le défaut d'intérêt légitime au succès des prétentions de la société* »¹. En effet, dans ses conclusions, l'avocat général avançait que l'une des solutions envisageables pour l'assemblée plénière était de rejeter le pourvoi, l'arrêt ne devant pas encourir la censure dès lors que « *l'irrecevabilité des demandes de la société Sedea Électronique qui a été prononcée par la Cour d'appel était en elle-même justifiée par l'absence d'intérêt légitime au succès des prétentions du demandeur, au sens de l'article 31 du Code de procédure civile, et par son «défaut de droit d'agir», au sens de l'article 122 du même Code ; en se référant au principe suivant lequel une partie ne peut se contredire dans ses moyens ou ses prétentions, la Cour d'appel n'a fait qu'appliquer un principe plus généralement admis : celui de la cohérence, de la bonne foi procédurale et de la loyauté des débats que le juge est tenu de faire respecter* »². Il appert clairement, au regard des articles 31 et 122 du Code de procédure civile, que la notion d'intérêt légitime à agir a une capacité explicative de la mise en œuvre d'une telle sanction en ce qu'elle fait le lien entre l'incohérence et le prononcé d'une fin de non-recevoir³.

Néanmoins, cette idée se heurte à une double difficulté. Tout d'abord, il est à noter que la notion d'intérêt légitime à agir, tout comme celle de fin de non-recevoir, est extrêmement controversée et critiquée en doctrine. Il convient donc de revenir sur son étude afin d'en proposer un sens qui puisse convaincre de son utilité en procédure civile (A). Précisément, il sera vu que l'examen de la légitimité de l'intérêt à agir ne porte pas sur le bien-fondé de la prétention du demandeur, à savoir sur l'existence du droit substantiel, mais sur le fond d'un « *antécédent* » à ce droit⁴. Ainsi, et ensuite, une fois la notion cernée en tant que mécanisme de blocage d'une demande en justice incompatible avec une attitude antérieurement adoptée, restera alors à déterminer exactement les causes efficientes de l'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant, c'est-à-dire les antécédents de l'action justifiant le refus d'y donner droit (B).

A- La notion d'intérêt légitime à agir

531. Le lien étroit existant entre l'action en justice et l'intérêt à agir. L'action qui est « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* »⁵ est, selon l'article 31 du Code de procédure civile, « *ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* ».

¹ V. DE GOUTTES (R.), « Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la Cour de cassation », *art. préc.*

² V. *Ibid.*

³ V. VINEY (G.), « Cohérence et responsabilité civile » *art. préc.* : « *la contradiction entre plusieurs demandes peut révéler « le défaut d'intérêt légitime au succès de la prétention ». Or le « défaut d'intérêt » figure dans la liste de l'article 122.* ».

⁴ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, spéc. n° 2 et 8 ; adde BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 421 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, thèse préc.*, n° 411.

⁵ V. art. 30 C. proc. civ.

Cette disposition montre le lien étroit qui existe entre l'action et la caractérisation d'un intérêt pour agir. En effet, la condition de l'intérêt pour agir traduit la nécessité de l'existence d'une fin recherchée par le demandeur à l'action. Elle exprime le fait qu'il doit forcément avoir une prétention à faire valoir, qu'il désire nécessairement atteindre un certain but¹. L'intérêt à agir est précisément défini comme « *le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur* »². Sa caractérisation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³. Il doit être personnel, né et actuel⁴, direct et certain⁵ et légitime. Cette dernière condition est visée depuis longtemps parmi les fins de non-recevoir⁶. Or, il s'agit d'une exigence « *malmenée par la jurisprudence et critiquée par la doctrine processualiste* »⁷ (1). Pourtant, elle présente un potentiel certain comme fondement du prononcé d'une fin de non-recevoir en cas d'incohérence comportementale. Cela pourra être mis en avant à l'occasion de l'exposé du sens proposé à la compréhension de la notion d'intérêt légitime (2).

1. Les critiques portant sur la notion d'intérêt légitime

532. La critique du risque de confusion entre droit d'agir et droit substantiel.

La première et principale critique portée en doctrine à l'encontre du critère de la légitimité de l'intérêt à agir est que cette exigence opèrerait une confusion entre le droit d'agir et le droit substantiel, et donc entre la phase d'appréciation de la recevabilité de l'action et celle de l'examen au fond de la prétention.

Il a en effet pu être vu en cette condition « *une séquelle de la confusion classique du droit et de l'action héritée d'une époque où, à la suite de Ihering, le droit était défini comme un intérêt légitime juridiquement protégé* »⁸. Selon un avis largement partagé « *l'équivoque*

¹ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 362 et s. En effet, « *Pas d'intérêt, pas d'action* » ; « *L'intérêt est la mesure de l'action* ». Ce sont de vieux adages, qui ne sont formulés dans aucun texte, V. MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *Chron. D.*, 1954, p. 39 et s.

² V. *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Intérêt ; *adde* OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 303 ; CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile, op. cit.*, n° 78, p. 338 ; BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, LGDJ, 1997, n° 25 et s. ; BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 86.

³ V. not. Cass. civ. I, 4 nov. 1980, Bull. civ. I, n° 279 ; Cass. civ. II, 11 déc. 1985, Bull. civ. II, n° 193 ; *adde* BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 286 : « *le droit d'action passe nécessairement par le prisme de l'appréciation du juge* ». Pour la mise en évidence du lien entre cette exigence et des impératifs pratiques, notamment celui de célérité de la Justice, V. not. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 3 ; *adde* BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, thèse préc.*, n° 26.

⁴ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 149.

⁵ V. *Ibid.*, n° 150.

⁶ Sur le caractère ancien de cette fin de non-recevoir, V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 144.

⁷ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

⁸ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 362 ; *adde* HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 68 : cette condition serait « *une erreur de perspective* » ; GUINCHARD

de la formule vient de ce que pour porter une appréciation sur la légitimité de l'intérêt à agir il faut sans doute déjà lorgner sur les mérites de la prétention elle-même. Or, par un tel contrôle, on assiste à un glissement du plan de la recevabilité de l'action vers le terrain du bien-fondé de la demande »¹. Et notamment la confusion entre l'appréciation de l'intérêt du plaideur et son préjudice est vite venue : « le juge rejettera l'action soit pour défaut d'intérêt à agir, soit pour absence de préjudice réparable ; il peut utiliser indifféremment ces deux armes »². Un tel glissement est particulièrement net dans l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir³.

Cette critique portée au critère de la légitimité rejoint finalement celle qui est faite à l'égard de la notion de fin de non-recevoir⁴ : il est clairement craint une dérive dans le raisonnement du juge entre une appréciation préliminaire, processuelle, de la recevabilité de la demande, et le jugement porté quant à son bien-fondé. Il faut dire que la difficulté de distinguer le droit et l'action est souvent bien réelle en jurisprudence⁵. Ainsi, les rédacteurs du Code eux-mêmes regrettent la référence à la notion de légitimité, estimant que ce critère s'applique plutôt à la prétention qu'à l'intérêt⁶. Et certains auteurs prônent purement et simplement la suppression de cette condition⁷.

Au-delà de cette première critique s'en est ajoutée une seconde selon laquelle ce critère serait de nature, par sa dimension moralisatrice, à permettre au magistrat de porter un jugement de valeur sur le recours en justice.

533. La critique du risque d'un jugement de valeur porté sur le recours en justice. La deuxième critique portée à la légitimité de l'intérêt à agir tient « aux rapports qu'elle entretient avec la notion de moralité »⁸. En effet, il est généralement reproché à cette exigence de permettre « au juge de porter un jugement de valeur sur le recours fait à la

(S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 137.

¹ V. LEFORT (Ch.), *Procédure civile*, Cours D., 5^e éd., 2014, n° 78 ; *adde* CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 363 ; BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 62 et s., spéc. n° 63.

² V. BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, thèse préc.*, n° 26 ; *adde* MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *art. préc.* Pour un même constat en droit anglais, V. OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 96.

³ V. not. Cass. civ. II, 19 févr. 1992, *JCP G*, 1993, II, 22170, note CASILE-HUGHES (C.). Cet arrêt vise à la fois les art. 31 du C. proc. civ. et 1384, al. 1 du C. civ.

⁴ V. *supra*, n° 513 et s.

⁵ V. not. Cass. civ. III, 27 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 19 ; 29 sept. 2004, *RTD Civ.*, 2004, 774, obs. PERROT (R.) ; Cass. civ. II, 6 mai 2004, Bull. civ. II, n° 205 ; 13 janv. 2005, Bull. II, n° 3 ; Cass. soc., 11 juill. 2000, Bull. V, n° 275 ; *JCP E*, 2001, 379, note PUIGELIER (C.) ; 9 avr. 2002, Bull. V, n° 124 ; 15 janv. 2003, *D.*, 2003, somm. p. 1655, obs. GENIAUT (B.) ; Cass. civ. I, 2 nov. 2005, Bull. I, n° 394.

⁶ V. CORNU (G.), et FOYER (J.), *Procédure civile, op. cit.*, n° 78, p. 339.

⁷ V. HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 68.

⁸ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

justice »¹. Il est vrai qu'il s'agit d'une notion souple qui donne un grand pouvoir aux juges². Et le risque de dérive lié à une appréciation de la recevabilité de l'action basée sur les repères moraux d'une certaine époque s'est particulièrement fait sentir concernant la jurisprudence refusant d'indemniser la concubine en cas de décès de son compagnon³. La doctrine a fortement critiqué cette jurisprudence et l'utilisation alors faite du critère de légitimité⁴, qui permettait aux juges « *de déclarer irrecevables des actions contraires aux bonnes mœurs de l'époque [...] parce que le comportement du demandeur était considéré comme moralement condamnable quand bien même il n'était pas réprimé par la loi* »⁵. Cela a conduit la jurisprudence à abandonner cette solution par le célèbre arrêt « Dangereux » rendu en chambre mixte le 27 février 1970⁶. Et il semble qu'en raison de ce repli, « *la jurisprudence ait pris quelques distances avec la nécessité d'un intérêt légitime à agir* »⁷. Elle n'a, par exemple, pas reporté son ancien raisonnement sur le préjudice de la concubine dans l'hypothèse d'un concubinage homosexuel⁸.

Néanmoins, et malgré ces importantes critiques, le critère de l'intérêt légitime n'a pas disparu du droit positif français⁹.

¹ V. *Ibid.*

² V. MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *art. préc.* ; *adde* OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 259 : cette exigence « traduit le pouvoir dont jouissent les juges pour refuser ou accorder la protection judiciaire à certains intérêts » ; *adde* n° 282.

³ En droit public, V. CE, 11 mai 1928, *DP*, 1929, 3, 6 et concl. ANDRIEUX (A.) ; *S.*, 1928, 3, 97, concl. ANDRIEUX (A.) et HAURIOU (M.) ; En droit privé, V. not. Cass. civ., 27 juill. 1937, *D.*, 1938, I, 5, note SAVATIER (R.) ; *S.*, 1938, I, 321, note MARTY (G.) ; *GP*, 1937, 2, 376 (arrêt de principe) ; MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *art. préc.* ; Cass. civ., 20 avr. et 23 mai 1939, *GP*, 1939, 2, 268 ; Cass. civ., 22 févr. 1944, *préc.* ; Cass. civ. II, 13 déc. 1961, n° 60-10855, *Bull. civ. II*, n° 861, p. 607 ; Cass. civ., 10 janv. 1963, *D.*, 1963, 404 ; Cass. civ. II, 4 mars 1964, n° 62-10357, *Bull. civ. II*, n° 201, p. 149 ; Cass. civ. II, 7 avr. 1967, *JCP G*, 1968, II, 15510, note DUPICHOT (J.) ; *Contra*, V. Cass. crim., 24 févr. 1959, *JCP G*, 1959, II, 11095, note PIERRON (J.) ; *adde* OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, thèse préc.*, n° 296, spéc. n° 300 et s.

⁴ V. MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *art. préc.* Sur l'explication de la jurisprudence sur la concubine, V. not. WICKER (G.) « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 12 et s. : « la question n'était pas de savoir si le préjudice invoqué existait réellement, mais si la situation de concubinage, spécialement de concubinage adultère, méritait une protection judiciaire » ; *adde* BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 421.

⁵ V. CROZE (H.), *Procédure civile, op. cit.*, n° 271.

⁶ V. Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10276, *Bull. mixte*, n° 1, p. 1 ; *D.*, 1970, jur. 201, note COMBALDIEU (R.) ; *adde* VIDAL (J.), « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970 : le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP G*, 1971, I, 2390, n° 16 à 18.

⁷ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 363. V. par ex. Cass. civ. II, 19 févr. 1992, *préc.*

⁸ V. TGI de Belfort, 25 juill. 1995, *JCP G*, 1996, II, 22724, note PAULIN (C.).

⁹ V. LEFORT (Ch.), *Procédure civile, op. cit.*, n° 78 : « Bien que les rédacteurs du (nouveau) Code de procédure n'aient pas ignoré cette difficulté, ils ont continué d'exiger du plaideur qu'il justifie d'un intérêt non plus juridique mais légitime ». De plus, c'est une exigence qui « n'est pas réservée au seul procès civil ; elle existe dans la plupart des contentieux » ; par exemple, « elle existe ainsi dans le recours pour excès de pouvoir » (V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 364).

534. La persistance de l'application du critère de légitimité. Il est vrai que « *si la condition d'intérêt légitime est souvent mal comprise, elle n'est pas obsolète* »¹. Elle est bel et bien prévue par le droit positif, et se voit toujours appliquée². Il n'est donc pas concevable de s'en passer³. Or, le choix du législateur de restaurer cette condition paraîtrait tout à fait incohérent s'il était interprété comme en consacrant le sens expressément condamné peu de temps avant par les juges dans l'arrêt Dangereux⁴. Il convient alors de comprendre ce qu'il a bien pu vouloir envisager à travers l'exigence d'un intérêt « légitime »⁵. Il s'avère nécessaire d'en révéler un sens « *qui permette d'éviter les errements passés* »⁶, et qui soit de nature à convaincre de sa véritable utilité en procédure civile⁷.

2. Le sens proposé à la compréhension de l'intérêt illégitime

535. L'intérêt illégitime compris comme un intérêt indigne ou blâmable. Sur la base de l'observation selon laquelle il s'agirait d'éviter les dérives du passé relatives à l'application du critère de légitimité, plusieurs propositions ont pu être émises quant au sens à allouer à ce terme. Ainsi, il a été suggéré d'assimiler l'exigence d'un intérêt légitime à la nécessité d'un intérêt sérieux⁸. Cependant des auteurs se sont justement interrogés sur le fait de savoir s'il y a « *encore intérêt à agir si celui-ci n'est pas sérieux ?* »⁹. Il a aussi été proposé d'y voir un renvoi à la condition de la légalité de l'intérêt¹⁰ et plus spécialement à celle de son caractère personnel¹¹. Mais associer de tels sens à la notion de légitimité paraît redondant au regard des autres conditions et fait disparaître toute utilité quant à l'emploi de ce critère.

¹ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 421.

² Pour l'application de cette condition comme validité de la clause de non-concurrence : V. Cass. soc., 14 mai 1992, *préc.* ; *adde* WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 2.

³ En ce sens, V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

⁴ V. WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », *art. préc.*

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 364.

⁷ V. WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », *art. préc.* ; *adde* LEFORT (Ch.), *Procédure civile, op. cit.*, n° 79 ; BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

⁸ Comp. art. 812-1-1, 812-4 et 900-1 du C. civ. Cette synonymie laisse à penser qu'est sérieux un intérêt qui n'est ni fantaisiste ni illusoire. V. par ex. Cass. civ. III, 23 janv. 2007, n° 05-18523 (pour une demande de restitution d'un chèque).

⁹ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 364 ; *adde* CARBONNIER (J.), « De minimis non curat praetor », in *Mél. J. Vincent*, D., 1981, p. 29 et s.

¹⁰ V. not. Cass. civ. I, 18 sept. 2008, n° 06-14637. Sur la référence à l'absence d'intérêt légitime pour refuser l'action exercée au nom de l'enfant né avec un handicap non décelé au cours de la grossesse, V. CC, 11 juin 2010, QPC, D., 2010, 1557, obs. GALLEMEISTER (I.) et 2086, obs. SAINTE ROSE (J.) et PEDROT (Ph.). Serait ainsi illégitime un intérêt à agir contraire à l'ordre public. Par ex., sur l'intérêt à agir du parquet en nullité de transcription d'actes, V. Cass. civ. I, 17 déc. 2008, n° 07-20468, D., 2009, AJ, p. 166, obs. EGEA (V.).

¹¹ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 364 : « *l'emploi du qualificatif « légitime » aurait pour objet de rappeler que l'intérêt requis doit présenter certains caractères (né et actuel, personnel et direct) à défaut desquels la demande serait irrecevable. L'actualité étant moins une qualité de l'intérêt que la marque de son existence, l'exigence d'un intérêt légitime reviendrait donc en réalité à la nécessité d'un intérêt personnel* ».

Pourtant, « *il n'est pas concevable de se satisfaire d'un intérêt quelconque* »¹. Des auteurs ont donc plaidé pour assimiler le qualificatif « légitime » à la recherche d'un intérêt non remis en cause par un comportement immoral ou inopportun du plaideur². Ainsi compris, le critère de légitimité présente une véritable portée quant à la limitation de la revendication d'un droit en fonction du comportement préalablement adopté par celui qui prétend pouvoir en bénéficier³. D'ailleurs, cette analyse correspond davantage à la façon dont la jurisprudence utilise ce critère. En effet, celle-ci « *exploite toujours cette condition pour écarter les demandes fondées sur un intérêt indigne ou blâmable* »⁴. Par exemple, la notion a été utilisée à l'appui du rejet d'une action en demande de réparation d'un préjudice formée par un employeur du fait de l'absence de l'une de ses employées en raison d'un accident, parce que celui-ci ne l'avait pas fait figurer sur la liste du personnel de la société, ne lui avait pas fait bénéficier d'une fiche de paye, et ne l'avait pas déclarée à l'URSSAF⁵.

Au demeurant, une telle approche ne doit pas être considérée comme venant porter un jugement de valeur sur le droit substantiel du demandeur, car « *ce n'est pas le droit d'agir qui est immoral ou inopportun mais l'avantage recherché, autrement dit, l'intérêt conditionnant l'existence de ce droit* »⁶. Et le caractère immoral ou inopportun de l'intérêt poursuivi transparaît particulièrement à travers la prise en compte des faits du demandeur, antérieurs à l'action.

536. Une appréciation passant par la prise en compte des antécédents de l'action. M. WICKER a eu l'occasion de démontrer le potentiel de la notion d'intérêt légitime à agir comme fondement de la sanction par le juge d'un « *comportement antérieur au procès et moralement blâmable* »⁷.

Pour convaincre de la portée de cette notion, l'auteur commence par évoquer la confusion généralement faite en doctrine entre fond du droit et bien-fondé de la prétention⁸. En effet, selon M. WICKER, il convient de distinguer le bien-fondé de la prétention, dont le débat se limite à la discussion des éléments qui fondent selon la règle légale le droit substantiel, et le fond du droit, terrain bien plus vaste auquel renvoie la question de l'appréciation de la légitimité, car celle-ci relève des antécédents du droit, c'est-à-dire des

¹ V. WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », *art. préc.*

² V. *Ibid* : « *En dehors de son explication par référence au caractère personnel de l'action, l'exigence d'un intérêt légitime pourrait [...] bien être justifiée par la nécessité de vérifier que l'avantage poursuivi par l'action n'est pas immoral ou inopportun* ».

³ V. MAZEAUD (H.), « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *art. préc.* : l'auteur montre le lien existant entre la condition de l'intérêt légitime et la théorie de l'abus de droit, en ce qu'elles permettent de poser des limites dans l'exercice du droit.

⁴ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

⁵ V. Cass. civ. II, 27 mai 1999, Bull. civ. II, n° 105.

⁶ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 340.

⁷ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 6.

⁸ V. *Ibid*, n° 8.

circonstances qui ont permis l'existence et la réunion des éléments invoqués au soutien de la prétention¹. Concernant l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir, la question qui se pose au juge est de savoir si « *étant même supposé que sont réunies les conditions posées par la loi pour reconnaître l'existence du droit substantiel allégué, et donc le bien-fondé de la demande, [il y a] parmi les antécédents de ces conditions un élément dont l'illicéité ou l'immoralité interdit de donner une sanction judiciaire au droit allégué ?* »². La légitimité de l'intérêt à agir ne saurait donc encourir le grief de permettre au juge d'anticiper sur l'appréciation du bien-fondé de la demande : ces éléments ne font pas partie du même examen.

Une fois cela exposé, M. WICKER met en avant l'idée selon laquelle ce critère permet de reconnaître juridiquement que l'accès à la contrainte judiciaire n'est « *pas inconditionnel mais subordonné à la légitimité de la situation ou du droit allégué* »³. Il fait alors le lien entre cette nécessité et la cohérence de l'ordre juridique. En effet, celle-ci « *serait atteinte si celui qui a constitué une situation en violation de règles impératives pouvait ensuite demander au juge d'en déduire des effets de droit. Pour la même raison, nul ne devrait avoir à accepter un débat judiciaire engagé à la demande de celui qui, par sa faute ou son indignité, est à l'origine de la situation litigieuse* »⁴. L'auteur souligne le fait que cette idée rappelle le mécanisme anglais de l'« *estoppel* »⁵. En effet, le fondement de l'intérêt légitime à agir, tout en évitant un phénomène d'acculturation, révèle l'existence réelle en droit français, d'une « *exigence minimale de cohérence qui veut que ne peut bénéficier de la protection d'un ordre juridique celui qui en viole les valeurs fondamentales* »⁶. En définitive, « *le contrôle de légitimité apparaît comme le moyen, au service de la cohérence de l'ordre juridique, de s'assurer que l'origine du mal ne s'oppose pas à ce qu'il soit fait appel à la contrainte sociale pour y porter remède* »⁷. Ce critère apparaît tout à fait justifié pour expliquer le prononcé d'une fin de non-recevoir par le juge à l'encontre du contractant dont la demande est manifestement incompatible avec l'attitude qu'il avait lui-même antérieurement adoptée. Il est alors possible de s'étonner, à l'instar de MM. WICKER et SÉJEAN que des auteurs « *répudient l'exigence de légitimité de l'intérêt à agir pour, dans le même temps, développer l'idée qu'une fin de non-recevoir pourrait venir sanctionner la déloyauté de l'une des parties*

¹ V. *Ibid.*

² V. *Ibid.*

³ V. *Ibid.*, n° 5.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*, n° 6.

⁶ V. *Ibid.*, n° 16.

⁷ V. *Ibid.*, n° 10 ; adde BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 421 ; SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier, thèse préc.*, n° 410 et s.

au litige »¹. En réalité, l'une et l'autre s'accompagnent, car la première a une vertu justificative de la seconde.

537. Le contrôle de légitimité comme moyen au service de la sanction de l'incohérence du contractant. Il est vrai que la jurisprudence actuelle est empreinte de contradictions et d'incertitudes quant au fondement de ses décisions et ne se réfère que très rarement de manière explicite sur la notion d'intérêt légitime². Néanmoins, cette dernière peut être proposée comme critère justificatif des fins de non-recevoir qui ont pour but de sanctionner l'incohérence du contractant sur le terrain procédural. Reste alors à envisager les causes efficientes de cette illégitimité de l'intérêt à agir du contractant, de nature à permettre au juge de prononcer une fin de non-recevoir à son encontre. Cela revient, concrètement, à proposer des exemples d'application de cette sanction, et donc des illustrations d'antécédents rendant la demande en justice du contractant illégitime.

B- Les causes de l'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant

538. Le comportement contradictoire du contractant cause d'illégitimité de son intérêt à agir en justice. Si, à l'image de ce qu'admet M. WICKER, il est reconnu que « *la question de la légitimité renvoie [...] à un antécédent du droit substantiel, par rapport auquel il constitue un élément adventice au regard des conditions posées par la règle de droit pour la reconnaissance et la protection du droit allégué* »³, l'office du juge consiste alors, lorsqu'il apprécie la légitimité de l'intérêt à agir, à opérer un examen au fond des antécédents de la demande⁴. Or précisément, il peut être démontré, dans le cadre d'une étude centrée sur l'analyse des devoirs et des incombances contractuels, que la caractérisation par le juge du manquement à l'une ou l'autre de ces exigences est de nature à justifier qu'il prononce une irrecevabilité à agir à l'encontre du contractant. La fin de non-recevoir s'avère, en effet, être une solution tout à fait adaptée dans l'hypothèse où un contractant soutient une prétention qui

¹ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », n° 6 ; *adde* SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 410. Ces auteurs font référence à VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 27^e éd., D., 2003, comp. n° 67 et 103-104 avec n° 145-3 ; et GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, op. cit., comp. n° 136 avec n° 331.

² V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 10. Pour un constat similaire, selon lequel la fin de non-recevoir n'est pas explicitement utilisée par la jurisprudence actuelle, qui a plutôt tendance à se placer sur le terrain du bien-fondé de la demande que sur le terrain procédural : ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., n° 22.

³ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 8.

⁴ V. *Ibid*, n° 9 ; *adde* SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 411.

entre en contradiction avec une situation causée par son propre comportement, fautif ou non¹. En cela, devoir contractuel de bonne foi (1) et incombance contractuelle (2) trouvent, sur le plan procédural, un effet commun.

1. Le manquement au devoir contractuel de bonne foi

539. L'influence des systèmes étrangers. La fin de non-recevoir est d'ores et déjà expressément considérée comme une sanction possible de la mauvaise foi du contractant dans des systèmes de droit étrangers. Ainsi en va-t-il par exemple, en droit québécois, dont le système de droit privé civiliste est fortement influencé par la *common law*. À travers la fin de non-recevoir prononcée à l'encontre du contractant de mauvaise foi, la jurisprudence québécoise a clairement montré le lien qui existe entre cet effet et le principe de l'« *estoppel* » anglo-saxon, tout en évitant un phénomène d'acculturation². Et surtout cela montre l'adéquation et le potentiel d'une telle mesure en droit français. La doctrine n'y est d'ailleurs pas insensible, ce qui se traduit notamment, sur le plan du droit prospectif, par une consécration expresse de cette solution par l'article 1:103 du projet de cadre commun de référence qui prévoit que la mauvaise foi « *peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé* ». Toutefois, l'idée de rendre inefficace l'invocation du droit par le contractant ayant manqué à la bonne foi est seulement émergente en droit français.

540. L'émergence du refus d'une demande en justice en raison de la mauvaise foi du contractant en droit français. S'appuyant sur l'observation de décisions paraissant mettre en œuvre cette démarche, des auteurs plaident de plus en plus pour la réception d'une sanction procédurale de la mauvaise foi du contractant, lorsque ce dernier se prévaut d'un droit ayant pour origine un tel manquement³. Le lien entre cette idée et le prononcé d'une fin de non-recevoir est clairement opéré par certains. Ainsi M. ATIAS a-t-il pu considérer qu'« *il pourrait être admis que la demande du créancier se heurte, dans certains cas, à une exception de mauvaise foi ou d'indignité ; elle s'apparente à une fin de non-recevoir (art. 122 NCPC). Le demandeur n'a pas la qualité requise pour agir en justice* »⁴. Il n'est pas anodin

¹ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 22.

² V. LLUELLES (D.), « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », *Revue du barreau canadien*, 2004, vol. 82, p. 181 et s.

³ V. not. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 982 et s. ; adde SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 400 et s. ; WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 22 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, spéc. n° 18 et 22.

⁴ V. ATIAS (C.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 3^e éd., 2006, n° 169.

d'observer que l'auteur fait aussi référence à la qualité pour agir du demandeur, condition qui, dans le cadre des actions banales – c'est-à-dire celles intentées par celui qui agit à titre personnel –, se confond purement et simplement avec la condition de l'intérêt à agir de l'article 31 du Code de procédure civile¹. L'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant qui a manqué à la bonne foi est donc implicitement pressentie par cet auteur comme fondement de la fin de non-recevoir pouvant lui être opposée.

De plus, outre le fait qu'elle dispose d'un fondement technique solide en droit positif français, la fin de non-recevoir comme sanction de la mauvaise foi contractuelle présente le double avantage de protéger le cocontractant « *qui ne doit pas avoir à subir les conséquences d'une faute qui, non seulement lui est étrangère mais, surtout, est venue tromper son attente légitime* »², et de répondre aux impératifs de célérité, d'efficacité, et d'économie pour la Justice³.

Il n'est donc pas surprenant que des auteurs proposent des exemples concrets dans lesquels cette idée pourrait trouver à s'appliquer en droit français. Ainsi M. PIETTE a-t-il suggéré que le contractant qui se trouve à l'origine du déséquilibre dans les prestations contractuelles soit dans l'impossibilité d'invoquer la correction du contrat⁴. De même, M. SÉJEAN a souligné l'intérêt de prononcer une irrecevabilité du créancier à agir en paiement contre la caution lorsque celui-ci « *précipite le débiteur principal à sa perte, réalisant le risque d'insolvabilité dont il s'était pourtant protégé par un cautionnement* »⁵.

D'ailleurs, bien que cette idée ne soit qu'émergente en droit français, des exemples de son application en droit positif, tant en dehors du cadre contractuel, que dans ce domaine spécifique, peuvent être mis en évidence.

541. Exemples en dehors du cadre contractuel. La jurisprudence française montre des signes tendant au prononcé d'une irrecevabilité du demandeur dont la prétention est illégitime du fait de la mauvaise foi dont il a fait preuve antérieurement à l'action en justice. Cela peut être remarqué tant dans le contentieux de droit privé que dans le contentieux de droit public.

Concernant le droit privé, la Cour de cassation a par exemple décidé que le bénéficiaire d'un chèque qui l'avait accepté en connaissant l'insuffisance de la provision, n'était pas recevable à se constituer partie civile devant la juridiction pénale en vue d'obtenir réparation du préjudice qu'il pouvait avoir subi, les infractions à la loi pénale qui résultaient

¹ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 368.

² V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », art. préc., n° 22 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », art. préc., n° 23.

³ V. *Ibid.*

⁴ V. PIETTE (G.), *La correction du contrat*, thèse préc., n° 864 et s.

⁵ V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 402, et 414 et s.

d'un concert frauduleux entre lui et l'émetteur s'opposant à cette recevabilité¹. Par ailleurs, dans le cadre de la procédure, il n'est pas rare que les juges du droit reconnaissent l'irrecevabilité d'une production de pièces qui violerait délibérément les exigences de la confidentialité².

Cette idée est également présente dans le contentieux de droit public. Le juge administratif a déjà su faire preuve d'un intérêt pour un raisonnement en termes de fin de non-recevoir pour cause de mauvaise foi. En effet un arrêt du Conseil d'État a par exemple pu juger irrecevable un recours formé par une personne se trouvant directement à l'origine de la situation irrégulière contestée³.

Dans ces différentes hypothèses, la fin de non-recevoir intervient toujours comme sanction d'une contradiction au détriment d'autrui. Cette contradiction résulte de la revendication, par le demandeur, d'une situation en sa faveur qui a été provoquée par sa propre faute. L'incohérence et l'illégitimité de la demande découlent d'un comportement antérieur blâmable de son auteur, ce qui justifie une telle réaction de la part du juge. Or, cette démarche jurisprudentielle est également adoptée dans le cadre du contentieux contractuel.

542. Exemples dans le cadre contractuel. Dans son étude relative à la légitimité de l'intérêt à agir, M. WICKER a mis en évidence des manifestations, en droit positif, d'irrecevabilités prononcées à l'encontre de contractants ayant commis une faute au cours de la formation ou de l'exécution du contrat, directement en lien avec la prétention revendiquée⁴.

Concernant la faute précontractuelle, l'auteur y voit notamment l'explication du régime de l'erreur inexcusable, car le juge refuse alors d'accorder une protection au contractant qui aurait pu prévenir son erreur en prenant les dispositions nécessaires⁵. Il propose encore l'exemple de l'irrecevabilité du débiteur en matière de surendettement⁶, dont la bonne foi, clairement exigée par les textes⁷, a été reconnue comme étant une condition de la demande d'ouverture de cette procédure par la jurisprudence⁸. En effet, celle-ci a vu en la mauvaise foi du débiteur une fin de non-recevoir, une irrecevabilité à agir, car son comportement fautif (par exemple le fait d'avoir fait de fausses déclarations, ou remis des

¹ V. Cass. crim., 28 juin 1982, Bull. crim., n° 175.

² V. not. Cass. civ. III, 10 juill. 1971, Bull. civ. III, n° 549 ; Cass. com., 10 juill. 1974, Bull. civ. IV, n° 227 ; *adde* BOILLOT (C.), *La transaction et le juge, thèse préc.*, n° 272 et s., spéc. n° 273 : « Cette solution renvoie à l'exigence de loyauté des éléments de preuve, posée en matière judiciaire ». Les art. 9, 10, 142 et 143 C. proc. civ. seraient des expressions indirectes de l'exigence de loyauté en procédure civile, V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 557.

³ V. CE, 22 sept. 1993, *Université de Nancy, RD pub.* 1994, p. 1888.

⁴ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 23 et s.

⁵ V. *Ibid.*, n° 24.

⁶ V. *Ibid.*, n° 25 ; *adde* FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 718 et s.

⁷ V. art. L. 333-2 et R. 335-1 C. conso.

⁸ V. not. CA Paris, 8^e ch. B., 11 avr. 1991, *JCP G*, 1991, IV, 361 ; 20 sept. 1991, *D.*, 1991, IR, p. 238 ; Cass. civ. I, 31 mars 1992, *préc.* ; 28 avr. 1998, n° 96-04068, Bull. civ. n° 157 ; Cass. civ. II, 20 janv. 2005, n° 03-20193 ; 14 févr. 2006, n° 05-04051.

documents inexacts) implique qu'il ne mérite pas « *qu'il soit porté remède à sa situation, au détriment de ses créanciers, en bénéficiant de la procédure de surendettement* »¹.

De nombreux exemples montrent également la tendance, en droit positif, de la jurisprudence à sanctionner le contractant qui manque à son devoir de bonne foi au cours de l'exécution du contrat, par l'interdiction de se prévaloir d'un avantage dont l'autre partie aurait légitimement pu croire qu'elle serait libérée, compte tenu du comportement adopté par son partenaire. Cela est particulièrement notable concernant la mise en œuvre des différents remèdes contractuels, qui se trouvent à la disposition du créancier en cas d'inexécution. Ainsi, par exemple, il est constant que les juges refusent au bénéficiaire d'une clause pénale, ou d'une clause de responsabilité, ayant commis un dol ou une faute lourde à tout moment au cours de l'exécution du contrat², d'invoquer par la suite cette clause à son avantage³. Dans le même esprit, « *il apparaît à la lecture de certaines décisions que la Cour de cassation engage les juridictions du fond à priver le contractant du droit d'invoquer l'exception d'inexécution, au cas où le comportement de ce dernier serait contraire à la bonne foi* »⁴. Déjà en 1935 la chambre des requêtes rendait une décision appliquant l'idée selon laquelle le créancier ne saurait bénéficier de l'exception d'inexécution s'il a lui-même fait obstacle à l'exécution du contrat par le débiteur⁵. Et une « *même réflexion peut être faite à propos du droit de rétention* »⁶. En effet, comme l'a très justement souligné M. FAGES il est tout à fait envisageable qu'« *un contractant qui à un moment donné de la relation contractuelle aurait gravement manqué à l'une quelconque des obligations de bon comportement imposées par la jurisprudence, [puisse] plus tard à la demande de l'autre partie se voir privé par le juge du droit de rétention* »⁷. Un exemple majeur de cette démarche jurisprudentielle peut encore être donné en matière de demande de résolution du contrat : le créancier qui, par sa faute, aurait provoqué la situation sur laquelle il se base pour exiger la résolution du contrat verra sa demande rejetée par les juges⁸. Une application de cette règle est particulièrement visible en

¹ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 25.

² V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 764 : « la paralysie d'une clause par le juge, qui est une des sanctions [du] devoir [de bonne foi], vise tous les mauvais comportements sans distinguer selon l'époque de leur manifestation ».

³ V. Sur la clause pénale, V. *Ibid.*, n° 755 ; *adde* MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale, thèse préc.*, n° 585 ; *supra* n° 410. Sur la clause de responsabilité, V. not. FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, n° 740 et s. ; *adde* HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie, thèse préc.*, n° 502 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 19.

⁴ V. not. Cass. civ. III, 5 mars 1970, *Bull. civ. III*, n° 173 ; Cass. civ. I, 2 oct. 2013, *préc.*, note GÉNICON (T.), « La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature ? » *RDC*, 1^{er} juill. 2014, n° 2, p. 171 ; *adde* FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 705 et s. ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1282 et s.

⁵ V. Cass. req., 5 févr. 1935, *S.*, 1935, I, 47 ; *RTD Civ.*, 1935, 648, obs. DEMOGUE (R.) ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1283 et s.

⁶ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 709.

⁷ V. *Ibid.*, n° 714 ; *adde* not. Cass. civ. III, 20 nov. 1970, *Bull. civ. III*, n° 624.

⁸ V. not. Cass. civ. III, 27 mai 1987, *GP*, 1987, II, pan. 212, *RTD Civ.*, 1988, 121, obs. MESTRE (J.) ; *adde* HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1287 et s.

droit des sociétés. En effet, sur la base de l'article 1844-7, 5° du Code civil, il a pu être décidé qu'un associé ne peut, pour obtenir la dissolution d'une société, se prévaloir de la mésintelligence existant entre les coassociés, si cette mésintelligence provient de son propre fait. Le trouble apporté au fonctionnement d'une société ne peut être invoqué par des associés comme cause de dissolution de cette société, s'il est provoqué par ceux-là mêmes qui s'en prévalent¹. Il a été clairement et justement avancé en doctrine que « *c'est l'idée de sanction qui fonde cette solution : le demandeur a commis une turpitude et il faut le sanctionner* »². Et pour cela, « *il suffit de déclarer sa demande en dissolution irrecevable pour défaut d'intérêt légitime en raison de son comportement fautif* »³.

De multiples applications de la fin de non-recevoir comme sanction de la mauvaise foi apparaissent ainsi d'ores et déjà à l'observation du droit positif.

543. Manquements au devoir de bonne foi ou à une incombance causes d'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant. Le droit positif offre des illustrations du fait que le manquement à la bonne foi contractuelle fait partie des antécédents appréciés par le juge lorsqu'il doit déterminer si le contractant a un intérêt légitime à agir. La fin de non-recevoir liée à l'illégitimité de l'intérêt à agir est alors reconnue comme étant une sanction particulière de la mauvaise foi contractuelle, qui joue sur le terrain procédural. Mais le manquement au devoir de bonne foi n'est pas le seul antécédent à l'action du contractant de nature à rendre sa demande en justice illégitime, et partant, de le confronter à une fin de non-recevoir. En effet, la revendication par le contractant d'un droit dont l'exercice était conditionné par l'observation d'une incombance, malgré le manquement à cette exigence, doit également être de nature à faire échec à son droit d'agir.

2. Le manquement à une incombance contractuelle

544. L'illégitimité du contractant à réclamer le droit conditionné par l'incombance inobservée. L'incombance est un comportement préalable et adventice à l'exercice d'un droit. Il est donc nécessaire qu'elle soit observée si le contractant entend s'en prévaloir légitimement. À défaut, son attitude est purement et simplement contradictoire : par

¹ V. not. CA Paris, 27 mars 1895, *DP*, 1895, 2, p. 319 ; Cass. civ., 25 avr. 1904, *DP*, 1904, 1, p. 601, note GUÉNÉE (L.) ; Cass. com., 25 févr. 1964, *Bull. civ. IV*, n° 99 ; Cass. civ. I, 25 avr. 1990, *Bull. civ. I*, n° 87, *Bull. Joly* 1990, 798, note LE CANNU (P.) ; CA Paris, 20 oct. 1980, *JCP G*, 1981, II, 19602, concl. JEOL (M.), note TERRÉ (F.), *D.*, 1981, Jur. 44, concl. JÉOL (M.), *Rev. soc.*, 1980, 774 note VIANDIER (A.) ; CA Paris 18 juin 1986, *Bull. Joly*, 1986, 853, note LE CANNU (P.) ; Cass. com., 17 mars 1992, *préc.* ; Cass. com. 16 juin 1992, n° 90-18441, *Dr. soc.*, sept. 1992, n° 177, note BONNEAU (Th.), *Bull. Joly* 1992, 944, note LE CANNU (P.) ; *adde* WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 26 ; HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 1289 et s.

² V. BONNEAU (Th.), note sous Cass. com. 16 juin 1992, *préc.*

³ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 26.

son inertie il aura fait preuve d'un désintérêt vis-à-vis de son droit, pour finalement en revendiquer le bénéfice à contretemps¹. En cas de manquement à une incombance, le comportement du titulaire du droit est à l'origine du mal qu'il subit, à savoir la perte de son droit par une déchéance. Son comportement a causé la situation qui lui est préjudiciable. Le fait que le contractant se prévale par la suite de son droit est donc de nature à nuire directement à son partenaire, car celui-ci pouvait légitimement s'attendre à ce que cette prétention soit délaissée². Il semble ainsi tout à fait adéquat de voir en l'inobservation d'une incombance une cause d'illégitimité à agir en justice du contractant qui réclame le droit conditionné par ce comportement³, et donc de reconnaître au juge la possibilité de prononcer une fin de non-recevoir à l'encontre du demandeur incohérent⁴. En effet, « *le non-respect de l'incombance, qui caractérise une atteinte à la force obligatoire du contrat et à la foi contractuelle, a pour conséquence que celui qui a manqué à son engagement est illégitime, soit à exiger de son cocontractant qu'il exécute la prestation dont l'incombance était la condition préalable, soit à échapper à son propre engagement lorsque celui-ci était subordonné en tout ou partie à l'incombance* »⁵. À ce stade, ce n'est donc pas tant la déchéance sanctionnant l'incombance qui est prise en compte, que le comportement même consistant dans l'inobservation de l'incombance, qui est un antécédent illégitime à l'action en revendication du droit conditionné. Et cela doit être de nature à justifier, sur le plan procédural, le prononcé d'une fin de non-recevoir. Reste à comprendre comment s'articule alors cet effet avec la déchéance sanctionnant le non-respect d'une incombance sur le terrain substantiel.

545. La fin de non-recevoir : la traduction procédurale de la déchéance jouant sur le terrain substantiel ? Il est intéressant de relever le fait que la jurisprudence a souvent tendance à recourir, dans des hypothèses similaires, tantôt à la notion de fin de non-recevoir, tantôt à celle de déchéance, afin de qualifier la sanction appliquée au contractant qui a manqué à son incombance, et semble donc considérer ces notions comme étant synonymes.

Il en va ainsi, par exemple, concernant le contentieux relatif à l'incombance d'information à laquelle est tenu le bénéficiaire d'une clause de garantie de passif à l'égard du garant⁶. En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 mai 2002 a clairement qualifié la

¹ Sur le lien entre incombance et cohérence du comportement, V. *supra*, n° 317 et s.

² V. *Ibid.*, n° 22.

³ V. *Ibid.*, n° 30 : « *L'avantage juridique étant subordonné à l'exécution préalable de l'incombance, celui qui ne respecte pas le comportement qui lui incombait est irrecevable à se prévaloir de cet avantage contre son cocontractant* ».

⁴ Pour une reconnaissance implicite de la possibilité de cette sanction en cas de non-respect d'une incombance, V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 19 ; pour une reconnaissance explicite de cette idée, V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 29 et s.

⁵ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 31.

⁶ Sur cette incombance, V. *supra*, n° 169.

sanction du cessionnaire de « *fin de non-recevoir conventionnelle interdisant au bénéficiaire de faire valablement jouer sa garantie sans avoir préalablement et loyalement informé le garant des motifs de sa mise en œuvre* »¹. Cette décision a d'ailleurs été rattachée à l'exigence de la légitimité de l'intérêt à agir². Mais peu de temps plus tard, la Cour d'appel de Paris a sanctionné ce même comportement par une déchéance du droit à la garantie de passif à l'encontre du bénéficiaire qui n'avait pas informé le cédant³. La Cour de cassation a par la suite pu confirmer cette solution, considérant que « *la déchéance du droit d'obtenir paiement des sommes dues au titre d'un événement entrant dans le champ de la garantie de passif était applicable en cas d'inexécution par le bénéficiaire de son obligation de communiquer au garant, dans le délai convenu, les informations ou documents demandés par ce dernier à la suite de la notification de l'événement considéré* »⁴.

Un tel exemple n'est pas isolé, et bien au contraire, il est fréquent que la jurisprudence prononce une fin de non-recevoir là où une déchéance se trouve prévue par le législateur ou par les parties. Cela a par exemple pu être jugé concernant l'incombance de l'assuré de faire une déclaration de sinistre à l'assureur, pour mettre en œuvre la garantie de l'assurance⁵, ou encore de l'incombance de réclamation de la garantie des vices cachés dans le délai prévu à l'article 1648 du Code civil⁶. Une hésitation est également visible concernant la qualification de la perte du droit de poursuivre la caution pour le créancier n'ayant pas conservé ses droits et privilèges sur le débiteur en contravention de la règle posée à l'article 2314 du Code civil⁷.

Il est vrai que les notions de déchéance et de fin de non-recevoir entretiennent un lien étroit. Elles ont pour effet commun d'empêcher le titulaire d'un droit d'avoir la possibilité de s'en prévaloir. Ainsi M. WICKER a-t-il pu avancer l'idée selon laquelle « *la déchéance, attachée au non-respect de l'incombance, est la traduction sur le terrain substantiel de l'irrecevabilité qui joue sur le terrain processuel* »⁸. Néanmoins l'auteur relie l'irrecevabilité à « *la déchéance du droit d'action* »⁹. Or, il a été vu que la déchéance n'impacte pas le seul droit d'agir en revendication du droit, c'est-à-dire le droit d'exercer la contrainte, mais joue à

¹ V. CA Paris, 3^e ch. B, 17 mai 2002, *préc.*

² V. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), *JCP E*, 2004, 29, 1, note sous CA Paris, 3^e ch. B, 17 mai 2002, *préc.* : l'exigence d'un intérêt légitime à agir permet, selon ces auteurs, « *d'opérer une police des actions en contrôlant, d'une part, qu'aucun acte illicite ne figure parmi ces antécédents directs et, d'autre part, que l'action n'est pas le moyen d'atteindre un résultat illicite. C'est dire que la notion d'intérêt légitime permet un contrôle des actions au même titre que la notion de cause illicite permet un contrôle des contrats* ».

³ V. CA Paris, 25^e ch. A, 6 déc. 2002, *préc.*

⁴ V. Cass. com., 1^{er} oct. 2014, n° 13-11805 ; *adde* 15 mars 2011, n° 09-13299, *Dr. et patr.*, 1^{er} févr. 2012, n° 211, p. 71 et s., STOFFEL-MUNCK (Ph.).

⁵ V. Cass. civ. I, 28 oct. 1997, n° 95-20421, *Bull. civ. I*, n° 293, *JCP G*, 1997, II, 22962, rapp. SARGOS (P.).

⁶ V. Cass. civ. III, 9 févr. 2011, *préc.*

⁷ Sur ce constat, V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse *préc.*, n° 415.

⁸ V. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 30, n. 88.

⁹ V. *Ibid* ; *adde* LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse *préc.*, n° 235 et s. : selon ces auteurs la déchéance implique la perte du pouvoir de mettre en œuvre le droit, c'est-à-dire la perte de l'exercice, mais n'impacte pas le fond du droit, c'est-à-dire le droit de jouissance.

l'encontre du droit substantiel même¹. En vérité, il existe des différences irréductibles entre déchéance et fin de non-recevoir qui empêchent de les assimiler purement et simplement.

546. Les différences irréductibles entre déchéance et fin de non-recevoir. Les deux sanctions que sont l'irrecevabilité à agir et la déchéance n'interviennent pas sur le même plan : l'une est un moyen de défense processuel, elle s'inscrit nécessairement dans un procès et fait perdre le droit d'agir en justice², l'autre est une défense au fond impliquant la perte d'un droit substantiel³. Lorsque le juge constate l'existence d'une cause d'irrecevabilité à agir, il le fait par préalable au fond et ne doit pas préjuger de la réalité de l'existence du droit substantiel. En revanche, lorsqu'une déchéance est invoquée devant lui, il est nécessairement amené à s'interroger sur la satisfaction des conditions liées au jeu d'une telle sanction, et donc sur la réalité de la perte du droit substantiel.

Cette différence de portée entre ces sanctions est très précisément de nature à justifier le fait que le juge ne puisse, de lui-même, et sans se fonder sur l'existence d'une incombance assortie d'une déchéance, prononcer la disparition du droit substantiel. Une telle démarche serait grave dans ses effets car elle reviendrait purement et simplement à opérer une réfaction du contrat. En revanche, en prononçant une irrecevabilité à agir en justice à l'encontre du contractant, le juge n'intervient que sur la mise en œuvre du droit, et non sur son existence. Cette démarche ne rend pas la situation du contractant irrévocable : celui-ci pourra éventuellement réclamer, par la suite, l'avantage attendu du contrat, s'il respecte les conditions de la demande⁴. Et surtout, par ce biais, le juge ne remet pas en cause le contenu du contrat, il dit simplement que le demandeur ne peut agir en justice en défense de telle ou telle prétention⁵.

Voilà pourquoi il doit être possible pour le juge de prononcer une fin de non-recevoir sur la base de l'illégitimité de l'intérêt à agir en dehors de toute prévision légale ou contractuelle, tandis qu'il ne lui est pas permis, en vertu du principe de légalité de la déchéance lié à son effet direct sur l'existence du droit substantiel, d'en créer *ex nihilo*⁶.

¹ V. *supra* n° 430 et s.

² V. *supra*, n° 516 et s.

³ Sur la déchéance, V. *supra*, n° 418 et s. Sur la différence entre déchéance et fin de non-recevoir, V. LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français, thèse préc.*, n° 85 et s.

⁴ En ce sens, V. not. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle, thèse préc.*, n° 983 : « La fin de non-recevoir a pour effet de paralyser la demande, en excluant l'examen par le juge [...]. Cette paralysie peut n'être que temporaire » ; n° 984 : « Affirmer que le créancier ne peut se prévaloir de la clause résolutoire invoquée de mauvaise foi ne signifie pas qu'il en sera dépourvu dans le cas d'un autre manquement » ; *adde* ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 24.

⁵ V. ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 21 et 24.

⁶ V. *supra*, n° 438.

Il est vrai qu'en cela la fin de non-recevoir présente le mérite d'être moins rigide que la déchéance¹. En tout cas son domaine est plus large puisqu'elle peut avoir d'autres causes – ne serait-ce que sur le terrain de l'illégitimité à agir – que le manquement à une incombance².

Néanmoins, et *a contrario*, la déchéance présente un double avantage que la fin de non-recevoir ne partage pas. Tout d'abord, en ce qu'elle intervient sur le terrain substantiel, elle peut opérer de manière automatique entre les parties, et permet ainsi d'éviter du contentieux car elle ne nécessite pas une action en justice pour prendre effet³. En revanche, en tant que moyen de défense processuel, la fin de non-recevoir est intimement liée à la circonstance de l'ouverture d'un procès, ce qui peut être de nature à favoriser des comportements chicaniers⁴. Ensuite, en raison du principe de légalité qui y est attaché, la déchéance présente une véritable vertu de sécurité juridique, de prévisibilité pour les parties, ce qui n'est pas le cas de la fin de non-recevoir, dont le prononcé peut dépendre de la seule volonté du juge⁵. Ces observations plaident directement pour qu'il soit donné préférence en pratique, et à défaut de prévision légale, à la stipulation par les parties d'une incombance assortie d'une déchéance.

Mais cela ne mène pas pour autant au rejet de la fin de non-recevoir comme sanction éventuelle d'une incombance.

547. L'existence d'un intérêt à la sanction de l'incombance sur le terrain processuel par une fin de non-recevoir. Il ne doit pas être vu dans les propos qui précèdent une limite à l'intérêt d'opposer une fin de non-recevoir au contractant ayant manqué à son incombance. En effet, malgré le fait qu'elle se trouve d'ores et déjà assortie d'une sanction plus radicale, l'incombance peut tout à fait avoir pour effet l'irrecevabilité à agir en justice du contractant inconstant. La sanction de l'incombance par une fin de non-recevoir en raison de l'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant présente, en effet, l'avantage de répondre aux objectifs de célérité de la Justice et d'économie de ses moyens, ce qui relève de l'intérêt général. Une telle utilité se révèle précisément dans l'hypothèse où le non-respect de l'incombance aboutirait à un contentieux, ou que dans un contentieux plus général soit abordée la question du non-respect d'une telle contrainte. En de tels cas, l'examen de la réalité de l'existence de la déchéance et du respect de ses conditions d'application par le juge peut s'avérer chronophage et dispendieux. En revanche, le prononcé d'une fin de non-recevoir sur

¹ V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., spéc. n° 1050 et s.

² Voilà pourquoi M. SÉJEAN ne propose pas de remplacer la déchéance par la fin de non-recevoir : le domaine de la première est nécessairement compris dans celui de la seconde, mais surtout l'efficacité de la sanction de l'incombance est d'ores et déjà assurée par la déchéance qui l'accompagne nécessairement : V. SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse préc., n° 415.

³ V. *supra*, n° 443 et s.

⁴ V. *supra*, n° 516.

⁵ V. *supra*, n° 526 et s.

le fondement de l'illégitimité à agir du contractant empêcherait tout examen du fond de la prétention, et serait ainsi de nature à prémunir contre ces risques, tout en aboutissant en pratique, au même effet : le contractant ne pourrait pas se prévaloir de son droit à l'encontre de son partenaire.

De plus, rien ne s'oppose techniquement à ce que la sanction du manquement à une incombance puisse jouer sur le terrain processuel. Il est tout à fait admissible de considérer, indépendamment de la prise en compte de la déchéance intervenant sur le terrain substantiel, que le contractant qui n'a pas observé son incombance voie son action en revendication de l'avantage négligé rejetée sur le fondement d'une fin de non-recevoir. Le contractant qui, par son comportement négligent, méprise son droit, ne saurait légitimement exiger, par la suite, la réparation de la situation préjudiciable qu'il a laissé se produire. Il doit pouvoir se voir opposer, dans cette hypothèse, une irrecevabilité à agir en justice.

Sur ce plan, le mécanisme de l'incombance se rapproche assez nettement des théories allemandes du « *Non concedit venire contra factum proprium* » et de la « *Verwirkung* », ou encore de la « *Rechtsverwerking* » belge¹.

548. Le rapprochement entre incombances et applications prétoriennes de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui sur le plan processuel. À l'occasion de l'étude de la notion d'incombance, il a été vu que celle-ci est très particulière en ce qu'elle n'implique pas, en cas de manquement, une faute civile *stricto sensu*, mais seulement un comportement au détriment direct de celui qui l'observe². Cet antécédent à la demande en justice n'est donc pas, techniquement parlant, un manquement au devoir de bonne foi, mais un autre type de violation de la force obligatoire du contrat, qui est spécialement sanctionné par la perte du droit conditionné par le comportement préalablement exigé³.

Or, il est des hypothèses, en droit français, où les juges semblent appliquer ce type de sanction en l'absence de toute prévision légale ou contractuelle. C'est dire que des incombances paraissent parfois imposées *a posteriori* par les juges. En effet, il arrive que ceux-ci refusent que le contractant puisse se prévaloir d'un droit en justice, non pas en raison de sa faute au cours de la formation ou de l'exécution du contrat, mais parce que cette démarche s'inscrit en contradiction avec un comportement sur la base duquel le partenaire avait pu fonder des attentes. Ce comportement réside généralement dans le fait, pour le titulaire d'un droit, d'en négliger la défense auprès du cocontractant pendant un certain temps. La revendication ultérieure de ce droit en justice, le plus souvent opérée de manière brutale, apparaît alors contradictoire. Or, les juges sanctionnent parfois ce comportement, en l'absence

¹ Sur ces théories, V. *supra*, n° 319.

² V. *supra*, n° 235 et s.

³ Sur la sanction de l'incombance par la déchéance, V. *supra*, n° 414 et s.

de toute déchéance expressément prévue par le législateur, par l'interdiction faite au contractant de se prévaloir de l'avantage en question.

Un exemple topique en la matière réside dans la jurisprudence relative à la mise en œuvre de la clause résolutoire¹. Une autre manifestation de ce type de jurisprudence peut encore être donnée en la demande tendant au prononcé de la nullité du contrat. En effet, les juges de la Cour de cassation ont récemment refusé au contractant qui s'était exécuté, alors qu'il avait connaissance du vice qui affectait le contrat, de se prévaloir de la nullité de l'acte². Si cette décision n'a pas donné lieu à une fin de non-recevoir expresse, des auteurs ont néanmoins clairement vu en elle une parenté avec le mécanisme anglo-saxon de l'« *estoppel* »³. Il est également possible de voir en ces décisions l'influence de la théorie allemande de la « *Verwirkung* », qui est une sorte de déchéance prétorienne⁴. Cela rappelle encore l'institution de la « *mora creditoris* » : le créancier qui, par son fait, est à l'origine de la faute du débiteur ne saurait pouvoir se prévaloir de l'inexécution pour exiger l'application de sa sanction⁵.

Mais le problème de cette démarche est précisément celui de l'absence de fondement légal pour une telle sanction en droit interne, car le droit français ne reconnaît, ni un principe général d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ni l'institution de la « *mora creditoris* »⁶. La solution est alors souvent trouvée dans le recours à la notion souple et large de bonne foi⁷. Pour autant, dans les hypothèses susvisées, il n'y a pas à proprement parler de manquement à la bonne foi au cours de l'exécution du contrat, car le contractant a tout à fait la liberté de négliger son droit. Un tel comportement est d'ailleurs au bénéfice direct de son partenaire. C'est plutôt la demande en justice qui s'inscrit en contradiction avec l'attitude adoptée par le demandeur lors de l'exécution du contrat, ce qui justifie qu'il y soit mis un

¹ V. not. Cass. civ. III, 8 avr. 1987, Bull. civ. III, n° 88 ; 27 févr. 1991, n° 89-15659 ; Cass. civ. I, 31 janv. 1995, *préc.* ; 16 avr. 1996, J.-D. n°1996-001680 ; 16 févr. 1999, *préc.*

² V. Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11720 : « [...] la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant (...) ; de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la caution avait entendu réparer le vice affectant son engagement, de sorte que cette confirmation au sens de l'article 1338 du Code civil l'empêchait d'en invoquer la nullité ».

³ V. AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Nullité, exécution volontaire : confirmation ou estoppel ? », *Dr. et patr.*, 1^{er} juin 2013, n° 226, p. 68 et s. : « Sous les allures modestes d'une décision relative aux mentions manuscrites que doit apposer la caution en vertu des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 5 février 2013 [...] permet un rapprochement avec la notion d'estoppel, centrale dans les droits anglo-américains [:] le titulaire de l'action en nullité, en exécutant volontairement son engagement en connaissance du vice qui l'affecte, a adopté un comportement qu'il ne peut contredire au détriment du créancier ; il est « stoppé » dans son action, même si l'irrégularité de l'acte n'a pas été réparée. Cette convergence de systèmes juridiques d'origine bien différente a de quoi réjouir ».

⁴ V. *supra*, n° 319, 426 et 438.

⁵ V. *supra*, n° 156.

⁶ V. *supra*, n° 156.

⁷ Les solutions relatives aux conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire sont régulièrement rendues au visa de l'art. 1134, al. 3 C. civ. : Cass. civ. I, 22 juill. 1986, *préc.* ; 31 janv. 1995, *préc.* ; 16 févr. 1999, *préc.*

frein¹. Il semble alors intéressant, en l'absence de contrainte légale expresse justifiant le prononcé d'une déchéance en ces hypothèses (auquel cas il s'agirait clairement d'incombances), d'expliquer ces décisions par la notion d'intérêt légitime à agir, et donc de plaider pour la reconnaissance d'une fin de non-recevoir comme sanction de ce type d'allégation. Mieux que la déchéance, dont il a été vu qu'elle ne saurait avoir pour source la jurisprudence sans contrevenir au principe de légalité, la notion de fin de non-recevoir semble particulièrement adaptée pour fonder de telles décisions². En effet, outre l'absence d'obstacle relatif à ses sources, cette sanction s'avère suffisamment souple et modérée dans ses effets pour permettre à la fois de protéger le cocontractant dont l'attente légitime a été surprise, et de condamner le comportement du titulaire du droit, qui ne perd pas pour autant ce dernier sur le terrain substantiel, et pourra donc éventuellement le faire valoir ultérieurement dans la limite des règles de la prescription.

549. Conclusion de la section. La fin de non-recevoir est un moyen de défense pouvant être opposé par une partie à son adversaire à tout moment du procès, qui tend à constater, de manière préalable au jugement au fond, la perte de son droit d'agir en justice, et empêche ainsi le juge de se prononcer sur le bien-fondé de la prétention. En ce qu'elle bloque l'examen du fond du litige, son effet est particulièrement rude et revêt une vertu répressive certaine. Or, un tel effet est parfois mis au service de la sanction d'un comportement incohérent adopté par le contractant. En effet, sur le fondement de la notion d'intérêt légitime à agir, expressément caractérisée par l'article 122 du Code de procédure civile comme fin de non-recevoir, cette mesure peut être prononcée par le juge afin d'évacuer du traitement du fond du litige une revendication du contractant manifestement incompatible avec l'attitude adoptée au cours de l'exécution du contrat. L'examen de la légitimité de l'intérêt à agir ne porte pas sur le bien-fondé de la prétention du demandeur, mais sur le fond d'un « *antécédent* » à ce droit, et se trouve ainsi de nature à justifier une fin de non-recevoir dans les hypothèses où un contractant viendrait à faire une demande en justice incompatible avec un comportement blâmable antérieurement adopté lors de l'exécution du contrat. Précisément, les manquements au devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle apparaissent comme autant de causes efficientes potentielles de l'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant. De tels comportements, en tant qu'antécédents de l'action du contractant sont de nature à justifier le refus d'un accès au juge.

¹ Pour une telle observation portée sur le mécanisme de l'incombance, V. *supra*, n° 329.

² V. HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse préc., n° 987 : « La notion de fin de non-recevoir fournit une clef à l'énigme de la paralysie des clauses résolutoires dans le cas de leur invocation incohérente » ; *adde* WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, n° 37 et s. ; ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 19.

La fin de non-recevoir apparaît ainsi comme une sanction faisant le lien entre le devoir contractuel de bonne foi et l'incombance contractuelle. Reste néanmoins à voir quels sont les effets du prononcé d'une telle sanction à l'égard du contractant. C'est dire qu'il convient de mettre au jour le régime de la fin de non-recevoir lorsqu'elle est mise en œuvre à titre de sanction du comportement du contractant, sur le fondement de l'illégitimité de son intérêt à agir.

Section II

Le régime de la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir

550. Le régime de la fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt légitime à agir. Contrairement à la façon dont les anciens textes de procédure civile consacraient les fins de non-recevoir, le Code de procédure civile n'assimile pas leur régime à celui des exceptions de procédure, mais à celui des défenses au fond¹. Néanmoins, les fins de non-recevoir n'appartiennent pas pour autant à la catégorie des défenses au fond, et cela se ressent à travers certaines de leurs particularités². Par ailleurs, la compréhension du mécanisme de la fin de non-recevoir est encore rendue difficile par le fait que son régime est adapté par le législateur, et par les juges, en fonction de la cause qui en justifie le prononcé. Or, dans le cadre d'une étude consacrée à l'analyse des effets du manquement aux devoirs et aux incombances contractuels, c'est la compréhension du fonctionnement de la fin de non-recevoir ayant pour cause l'illégitimité de l'intérêt à agir qui importe. Ainsi, il s'agit très spécifiquement de comprendre quel est le régime de la fin de non-recevoir lorsqu'elle vient sanctionner le défaut d'intérêt légitime à agir, et d'étudier, dans ce cadre, les règles s'attachant tant à la demande qui tend à son prononcé (§1), qu'aux effets du jugement la prononçant (§2).

¹ V. not. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 336 : « La fin de non-recevoir est un moyen d'éluider le débat au fond. Les fins de non-recevoir sont aujourd'hui soumises au même régime que les défenses au fond ».

² V. not. HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 145.

§1- La demande visant la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir

551. Des règles traduisant la nature hybride des fins de non-recevoir. Les règles qui encadrent la demande tendant au prononcé de la fin de non-recevoir traduisent sa nature hybride, c'est-à-dire le fait qu'elle emprunte certaines caractéristiques aux défenses au fond et d'autres aux exceptions de procédure. Si par principe¹, leur régime est assimilé à celui des défenses au fond (A), des « *règles d'appoint* »² viennent corriger cette tendance et rapprocher davantage les fins de non-recevoir des exceptions de procédure (B).

A- *Les règles de principe*

552. Un régime assimilé par principe à celui des défenses au fond. Le Code de procédure civile pose des règles de principe en matière de revendication des fins de non-recevoir qui évoquent clairement le régime des défenses au fond. Cette similitude se ressent particulièrement quant à la question du moment où la fin de non-recevoir peut être invoquée.

553. La possibilité de l'invoquer à tout moment du procès. Il a été vu, au stade de l'étude des controverses historiques relatives à la notion de fin de non-recevoir, que la principale question qui s'est posée à propos de leur régime était celle de savoir jusqu'à quel moment la partie ayant intérêt à soulever l'existence d'un tel moyen de défense³, était en mesure de le faire⁴. Les anciens textes sur la fin de non-recevoir optaient pour une assimilation de celle-ci avec l'exception de procédure en ce qu'elle ne pouvait être invoquée que dans les premières écritures, au début du procès⁵. Mais la jurisprudence s'opposait fermement à ce choix et résistait en continuant d'accepter la revendication de fins de non-recevoir à tout moment du procès⁶. Cette ténacité a fini par influencer le législateur, qui a consacré cette solution lors de l'adoption du Nouveau code de procédure civile, en y intégrant l'article 123 qui dispose que « *Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause* ». Cette formule « *signifie qu'une partie peut soulever la fin de non-recevoir à tout*

¹ Sur la distinction entre « règle de principe » et « règles d'appoints » en matière de fin de non-recevoir, V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 487 et s.

² V. *Ibid.*

³ La Cour de cassation reconnaît que ce moyen de défense peut être soulevé par « *toute partie qui y a intérêt* » : V. Cass. civ. III, 12 févr. 1992, Bull. civ. III, n° 43, p. 26.

⁴ V. *supra*, n° 513 et s. ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 182.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. *Ibid.*

moment du procès et même en degré d'appel »¹. Le rapprochement avec le moyen de défense au fond est alors clairement opéré². La partie peut soulever l'irrecevabilité en cours d'audience si la procédure est orale³, et elle peut dans tous les cas l'invoquer après qu'il ait été conclu sur le fond du litige⁴. La seule limite réside dans le prononcé d'une décision au fond, passée en force de chose jugée. Ainsi une fin de non-recevoir ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation⁵, sauf à être d'ordre public (ce qui n'est pas le cas de l'intérêt légitime à agir)⁶.

En définitive, cette règle de nature temporelle s'avère particulièrement souple. Cette souplesse de principe du régime de la fin de non-recevoir se retrouve également dans le fait que la partie qui l'invoque n'ait à justifier d'aucun grief.

554. La possibilité de l'invoquer indépendamment de l'existence de tout grief.

L'article 124 du Code de procédure civile admet clairement que « *Les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief* ». Cette règle a été rappelée par la Cour de cassation dans le cas précis de la mise en œuvre d'une fin de non-recevoir sur le fondement de l'absence de qualité ou d'intérêt à agir⁷. Celui qui soulève la fin de non-recevoir n'a pas à souffrir de la cause d'irrecevabilité de la partie adverse. Cette sollicitation n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice subi par la partie qui en prend l'initiative.

Or une telle règle, très permissive, peut être entendue *a contrario* comme reconnaissant le fait que celui qui se prévaut de l'irrecevabilité à agir de la partie adverse pourrait avoir subi un préjudice dont le motif justifiant la fin de non-recevoir serait également la cause. Cette idée participe d'ailleurs de la critique classique selon laquelle la fin de non-recevoir perturbe la distinction du droit et de l'action⁸. Néanmoins, il est des hypothèses où l'existence d'un grief enduré par un plaideur se prévalant d'une fin de non-recevoir se conçoit sans qu'il ne mène pour autant le juge à se prononcer sur le fond, c'est à dire sur le droit substantiel de la partie à qui est opposée cette défense. Il en va ainsi, précisément, lorsqu'une partie invoque la fin de non-recevoir de son adversaire en arguant de l'illégitimité de son intérêt à agir. En effet, dans ce cas le plaideur ne se contente pas de souligner la réalité d'un

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 182 (c'est l'auteur qui souligne) ; Pour des applications, V. not. Cass. civ. I, 6 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 229, p. 165 ; Cass. civ. II, 11 mai 2000, J.-D. n° 2000-001926.

² V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 485.

³ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 182.

⁴ V. not. Cass. civ. II, 10 oct. 1990, Bull. civ. II, n° 191, p. 97 ; Cass. civ. I, 31 mars 1992, *préc.*

⁵ V. not. Cass. civ. I, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 292 ; Cass. com., 17 juill. 2001, Bull. civ. 2001, IV, n° 151, p. 143.

⁶ V. not. Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n° 141, p. 111 ; Cass. civ. II, 5 avr. 1993, Bull. civ. II, n° 141, p. 74 ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 182.

⁷ V. Cass. civ. III, 12 mai 1976, Bull. civ. III, n° 203.

⁸ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 485 ; *adde supra*, n° 513 et s.

fait de nature à justifier une fin de non-recevoir qui est neutre pour lui – par exemple un jugement antérieur passé en force de chose jugée, ou la prescription du droit de son adversaire – il met en avant l'existence d'un comportement blâmable de son opposant adopté antérieurement au procès, lui ayant éventuellement porté directement atteinte. Pour autant, bien que le grief existe, le juge ne se prononce pas sur cette atteinte lorsqu'il énonce la fin de non-recevoir car il ne doit apprécier que la véracité de l'illégitimité de l'intérêt à agir, et donc la réalité de l'antécédent comportemental. Bien que subtile, cette nuance doit être reconnue.

555. La recherche d'un équilibre dans le régime des fins de non-recevoir. Le régime des fins de non-recevoir est bâti sur le fondement d'un équilibre délicat qui est recherché entre le libéralisme de sa revendication et la nécessité de « *favoriser l'évacuation, si possible rapide, des contestations qui ne portent pas sur le fond de l'affaire* »¹. Dès lors, si le principe posé par le législateur, en matière de fin de non-recevoir, est celui de son assimilation au régime des défenses au fond, il se trouve néanmoins corrigé par « *quelques règles d'appoint, par lesquelles les fins de non-recevoir se rapprochent des exceptions de procédure* »².

B- Les règles d'appoint

556. La prise en compte du devoir de loyauté procédurale. Le principe de loyauté procédurale trouve une manifestation dans le régime des fins de non-recevoir et constitue une limite à la règle souple gouvernant le stade où elles sont invoquées. En effet, le risque de déloyauté du plaideur qui s'abstiendrait de soulever une fin de non-recevoir dans une intention dilatoire est pris en compte par le législateur, car l'article 123 du Code de procédure civile dispose que dans une telle hypothèse le juge a la possibilité de le condamner à des dommages-intérêts³. Ainsi, « *le plaideur dont la déloyauté porte préjudice à son adversaire engage sa responsabilité civile* »⁴. Un auteur a vu en cette règle un cas d'abus du droit d'agir en justice avec succès⁵. Cette sanction, qui « *relève du droit commun* »⁶, a été considérée comme la plus adaptée en la matière, et est notamment préférée à la déchéance du droit d'invoquer la fin de non-recevoir, car « *une telle sanction irait à l'encontre du régime*

¹ V. *Ibid*, n° 481.

² V. *Ibid*.

³ V. art. 123 C. proc. civ. : « *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* ». Cette règle est identique à celle prévue en matière d'exceptions de nullité à l'article 118 du Code de procédure civile.

⁴ V. BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *art. préc.*

⁵ V. DESDEVISES (Y.), « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.*, 1979, chron. 21.

⁶ V. BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *art. préc.*

libéral pour lequel la jurisprudence s'est tant battue »¹, et « le rôle du juge ne doit pas varier selon le comportement d'une partie »². Il n'en reste pas moins que de par cet effet, la fin de non-recevoir se distingue de la défense au fond, « à la présentation tardive de laquelle le législateur n'attache aucune conséquence de ce type »³. Cette sanction est conditionnée par une double preuve, à savoir celle du caractère tardif de l'allégation et celle de l'intention dilatoire. Cette dernière condition implique que le plaideur savait qu'il pouvait opposer une fin de non-recevoir et « n'avait aucun intérêt à différer l'issue d'un procès qui, compte tenu des moyens de défense qu'il pouvait faire valoir, ne pouvait que lui être favorable »⁴. Il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement l'intention dilatoire du plaideur⁵.

À cette première règle, qui rapproche les fins de non-recevoir des exceptions de procédure, s'en ajoute une autre relative à la possibilité offerte au juge de les soulever d'office.

557. La possibilité offerte au juge de relever d'office la fin de non-recevoir issue d'une illégitimité de l'intérêt à agir. En vertu de l'article 125 du Code de procédure civile, *« les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée »*⁶. Ainsi, alors que le législateur impose au juge de relever d'office certaines fins de non-recevoir, il s'agit dans d'autres cas d'une simple faculté qui lui est offerte, et notamment lorsque l'irrecevabilité procède de l'illégitimité de l'intérêt à agir. Dans une telle hypothèse, et alors qu'il n'en a pas l'obligation, le juge a tout de même la possibilité de suppléer la carence des parties⁷. La fin de non-recevoir résultant de l'illégitimité de l'intérêt à agir du demandeur peut ainsi être relevée par le juge en cas d'inertie de la partie adverse. Cela accroît les chances qu'une telle sanction soit opposée au plaideur illégitime.

Mais si c'est le juge qui relève d'office cette fin de non-recevoir, il doit alors préalablement provoquer les explications des parties en vertu de l'article 16 du Code de procédure civile. D'ailleurs, le respect du principe de la contradiction⁸ *« ne constitue qu'un*

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 183.

² V. *Ibid.*

³ V. PÉTEL-TEYSSIÉ (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *art. préc.*, n° 128. V. art. 72 C. proc. civ.

⁴ V. BLARY-CLEMENT (E.), « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G*, 1991, I, 3534, p. 337 et s., spéc. n° 29 et 30 p. 339.

⁵ V. Cass. civ. II, 1^{er} juill. 1981, *GP*, 1981, 751, note VIATTE (J.) ; Cass. civ. II, 27 févr. 2003, *Bull. civ. II*, n° 44 ; *Proc.*, 2003, n° 111, obs. PERROT (R.) ; 23 oct. 2003, n° 01-17806.

⁶ Art. modifié par D. n° 2004-836 du 20 août 2004 - art. 3 JORF 22 août 2004 en vigueur le 1^{er} janv. 2005.

⁷ V. Cass. civ. II, 18 janv. 1984, *GP*, 1984, pan. 145, obs. GUINCHARD (S.).

⁸ V. Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981 ; *GP*, 1981, 627, note VIATTE (J.) ; *D.*, 1981, 637, concl. CABANNES (J.) ; *RTD Civ.*, 1981, 677, obs. NORMAND (J.) et 905, obs. PERROT (R.) ; *RTD Com.*, 1981, 721, obs.

juste contrepoids du devoir ou, selon le cas, du droit du juge de soulever certaines fins de non-recevoir »¹. Concrètement, une telle règle implique que la caractérisation d'une fin de non-recevoir par le juge doit donner lieu à la réouverture des débats selon l'article 444, al. 1 du Code de procédure civile, et dans le cadre d'une procédure orale elle doit le mener à renvoyer l'affaire à une prochaine audience, à moins que les parties aient déjà pu s'expliquer à son sujet². Sauf exception légale, le juge compétent est la juridiction de jugement³.

Par ailleurs, et alors qu'une telle mesure est envisageable concernant d'autres fins de non-recevoir, la régularisation de celle tirée de l'illégitimité de l'intérêt à agir s'avère impossible.

558. L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir issue d'une illégitimité de l'intérêt à agir. L'article 126 du Code de procédure civile prévoit que « *dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance* ». Ainsi, en théorie « *la loi veille à purger la demande en justice des vices d'irrecevabilité dont elle pourrait être atteinte* »⁴. Mais cette purge ne peut intervenir que si la cause de la fin de non-recevoir vient à disparaître avant que le juge ne statue, c'est-à-dire « *a) dans les procédures avec représentation obligatoire, jusqu'à la clôture de l'instruction et b) dans les procédures sans représentation obligatoire, jusqu'à la clôture des débats* »⁵. La reconnaissance de cette règle par le législateur français est louable car la régularisation « *participe de l'économie des procédures et au désengorgement des juridictions* »⁶.

Néanmoins, son admission de principe trouve des limites, et notamment, il faut que l'irrecevabilité en question soit régularisable. Or, il est des causes de fin de non-recevoir qui ne peuvent être rattrapées. Par exemple, s'il a été estimé par la Cour de cassation que l'absence d'intérêt à agir lors de l'introduction de la demande peut être régularisée jusqu'au jugement⁷, il a en revanche pu être jugé que tel n'est pas le cas du défaut de personnalité juridique d'une société en formation⁸, ou encore du défaut de poursuite préalable d'une

BÉNABENT (A.) et DUBARRY (J.-Cl.) ; chron. BÉNABENT (A.), *D.*, 1982, 55 ; Cass. civ. III, 3 avr. 2001, J.-D. n° 2001-009202.

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 181.

² V. Cass. civ. II, 28 mai 1990, Bull. civ. 1990, II, n° 11, p. 60 ; *adde* BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 181.

³ V. Nancy (ord. Conseiller mise en état), 11 févr. 1981, *JCP G*, 1982, IV, 208 ; *RTD Civ.*, 1982, 654, obs. PERROT (R.).

⁴ V. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 488.

⁵ V. *Ibid.*, n. 224.

⁶ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 194.

⁷ V. Cass. com., 19 juin 1979, *D.*, 1979, IR, 538 ; Cass. civ. III, 29 févr. 1984, Bull. civ. 1984, III, n° 56, p. 42 ; CA Paris, 15 juin 1984, Bull. avoués 1984, n° 91, p. 97.

⁸ V. Cass. com., 20 juin 2006, *JCP G*, 2006, IV, 2572.

société civile¹. D'ailleurs, il a été justement remarqué que « *même matériellement possible, la régularisation n'est admissible que si l'esprit de l'exigence méconnue ne s'y oppose pas* »². Tel n'est précisément pas le cas « *lorsque le moyen trouve son fondement dans le défaut d'accomplissement d'une formalité nécessairement préalable à la demande* »³, car « *effectuée a posteriori, elle ne présenterait plus ce caractère* »⁴. De même, et précisément, l'esprit de l'exigence de la légitimité de l'intérêt à agir s'oppose à la régularisation de la fin de non-recevoir qui en découle. En effet, il semble que tant le manquement au devoir de bonne foi, que l'inobservation d'une incombance – dont il a été vu qu'ils doivent être considérés comme des antécédents de l'action en justice susceptibles de caractériser l'illégitimité du demandeur à réclamer un jugement sur son droit⁵ – sont des circonstances irrémédiables : dans de tels cas, la fin de non-recevoir est directement liée au constat d'une contradiction dans le comportement du plaideur. Le fait même d'agir en justice est incohérent avec l'attitude antérieurement adoptée par le demandeur. Or, il n'est pas envisageable que le plaideur puisse « corriger » *a posteriori* sa faute ou l'inobservation de l'incombance, dont le constat suffit pour caractériser la contradiction avec la demande en justice. En réalité, la seule correction éventuellement envisageable de cette cause d'irrecevabilité serait la renonciation du demandeur à son droit d'agir. Cependant un tel acte rendrait totalement inutile l'idée d'une régularisation de la fin de non-recevoir qui vise à ce que le procès puisse avoir lieu une fois ce moyen de défense écarté. En raison de l'esprit de l'exigence d'un intérêt légitime à agir, il semble que celle-ci ne puisse faire l'objet d'une régularisation, tout au moins lorsque l'illégitimité résulte d'un manquement au devoir de bonne foi ou à une incombance issus du contrat qui liait le demandeur au défendeur.

559. Le régime de la fin de non-recevoir au stade de la décision du juge. L'étude des règles encadrant la revendication de la fin de non-recevoir aura fait apparaître les préceptes communs à l'ensemble des fins de non-recevoir tout en mettant en évidence les particularités liées à cette sanction en cas d'illégitimité de l'intérêt à agir du demandeur. Mais pour opérer une analyse complète du régime de cette fin de non-recevoir, il convient d'ajouter à cette étude celle portant sur les effets de la décision statuant sur ce moyen de défense.

¹ V. art. 1858 C. civ. ; *adde* Cass. com., 27 sept. 2005, *D.*, 2005, IR, 2526.

² V. PÉTEL-TEYSSIÉ (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *art. préc.*, n° 114.

³ V. *Ibid.*, n° 115.

⁴ V. *Ibid.* Pour des applications, V. Cass. civ. II, 2 oct. 1981, *GP*, 1982, 1, 107, note VIATTE (J.) ; Cass. civ. I, 12 juill. 2012, n° 10-19476, (au visa des art. 126 C. proc. civ. et 1134 C. civ.) : « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir litigieuse n'était pas susceptible d'être régularisée dès lors que l'action engagée par la société coopérative agricole devait porter sur l'examen de la décision, nécessairement rendue préalablement par le conseil d'administration de la coopérative, se prononçant, conformément aux statuts applicables, sur les sanctions encourues par l'associé coopérateur défaillant, lesquelles ne pouvaient être prononcées qu'après que celui-ci eut été invité à fournir ses explications devant le conseil d'administration* ».

⁵ V. *supra*, n° 538 et s.

§2- Les effets de la décision relative à la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir

560. Des effets variés. Pour que la compréhension du sort du contractant – dont la demande en justice se voit opposer une fin de non-recevoir sur le fondement de l'illégitimité de son intérêt à agir – soit complète, il faut dévoiler les effets liés à la décision du juge amené à se prononcer sur un tel moyen de défense. Ces effets, « *concernent tant les parties que le juge* »¹. Ainsi seront vus, tour à tour, les effets de la décision statuant sur la fin de non-recevoir quant au rôle du juge (A), puis les effets de cette décision sur les droits des parties (B).

A- Les effets sur le rôle du juge

561. La distinction des effets selon l'acceptation ou le rejet de la fin de non-recevoir. L'analyse des effets de la décision statuant sur la fin de non-recevoir doit être opérée en précisant le sens de la solution retenue. En effet, ces conséquences « *diffèrent selon que la fin de non-recevoir est accueillie ou, au contraire, est rejetée* »². Si ce moyen de défense est accueilli, se pose alors la question du contenu de la décision qui la réceptionne. Et si elle est rejetée, c'est l'impartialité du juge amené à statuer par la suite sur le fond qui pose problème.

562. La question du contenu de la décision accueillant la fin de non-recevoir. Lorsque le juge décide d'accueillir le moyen de défense consistant en la fin de non-recevoir de l'adversaire, se pose alors une double question.

Tout d'abord, des auteurs ont pu s'interroger sur la possibilité pour le juge de cumuler la fin de non-recevoir liée à l'illégitimité de l'intérêt à agir avec la sanction de l'abus du droit d'agir. L'article 32-1 du Code de procédure civile prévoit que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* »³. Il s'agit d'une limite au droit au juge qui est d'intérêt général car elle correspond à l'objectif de bon fonctionnement du service public de la justice, et sert « *le droit fondamental à une procédure menée dans un délai raisonnable* »⁴. Or, le fait, pour le plaideur, de se prévaloir d'un droit en justice dont il sait qu'il en a auparavant négligé l'intérêt, ou dont la revendication s'inscrit en

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 195.

² V. *Ibid.*

³ V. aussi, art. 559, 581 et 628 C. proc. civ.

⁴ V. BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel, thèse préc.*, n° 440.

contradiction nette avec un comportement fautif antérieur, semble pouvoir permettre de caractériser un abus du droit d'agir en justice. D'ailleurs, il a clairement été constaté en doctrine « *que le défaut d'intérêt légitime a pu servir de critère d'appréciation de l'abus de droit* »¹. L'avis d'un auteur selon lequel l'irrecevabilité serait un obstacle à l'application de la sanction de l'abus du droit d'agir car la fin de non-recevoir consacre le défaut de droit d'agir et qu'il n'est pas possible d'abuser de ce que l'on ne possède pas², ne fait pas l'unanimité³, et la Cour de cassation reconnaît au contraire expressément la possibilité d'un cumul des sanctions de l'abus et de l'irrecevabilité⁴. En vérité, c'est l'impression d'avoir un droit qui doit compter en l'occurrence et non la réalité du droit d'agir : le demandeur, pensant avoir un droit d'agir en justice, énonce une demande que le juge écarte pour défaut d'intérêt légitime à agir, mais la demande étant formée, l'abus peut très bien être caractérisé au surplus puisqu'une telle sanction a pour sens de condamner les comportements dilatoires et attentatoires à l'impératif de célérité de la justice.

Ensuite, il s'agit de savoir quelle est la part de liberté qui reste au juge ayant accueilli la fin de non-recevoir pour statuer sur le fond. De manière assez logique, la jurisprudence précise sur ce point que le juge ne peut se prononcer sur le bien-fondé d'une demande après l'avoir jugée irrecevable⁵. En se comportant de la sorte « *il commettrait un excès de pouvoir* »⁶. Ainsi, lorsqu'une action en justice en revendication d'un droit est refusée au contractant en raison de l'incompatibilité constatée entre sa demande et une faute antérieure ou le manquement à une incombance, le juge ne peut pas se prononcer sur la question de l'existence de ce droit. Concrètement, et par exemple, il n'aura donc pas à apprécier la réunion des conditions nécessaires au prononcé d'une déchéance⁷. Il apparaît alors clairement que la fin de non-recevoir écarte *ab initio* les difficultés liées à l'appréciation du bien-fondé du droit, et fait ainsi gagner du temps au processus juridictionnel. Pour autant, le juge reste tout à fait en mesure de statuer sur des questions de fond qui sont indépendantes de cette demande⁸. La fin de non-recevoir ne l'empêche pas de statuer sur le fond de manière absolue.

¹ V. BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve, thèse préc.*, n° 512, n. 462. L'auteur fait référence à l'arrêt Cass. civ. I, 20 janv. 1964, JCP G, 1965, II, 14035, obs. OPPETIT (B.). L'abus est défini comme « *l'accomplissement d'actes malveillants ne se justifiant par aucune utilité appréciable* ».

² V. *Ibid.*, n° 511 et s.

³ V. not. WICKER (G.), « La légitimité de l'intérêt à agir », *art. préc.*, spéc. p. 479 : « *l'abus peut en fait être sanctionné, sans que ces sanctions soient exclusives l'une de l'autre, tant sur le terrain de l'irrecevabilité de l'action, que par les sanctions ordinaires applicables en cas d'exercice abusif de l'action* » ; *adde* WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », *art. préc.*

⁴ V. Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 101, *D.*, 2000, somm. comm., p. 96, obs. HONORAT (A.).

⁵ V. not. Cass. civ. II, 20 juin 1985, n° 83-14776, Bull. civ. II, n° 123 ; 26 févr. 1992, n° 90-18308, Bull. civ. II, n° 67 ; Cass. ass. plén., 15 mai 1992, n° 90-12705, Bull. ass. plén., n° 6.

⁶ V. PÉTEL-TEYSSIÉ (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *art. préc.*, n° 129.

⁷ Sur ces conditions, V. *supra*, n° 437 et s.

⁸ V. *Ibid.* : « *ainsi, après avoir admis le jeu de la prescription sur le terrain de la responsabilité contractuelle, le juge peut constater que la demande est mal fondée sur celui de la responsabilité délictuelle* », V. Cass. civ. I, 28 janv. 1997, n° 94-19747, Bull. civ. I, n° 35.

Elle lui interdit seulement de le faire concernant la demande écartée sur la base de la fin de non-recevoir.

En revanche, si le juge décide d'écarter le moyen de défense qui lui est présenté, se pose alors la question de son impartialité lorsqu'il est amené à juger du fond de la demande.

563. La question de l'impartialité du juge statuant sur le fond après rejet de la fin de non-recevoir. Un auteur a justement pu s'interroger sur le fait de savoir « *si le juge qui écarte une fin de non-recevoir et déclare la prétention recevable, n'encourt pas un grief de partialité en statuant ultérieurement sur le fond de celle-ci* »¹.

Concernant l'appréciation de l'impartialité du juge, la Cour de cassation² et la Cour européenne des Droits de l'Homme³ ont considéré que le seul fait que le juge ait pris connaissance d'une affaire avant de statuer sur le fond de celle-ci n'implique pas en soi une atteinte à l'exigence d'impartialité objective. Il en va autrement si le juge a été amené à se prononcer sur le fond de l'affaire⁴. Ces décisions traduisent l'aspect délicat de la question qui renvoie à la problématique de la distinction entre le fond et la procédure, au cœur des notions de fin de non-recevoir⁵, et d'intérêt légitime à agir⁶. Très précisément cette dernière est traditionnellement considérée comme intégrant des éléments de fond : l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir ne serait qu'« *un artifice parfois utilisé par les tribunaux pour déclarer irrecevable une demande qui est mal fondée en droit* »⁷. Il apparaît alors particulièrement difficile, *a priori*, de « *soutenir que le juge qui, par une première décision admet la légitimité de l'intérêt [...] peut encore rester objectivement impartial lorsqu'il est appelé ultérieurement à statuer sur le fondement de la prétention* »⁸. Ainsi, par exemple, lorsque le juge apprécie la recevabilité d'une demande d'un contractant quant à la sanction

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 197.

² V. Cass. ass. plén. 6 nov. 1998, *Guillotet*, Bull. civ. 1998, ass. plén., n° 4 et 5, p. 6 et 7 : « *la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement* » (décision rendue au visa de l'art. 6, al. 1^{er} CEDH) ; pour une décision similaire relative aux mesures conservatoires prises par le Conseil de la concurrence : V. Cass. com. 9 oct. 2001, Bull. civ. 2001, IV, n° 160, p. 152.

³ V. CEDH, 3^e section, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, req., n° 341430/96, § 45 : « *Le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de la considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugant l'appréciation finale* ».

⁴ V. Cass. ass. plén. 6 nov. 1998, *Bord Na Mona*, Bull. civ. 1998, ass. plén., n° 4 et 5, p. 6 et 7 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation* » (décision rendue au visa de l'art. 6, al. 1^{er} CEDH).

⁵ V. *supra*, n° 512 et s.

⁶ V. *supra*, n° 531 et s.

⁷ V. SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 221, p. 196.

⁸ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 198.

d'un droit découlant du contrat au regard du comportement antérieurement adopté au cours de l'exécution de l'acte, ne préjuge-t-il pas alors du droit à la mise en œuvre de ce remède ?

Encore une fois, c'est la distinction entre le bien-fondé de la demande et le fond d'un antécédent à celle-ci qui permet d'éviter une telle confusion et de considérer que le juge ne se heurte pas à un risque de partialité. En effet, ce n'est pas la même chose pour le magistrat de s'interroger sur la réalité d'un événement antérieur à l'action s'inscrivant en contradiction avec celle-ci, ou sur l'existence du droit dont la sanction est demandée en justice. Par exemple, lorsque le juge se questionne sur la recevabilité de la demande en dissolution de la société pour mésentente entre associés, il apprécie à ce stade si l'associé qui est à l'initiative de l'action est également à l'origine de la mésentente invoquée, mais il ne se prononce pas sur l'opportunité du prononcé de la résolution, c'est-à-dire sur la réalité et l'importance de la mésentente. S'il rejette l'illégitimité de l'intérêt à agir de l'associé, après avoir établi que ce dernier n'est pas à l'origine de la mésentente qu'il invoque, il devra alors, par la suite, apprécier la réalité de la mésentente et la possibilité du prononcé de la dissolution de la société. Cette deuxième question est distincte de la première car elle ne concerne pas la prise en compte du comportement de l'associé demandeur. Ainsi, et contrairement à ce qui est souvent soutenu en doctrine, la fin de non-recevoir consistant en l'illégitimité de l'intérêt à agir n'est pas un mécanisme qui rend *de facto* le juge partial lors de l'appréciation du bien-fondé de la demande jugée recevable.

À ces questions relatives aux effets de la décision statuant sur la recevabilité de la demande quant au rôle du juge, s'en ajoutent d'autres concernant ses effets sur les droits des parties.

B- Les effets sur les droits des parties

564. La situation des parties face au jugement statuant sur la fin de non-recevoir. Le jugement statuant sur la fin de non-recevoir entraîne divers effets sur les droits des parties, selon qu'il accueille ou qu'il rejette ce moyen de défense. Ainsi peut être tout d'abord mise en avant l'incidence, ou plutôt le défaut d'incidence du jugement sur la prescription du droit du demandeur, ensuite il convient de s'interroger sur l'autorité de la chose jugée attachée au jugement, et enfin sur la question des voies de recours offertes contre la décision rendue en la matière.

565. L'absence d'effet interruptif de la prescription. L'ancien article 2247 du Code civil prévoyait que « *si la demande est rejetée, l'interruption [de la prescription] est regardée comme non avenue* ». Cela n'a pas été remis en cause par la réforme de la prescription du 17 juin 2008, car l'article 2243 du Code civil énonce une formule très

similaire : « *l'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande [...] ou si sa demande est définitivement rejetée* ». Or, il est clair, tant en doctrine¹, qu'en jurisprudence², que « *le jugement qui accueille une fin de non-recevoir rejette la demande* »³. Ainsi, lorsque la fin de non-recevoir est constatée, la demande en justice n'interrompt pas la prescription. Il se peut alors que le délai de prescription prenne fin au moment où le juge statue sur la fin de non-recevoir. Cela peut aboutir au constat d'une double cause d'irrecevabilité puisque la prescription est expressément qualifiée de fin de non-recevoir par le législateur à l'article 122 du Code de procédure civile.

Une fois prononcée, la décision statuant sur la fin de non-recevoir acquiert autorité de la chose jugée.

566. L'autorité de la chose jugée. L'article 480 du Code de procédure civile dispose que « *le jugement [...] qui statue sur [...] une fin de non-recevoir [...] a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée, relativement à la contestation qu'il tranche* ». Ce principe a été plusieurs fois rappelé par la Cour de cassation⁴. L'autorité s'attache au jugement, que ce dernier accueille ou qu'il rejette la fin de non-recevoir. Des décisions ultérieures ne sauraient donc en faire fi⁵. Mais cette autorité de la chose jugée est cantonnée à la fin de non-recevoir sur laquelle le juge a été clairement amené à se prononcer. Elle ne doit pas s'étendre à une autre fin de non-recevoir⁶. En effet, « *il faut que l'incident tranché par la décision soit relatif à la fin de non-recevoir pour qu'elle ait autorité de la chose jugée. Mais même dans ce cas, l'autorité de la chose jugée se limite à la fin de non-recevoir particulière ainsi tranchée* »⁷. Ainsi, et par exemple, une décision rejetant une fin de non-recevoir résultant d'un défaut de qualité pour agir ne doit pas faire obstacle à ce qu'une fin de non-recevoir tirée d'un défaut d'intérêt légitime à agir soit invoquée par la suite devant le juge, à partir du moment où celui-ci n'a pas connu ce moyen de défense dans le premier jugement. Cela souligne d'ailleurs l'importance de la précision par le juge de la cause d'irrecevabilité soulevée devant lui⁸.

¹ V. not. auteurs cités par BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 196, n. 1272 et 1273.

² V. not. Cass. civ. III, 22 mars 1983, Bull. civ. 1983, III, n° 81, p. 64.

³ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 196 (c'est l'auteur qui souligne).

⁴ V. not. Cass. civ. II, 30 mars 2000, Bull. civ. II, n° 55, p. 37 ; Cass. soc., 13 nov. 1985, Bull. Civ. V, n° 524, p. 381 ; 13 févr. 1975, Bull. civ. V, n° 69, p. 66.

⁵ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 200.

⁶ V. not. Cass. civ. I, 16 juill. 1997, Bull. civ. I, n° 242, p. 162 ; Cass. civ. III, 21 nov. 1984, Bull. Civ. III, n° 196, p. 152.

⁷ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 201 (c'est l'auteur qui souligne).

⁸ V. PERDRIAU (A.), « Les dispositifs implicites des jugements », *JCP G*, 1988, I, 3352 : « *Si l'irrecevabilité d'une action ou d'une demande est retenue, soit sur la fin de non-recevoir opposée par la défense, soit d'office, il est nécessaire de déclarer expressément l'action ou la demande « irrecevable » ; en ne se contentant pas d'en débouter son auteur ou de rejeter ses prétentions, ce qui ne renseignerait pas suffisamment sur la nature de la décision prise. Il paraît d'ailleurs utile, surtout si plusieurs fins de non-recevoir ont été soulevées, de préciser la*

Reste à savoir s'il est possible pour les parties à l'instance de former une voie de recours contre la décision statuant sur la fin de non-recevoir.

567. Les voies de recours. L'article 544, al. 2 du Code de procédure civile prévoit que le jugement qui statue sur une fin de non-recevoir et qui met fin à l'instance peut être immédiatement frappé d'appel. Une disposition identique existe pour le pourvoi en cassation à l'article 607 du même Code. Or, comme un auteur a clairement pu le souligner, « *la question se pose de savoir quand une décision qui statue sur une fin de non-recevoir met fin à l'instance* »¹. À regarder la jurisprudence, il semble que celle-ci tende à considérer que le jugement qui accueille une fin de non-recevoir et prononce ainsi l'irrecevabilité de la demande mette fin à l'instance². En effet, « *en ce cas, il ne peut plus y avoir d'autre jugement* », ce qui justifie la possibilité d'un appel ou d'une cassation³. En revanche, le jugement qui rejette ce moyen de défense, c'est-à-dire celui « *qui se borne à écarter une fin de non-recevoir* », ne tranche aucune partie du principal et ne met donc pas fin à l'instance⁴. Il ne saurait, dès lors, pouvoir être frappé par un appel ou un pourvoi immédiat⁵. En définitive, il appert que si un recours peut toujours être formé contre la décision statuant sur la recevabilité de la demande par celui contre qui est prononcée la fin de non-recevoir, un même recours n'est pas envisageable au bénéfice de la partie adverse lorsque le juge écarte ce moyen de défense. En une telle hypothèse, il lui reste toutefois la possibilité d'opposer d'autres fins de non-recevoir, tant qu'il n'a pas été conclu sur le fond du litige⁶.

568. Conclusion de la section. Il résulte de l'analyse du régime de la fin de non-recevoir pour cause d'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant une impression combinée de souplesse et de rigueur, qui font de cette mesure un instrument utile de sanction du mauvais comportement contractuel.

La souplesse de ses effets se manifeste, tant à l'égard des parties que du juge. Tout d'abord, le plaideur a la possibilité d'invoquer la fin de non-recevoir en tout état de cause, même en l'absence de grief, bien que cette prétention reste encadrée par l'exigence de loyauté procédurale. Et si le juge accueille ce moyen de défense, la partie adverse peut encore exercer un recours contre cette décision. Ensuite, la fin de non-recevoir est un instrument d'une importante efficacité entre les mains du juge qui a la capacité de la relever d'office et qui peut

cause de l'irrecevabilité en ajoutant « comme formée irrégulièrement, hors délai, prescrite, dénuée d'intérêt », etc. ».

¹ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 202 (c'est l'auteur qui souligne).

² V. not. Cass. civ. II, 9 oct. 1985, Bull. civ. 1985, II, n° 147, p. 97.

³ V. FAUCHÈRES (J.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Rép. Civ. D.*, 1979, n° 34.

⁴ V. BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile, thèse préc.*, n° 202 (c'est l'auteur qui souligne).

⁵ V. *Ibid* (c'est l'auteur qui souligne) ; *adde* arrêts cités par l'auteur, not. Cass. civ. III, 16 déc. 1992, Bull. civ. III, n° 323, p. 199.

⁶ V. *supra*, n° 518.

même la cumuler avec la sanction de l'abus du droit d'agir en justice. De plus, sa décision ne lui empêchera pas de statuer sur le fond, tant qu'il ne se prononce plus sur la demande écartée sur la base de la fin de non-recevoir. Et s'il rejette la fin de non-recevoir, le juge ne doit pas pour autant être considéré comme partial lors du jugement au fond, car l'appréciation de la légitimité à agir renvoie à l'analyse du comportement formant l'« antécédent » de la demande, et non à l'estimation de l'existence du droit et de l'opportunité de sa sanction judiciaire.

La fin de non-recevoir comme sanction de l'illégitimité de l'intérêt à agir présente, par ailleurs, une rigueur certaine. En raison de la particularité de la cause de l'irrecevabilité, cette fin de non-recevoir ne saurait être régularisée par le juge. De plus, le jugement qui accueille la fin de non-recevoir n'a pas d'incidence sur la prescription du droit du plaideur puisque la demande en justice est alors rejetée. Enfin, le jugement acquiert autorité de la chose jugée concernant la fin de non-recevoir qu'il tranche, quel que soit le sens de la décision.

569. Conclusion du chapitre. Les développements qui précèdent auront cherché à démontrer que la fin de non-recevoir, en tant que moyen de défense tendant à constater préalablement au jugement au fond la perte du droit d'agir de l'adversaire, présente une réelle portée répressive. Plus précisément une telle sanction s'avère tout à fait adaptée afin d'empêcher le plaideur de se prévaloir d'un droit alors que cette demande se trouve entachée d'illégitimité en raison du comportement antérieurement adopté par lui au cours de l'exécution du contrat. Ce comportement peut précisément résider en un manquement au devoir de bonne foi ou à une incombance contractuelle accompagnant le droit revendiqué. Ainsi, une sanction commune à ces exigences comportementales semble trouvée, sur le plan procédural, dans le mécanisme de la fin de non-recevoir. Le fondement d'un tel effet réside dans la notion d'intérêt légitime à agir, qui est expressément caractérisée par le législateur comme fin de non-recevoir. En effet, l'évaluation de l'intérêt du contractant à se prévaloir du droit permet au juge d'évacuer du traitement du fond du litige une revendication manifestement incompatible avec l'attitude adoptée au cours de l'exécution du contrat. C'est alors l'antécédent comportemental de l'action qui est pris en compte, et non le bien-fondé du droit invoqué. Les manquements au devoir général de bonne foi ou à une incombance contractuelle pourront être précisément appréhendés comme causes d'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant inconstant, justifiant le refus d'un accès au juge.

La fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt légitime à agir du contractant ayant manqué à son devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle, pourra être invoquée par la partie adverse à tout moment du procès, tant que cela ne constitue pas une manœuvre dilatoire. Elle pourra être également soulevée d'office par le juge en cas de carence du défenseur. Dans tous les cas, la régularisation d'une telle fin de non-recevoir n'est toutefois pas envisageable car l'antécédent rendant l'action illégitime ne pourra être corrigé *a posteriori* par le plaideur, sauf à ce que celui-ci renonce purement et simplement à son action.

Une fois cette fin de non-recevoir soulevée, elle fera alors l'objet d'un jugement à part entière, qui acquerra autorité de la chose jugée. Dans ce jugement, le juge peut décider d'accueillir ou de rejeter le moyen de défense soulevé. S'il l'accueille, sa décision ne l'empêchera pas de statuer plus tard sur le fond, mise à part la demande écartée sur la base de la fin de non-recevoir. De plus, il est possible pour le juge de condamner le plaideur illégitime pour abus du droit d'agir en justice au paiement de dommages-intérêts si les conditions en sont réunies. Par ailleurs, le prononcé de l'irrecevabilité n'interrompt pas la prescription du droit du plaideur, car en déclarant la demande irrecevable, le juge la rejette purement et simplement. Enfin, en ce qu'il met fin à l'instance, le jugement qui accueille une fin de non-recevoir peut faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation. En revanche, si le juge décide d'écarter la fin de non-recevoir, l'instance suit alors normalement son cours. Aucun recours n'est donc envisageable contre ce jugement rejetant la fin de non-recevoir. Et le fait que le juge soit amené à juger de l'affaire au fond par la suite ne doit pas mener à considérer que son jugement sera forcément partial, car son regard ne se portera pas sur les mêmes éléments. En effet, l'appréciation de la légitimité à agir renvoie à l'analyse du comportement formant l'« antécédent » de la demande, tandis que lors du jugement au fond, le juge devra apprécier le bien-fondé du droit invoqué.

La fin de non-recevoir est donc une sanction potentiellement commune à l'incombance et au devoir de bonne foi. Or, il ne s'agit pas du seul effet témoignant d'un recoupement des effets du devoir et de l'incombance. En effet, ces exigences comportementales, en ce qu'elles s'inscrivent spécialement dans le cadre contractuel, trouvent une éventuelle conséquence commune sur le plan substantiel, à savoir que leur manquement peut entraîner la résolution du contrat.

Chapitre II

La sanction du comportement du contractant par la résolution du contrat

570. Une sanction classiquement évitée. La résolution du contrat est une conséquence de l'inexécution qui semble traditionnellement, et par essence, évitée en droit français, car elle marque « l'échec » du contrat¹. De manière assez paradoxale, elle traduit la vigueur du lien contractuel en y mettant fin². Elle révèle la force obligatoire du contrat tout en en constituant une entorse³. Aussi est-elle souvent présentée comme subsidiaire au sein des différentes sanctions de l'inexécution⁴. Son caractère judiciaire de principe, sur lequel insiste particulièrement l'article 1184 du Code civil, marque d'ailleurs la défiance du législateur à l'égard de ce mécanisme décisif⁵. En matière de destruction du contrat, le juge « *apparaît comme un gage de sécurité juridique* »⁶. Son intervention présente plusieurs avantages : elle « *participe de l'idée du refus de la justice privée, qui, exercée à tort, peut provoquer des conséquences irrémédiables sur la relation contractuelle et sur la situation du contractant qui la subit. Elle est aussi un gage de souplesse dans le prononcé de la sanction* »⁷. Les règles en la matière, toujours inchangées depuis 1804, ont été influencées par les écrits des canonistes qui – davantage que les jurisconsultes romains qui ne connaissaient pas de théorie générale de

¹ V. RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 76.

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 5 : « ne se présente-t-elle pas, d'abord, comme un paradoxe ? La résolution sanctionne la force obligatoire du contrat... en la détruisant. » ; adde LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 155 ; JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 451 et s., n° 1.

³ V. *Ibid.*

⁴ Sur l'exposé de la doctrine défendant l'existence d'une hiérarchie entre les sanctions, et sur sa critique, V. not. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 264 ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 358 : « Redoutée comme une mort prématurée, les formules ne manquent pas pour exprimer l'aversion qu'elle suscite : ultimum subsidium, remède au « caractère exceptionnel », « subsidiaire », ressource ultime »... Aussi bien, on en est venu à considérer implicitement que la résolution ne pouvait être décidée qu'en désespoir de cause, l'exécution devant être systématiquement préférée ».

⁵ V. TALLON (D.), « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », in *Université Panthéon-Assas, Clés pour le siècle*, D., 2000, p. 253 et s., n° 291 : Selon l'auteur, l'art. 1184 C. civ. témoigne d'une « répétition quasi obsessionnelle du caractère judiciaire » de la résolution.

⁶ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC*, 1^{er} oct. 2013, n° 2013/4, p. 1643 et s., n° 2.

⁷ V. *Ibid.* ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 7.

la résolution – sont directement à l’origine du fondement moral et humaniste reconnu à cette sanction par le droit positif¹.

Néanmoins, une mutation se fait sentir depuis une vingtaine d’années dans le sens d’une ouverture, d’une facilitation de la résolution du contrat.

571. Vers une facilitation de la résolution du contrat. Une évolution s’opère aujourd’hui sur le terrain de la mise en œuvre de la résolution, qui tend vers davantage d’unilatéralisme². Même si la faveur donnée à une résolution unilatérale du contrat n’est pas nouvelle et avait déjà pu être soulignée par BOYER au début du XX^e siècle³, cette tendance s’accroît nettement depuis peu sous l’influence combinée des droits étrangers, notamment des droits anglais⁴ et allemand⁵, et de l’internationalisation du droit des contrats⁶ afin de favoriser l’efficacité économique de la rupture⁷. Cette volonté de « *changement de paradigme* »⁸ se manifeste à travers les différents projets de réforme qui proposent de consacrer un mode de résolution unilatéral du contrat en droit français⁹. D’ailleurs, la résolution est, parmi les sanctions contractuelles, celle qui serait sans doute la plus modifiée

¹ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924, p. 53 et s. (le droit romain connaissait la *lex commissoria*) ; p. 212 et s. (pour le droit canonique) ; *adde* PANCRAZI-TIAN (M.-E.), « Résolution et résiliation judiciaires », in *La cessation des relations contractuelles d’affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 65 et s.

² V. not. MAZEAUD (D.), « L’introduction de la résolution unilatérale pour inexécution-Rapport français », *RDC*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 1076 et s. ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), « Le déclin du modèle de la résolution judiciaire », *RDC*, 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 86 et s.

³ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 31 et s. : « les tribunaux sont presque arrivés en fait à admettre la résolution de plein droit dans des hypothèses que ne vise aucun texte législatif. Il arrive très souvent en pratique que l’une des parties, n’obtenant pas l’exécution des engagements pris envers elle, refuse d’exécuter sa propre prestation et demande ensuite à la justice de valider son refus en prononçant la résolution du contrat. [...] Les tribunaux approuvent ce refus d’exécuter si l’inexécution constitue une atteinte grave à la bonne foi, si elle met en péril pressant les intérêts du créancier, ou, enfin, si elle rompt l’équilibre entre les prestations des deux contractants ».

⁴ V. OGUS (A.-I.), « Les remèdes à l’inexécution du contrat », in *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 299 et s. ; TREITEL (G.-H.), *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

⁵ V. CONSTANTINESCO (L.-J.), *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Paris, Rousseau et Cie, 1940 ; MÄSCH (G.) « Le rôle du juge et des parties dans l’anéantissement du contrat : le droit allemand », *RDC*, 1^{er} oct. 2013, n° 2013/4, p. 1643 et s., V. § 323 et 324 BGB.

⁶ V. Les *Principes UNIDROIT* (art. 7.3.2) et *européens* (art. 9.303), mais aussi dans la *CVIM* (art. 49 et 64) ; *adde* ROCHFELD (J.), « Résolution et exception d’inexécution », in *Les concepts contractuels français à l’heure des Principes du droit européen des contrats*, (ss dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, D., 2003, p. 213 et s. ; TALLON (D.), « L’article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », *art. préc.*, n° 298.

⁷ V. *infra*, n° 610 et s.

⁸ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 611.

⁹ V. ancien art. 132 de l’avant-projet de réforme : « La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire, soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice. » ; *adde* GAUTHIER (P.-Y.), « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.*, 1^{er} oct. 2014, n° 240, p. 70 et s. : « La résolution judiciaire vient en dernier (annonce de l’article 132, puis de l’article 135), en outre dans une formule presque péjorative : « la résolution peut toujours être demandée en justice ». » ; V. art. 1224 du *Projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « La résolution résulte soit de l’application d’une clause résolutoire, soit, en cas d’inexécution suffisamment grave, d’une notification du créancier au débiteur ou d’une décision de justice. ».

par la réforme du droit des contrats si le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* venait à être adopté¹. Néanmoins, la résolution judiciaire subsisterait dans ce nouveau cadre², qui consacrerait une option au bénéfice du créancier entre résolution unilatérale, résolution judiciaire, et mise en œuvre d'une clause résolutoire préalablement stipulée dans le contrat³.

La faveur d'ores et déjà donnée par la jurisprudence à la résolution unilatérale du contrat pour manquement grave⁴ participe d'ailleurs de l'idée selon laquelle différents modes de résolution sont aujourd'hui au service de la sanction du mauvais comportement contractuel.

572. La résolution du contrat au service de la sanction du comportement contractuel. L'évolution récente que connaît le droit des contrats sur le plan de la résolution pour inexécution est opportune car cette mesure gagne à être facilitée plutôt qu'évitée lorsque l'atteinte portée à la force obligatoire est telle que la seule issue envisageable pour le contractant est de sortir de ce lien qui ne lui apporte plus satisfaction afin de pouvoir repartir sur de meilleures bases avec un autre partenaire. La résolution a cette utilité indéniable de permettre l'anéantissement d'un contrat qui ne présente plus, en cours d'exécution, l'intérêt qu'il suscitait lors de sa conclusion⁵.

Or, à bien vouloir considérer que l'intérêt d'une partie au contrat ne se résume pas à l'exécution de l'obligation de son partenaire, mais plus largement à ce que ce dernier adopte un comportement compatible avec la bonne réussite du but contractuel⁶, cette sanction s'avère particulièrement adaptée en cas de manquement à un devoir contractuel, en ce qu'un tel comportement est de nature à nuire directement à l'utilité du contrat⁷. Précisément, la tendance actuelle est à l'extension du champ des hypothèses de résolution lorsque le comportement du contractant est en jeu. Cela prouve que l'attitude du contractant trouve une incidence directe sur la vie du contrat, sur la pérennité du lien contractuel. Le manquement au devoir contractuel, principalement, emporte des conséquences directes sur l'existence du contrat.

¹ V. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 19 et s.

² V. art. 1227 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « La résolution peut toujours être demandée en justice ».

³ V. MEKKI (M.), « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *GP*, 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 37 et s., n° 21.

⁴ V. *infra*, n° 610 et s.

⁵ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 216, spéc. n° 264 : « l'intérêt du créancier au jour de la conclusion du contrat (intérêt à l'exécution) ne perdure pas nécessairement au lendemain de l'inexécution ».

⁶ Pour les développements sur la notion d'utilité du contrat, V. *supra*, n° 274 et s.

⁷ Pour le lien entre utilité du contrat et observation du devoir contractuel, V. *supra*, n° 276 et s.

En revanche, la résolution comme sanction de l'incombance paraît *a priori* inopportune, car cette exigence est dotée d'une sanction singulière qui favorise le maintien du contrat¹. En effet, la déchéance qui est encourue en cas de manquement à une incombance a pour effet de priver un contractant de la jouissance d'un droit tout en permettant la poursuite du contrat sur la base d'un nouvel équilibre². D'ailleurs, il est très peu probable, dans les faits, que le cocontractant demande la résolution du contrat pour le manquement à une incombance car la déchéance protège suffisamment ses intérêts³. Ainsi, si la résolution s'avère tout à fait opportune pour sanctionner le manquement au devoir contractuel, elle semble *a priori* incompatible avec le mécanisme particulier de l'incombance.

Pourtant, il n'est pas réellement pertinent de s'arrêter à ce schéma un peu simpliste. En effet, rien n'empêche en théorie qu'une résolution soit impliquée par le manquement à une incombance contractuelle⁴. Néanmoins, si cela est techniquement possible, il conviendra de voir à quelles conditions et de quelle manière cette sanction peut intervenir, car même à reconnaître que la résolution est communément applicable aux devoirs et aux incombances contractuels, elle n'opère alors dans ces deux types d'hypothèses, ni nécessairement avec la même systématité, ni selon le même esprit.

Précisément, ce n'est que de manière très incidente que cette sanction peut être partagée par le devoir et l'incombance. Cela est essentiellement envisageable lorsqu'elle est décidée par le juge (Section I). En revanche, lorsqu'elle intervient dans un cadre extra-judiciaire, la résolution s'avère davantage justifiée et adaptée au manquement au devoir qu'à la seule circonstance de l'inobservation d'une incombance (Section II).

¹ Sur la finalité de l'incombance, V. *supra*, n° 297 et s.

² Sur la déchéance V. *supra*, n° 414 et s.

³ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 14 : « Dans un grand nombre d'hypothèses, la résolution, possible en théorie, serait pratiquement contraire aux intérêts du demandeur ».

⁴ En ce sens, V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 306 et s.

Section I

Manquement à un devoir ou à une incombance et résolution judiciaire du contrat

573. La gravité des effets de la résolution judiciaire du contrat. La résolution judiciaire emporte un effet particulièrement grave parce que décisif, qui est la disparition, la fin du contrat¹. De plus, par principe, cet effet est rétroactif, c'est-à-dire que l'anéantissement du contrat n'opère pas seulement pour l'avenir, mais également pour le passé, ce qui implique que ce qui aura été reçu en vertu du contrat devra être restitué au cocontractant dans la mesure du possible². Ce principe connaît, bien sûr, des exceptions, notamment concernant les contrats à exécution successive, pour lesquels il est fait recours à la résiliation, sanction à laquelle est associé un effet résolutoire non rétroactif. D'ailleurs, les questions relatives à la réalité, à l'utilité et au domaine de la rétroactivité de la résolution sont abondamment discutées en doctrine³. De même, l'étendue de l'effet résolutoire fait l'objet de controverses.

574. Un effet résolutoire limité aux obligations contractuelles ? Se fondant sur la distinction révélée par M. ANCEL entre force obligatoire du contrat et contenu obligationnel⁴, un auteur a pu défendre l'idée que la résolution n'affecterait que les obligations et non le contrat lui-même⁵. Rattachée à l'étude des devoirs et incombances, une telle analyse impliquerait donc que ces contraintes comportementales resteraient à la charge des parties malgré la résolution. Ces dernières seraient seulement libérées de l'exécution des obligations nées du contrat.

Mais en réalité, dans la volonté de contrer la fiction selon laquelle la rétroactivité de la résolution ferait comme si le contrat n'avait jamais existé, et de démontrer que certains éléments participant du contenu du contrat ont vocation à subsister malgré la résolution,

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 445-3. Si l'article 1184 du Code civil n'est pas vraiment explicite concernant les effets de la résolution, le projet d'ordonnance prévoit deux articles spécialement dédiés à la précision des conséquences de cette mesure, V. art. 1229 et 1230 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

² BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse préc.*, p. 34 et s. : « L'effet ordinaire de la résolution est d'enlever au contrat qu'elle frappe toute efficacité juridique. Les parties sont déliées de leurs engagements et le contrat est considéré comme n'ayant jamais été conclu. Non seulement les obligations qu'il engendrait disparaissent pour l'avenir, mais la résolution efface même leurs effets juridiques passés » ; adde FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 445-3 et 445-37 et s. ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 653 et s.

³ Les questions relatives aux conséquences de la résolution dépassant assez largement le cadre de cette étude, il sera simplement fait, en la matière, un renvoi à l'analyse particulièrement riche de Thomas GÉNICON : V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 696 et s.

⁴ V. *supra*, n° 68 et s. et n° 104 et s.

⁵ V. RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, préf. Ch. Jamin, Paris, D., 2003, n° 288 et s.

l'auteur opère une confusion entre résolution et suspension de l'exécution¹. En effet, c'est une chose de dire que le contrat passé a bel et bien existé malgré sa résolution, c'en est une autre de considérer que celle-ci n'a aucun impact sur son existence pour l'avenir². Il est vrai que le contrat anéanti reste une réalité pour le passé. C'est d'ailleurs cette existence passée qui contribue à justifier la survivance des clauses destinées à produire effet en cas de résolution³, ainsi que la responsabilité contractuelle de la partie aux torts de laquelle la résolution est prononcée⁴. Et si certaines clauses subsistent et ont vocation à s'appliquer malgré la résolution du contrat, ce n'est pas, contrairement à ce qui a pu être prétendu, parce que l'effet résolutoire se cantonnerait aux obligations, mais plus exactement en raison de l'objet même de ces clauses⁵. Le fait que des clauses qui régissent l'après-contrat, et qui sont indépendantes de l'opération économique poursuivie dans l'acte résolu, puissent s'appliquer malgré la résolution du contrat, se justifie de par leur nature propre⁶. Considérer l'effet résolutoire comme restreint aux obligations nées du contrat impliquerait que les parties resteraient dans un lien contractuel qui ne leur servirait plus à rien sur le plan économique mais qui les contraindrait à continuer à observer les exigences comportementales découlant de la force obligatoire du contrat. En réalité l'effet résolutoire s'inscrit au-delà des seules obligations contractuelles. Cela justifie, sur le plan réel, que la résolution puisse remettre en cause les effets extinctif ou translatif de droits⁷. Également, sur le plan personnel, cela se traduit concrètement par le fait que les parties ne sont alors plus tenues d'observer les contraintes comportementales spécialement impliquées par la conclusion de l'acte.

575. Manquement à un devoir ou à une incombance et fonctions de la résolution. Emportées par l'effet extinctif de la résolution, les contraintes contractuelles non-obligationnelles sont d'ailleurs, en amont, de nature à justifier la proclamation d'une telle sanction par le juge en cas de manquement. En effet, les conditions attachées à la résolution judiciaire ne sont pas un obstacle à ce qu'elle soit prononcée à la suite de l'inobservation d'un devoir ou d'une incombance contractuelle.

Précisément, il sera vu que cette mesure est particulièrement compatible avec le manquement à un devoir contractuel, notamment dans sa fonction punitive, à titre de

¹ Pour une telle critique, brillamment menée, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 52 et s., spéc. n° 61 et s. Sur l'absence d'impact de la suspension de l'exécution sur l'observation des devoirs, V. *supra*, n° 352.

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 63 et s.

³ V. *Ibid.*, n° 766.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. *Ibid.*, n° 769 et s.

⁶ V. l'art. 1230 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, qui prévoit expressément que la résolution n'affecte pas certaines clauses ayant pour objet leur application à la fin du contrat : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ».

⁷ En ce sens, V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 57 et s.

répression d'un comportement attentatoire à la force obligatoire du contrat, et empêchant de ce fait la bonne poursuite du but contractuel (§1). Et s'il est difficile de dire la même chose en cas de manquement à une incombance, car alors la déchéance remplit à elle seule le rôle de punition du contractant négligent, néanmoins, dans cette hypothèse, le juge peut parfois estimer la résolution du contrat opportune pour d'autres raisons, et notamment en vue de protéger le cocontractant contre un risque de dommage futur (§2).

§1-La résolution judiciaire du contrat en cas de manquement à un devoir contractuel

576. Des obstacles supposés à la résolution du contrat pour manquement à un devoir contractuel. *A priori*, un double obstacle semble se dresser face à la sanction d'un manquement à un devoir contractuel par la résolution judiciaire du contrat. Tout d'abord, une première difficulté résiderait dans le domaine étroit généralement alloué à la résolution, à savoir celui des contrats synallagmatiques. Ensuite, une seconde semble consister dans la condition du constat d'une inexécution contractuelle. La résolution ne serait possible qu'en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Il sera pourtant vu que, tant le domaine de la résolution (A), que la condition de l'inexécution (B) ne sont que des obstacles supposés mais non réels à la reconnaissance de cette sanction du manquement au devoir contractuel.

A- Domaine de la résolution et sanction du devoir contractuel

577. Le dépassement du domaine traditionnel de la résolution. Traditionnellement, seuls les contrats synallagmatiques sont concernés par la résolution, car en raison de l'inexécution de son obligation par l'une des parties, l'engagement de son partenaire se trouve alors privé de cause, ce qui l'autorise à demander au juge qu'il mette fin à la relation contractuelle. Mais ce domaine traditionnel (1) se trouve de plus en plus remis en question à travers une approche renouvelée du contenu contractuel et de la cause du contrat. Ces observations modernes sont directement à l'appui de la démonstration d'un domaine élargi de la résolution judiciaire (2).

1. Un domaine a priori réservé aux contrats synallagmatiques

578. Le fondement textuel : la condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. L'article 1184, alinéa 1 du Code civil dispose que « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ». À la lecture de cette règle, il semble que « *la résolution ne joue que dans les contrats synallagmatiques* »¹. En effet, l'idée sous-jacente est que, dans un contrat qui donne naissance à des obligations réciproques à la charge des parties, « *dès lors que l'un des contractants n'exécute pas son obligation, il est juste de donner à l'autre le droit de se dégager* »².

Cependant, la référence faite par le législateur à la condition résolutoire est très discutable et a été vivement critiquée en doctrine pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les auteurs fustigent généralement le fondement fictif alors donné à la résolution : selon le législateur « *la résolution s'expliquerait par une présomption légale introduisant cette clause dans le contrat même si rien dans la convention ne permet d'affirmer que les parties aient voulu soumettre leurs obligations à cette modalité* »³. Ensuite, la situation de cette règle au sein des dispositions relatives à la condition est souvent désapprouvée en doctrine en ce qu'elle encourage une confusion entre ces deux mécanismes pourtant différents⁴ : contrairement à la résolution pour inexécution, la condition résolutoire opère de plein droit, elle ne nécessite pas un recours au juge. Enfin, « *il est erroné de parler de « condition » lorsqu'il s'agit d'un élément essentiel à la formation du contrat : consentement, objet, cause. La condition est une modalité adventice d'une obligation qui peut se concevoir sans elle : or la prestation promise dans un contrat synallagmatique est de l'essence de ce contrat* »⁵. Et précisément, il a été avancé que cette disposition procéderait d'une maladresse dans la reprise de la théorie de POTHIER par les rédacteurs du Code civil, qui au lieu de préciser « *qu'il est inutile d'insérer une condition résolutoire [dans un contrat synallagmatique], étant donné que le juge peut d'office prononcer la résolution [...], ont posé qu'il y avait une condition résolutoire sous-entendue, ce qui est tout à fait différent* »⁶.

Il n'en reste pas moins qu'au fondement de ce domaine spécifique alloué à la résolution judiciaire se trouve l'idée principale et ancienne d'une interdépendance entre les obligations nées d'un contrat synallagmatique, c'est à dire une référence à la cause de l'obligation.

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 646 ; adde FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 445-7 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Le domaine de l'action résolutoire : Recherches sur le contrat synallagmatique*, Pau, 1988.

² V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 647.

³ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse préc.*, p. 40.

⁴ V. TALLON (D.), « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », *art. préc.*

⁵ V. CASSIN (R.), « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *RTD Civ.*, 1945, p. 159 et s., n° 2.

⁶ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 644.

579. Le fondement théorique : la cause objective. La restriction du domaine traditionnel de la résolution judiciaire aux contrats synallagmatiques « *s'explique par l'interdépendance des obligations existant dans ce type de contrat, où les obligations de l'un constituent la cause des obligations de l'autre* »¹. Cette idée issue des écrits du droit canon a traversé les siècles, et c'est au XVIII^e siècle que POTHIER a clairement relié le constat de la réciprocité des obligations justifiant la résolution du contrat à la notion de cause². Depuis, d'éminents auteurs ont défendu à leur tour ce fondement³. Et ce sont principalement les travaux de CAPITANT qui ont été décisifs quant à la révélation des liens qui existent entre la résolution et la cause⁴. Selon l'auteur, la cause est l'objectif poursuivi par le contractant, but qu'il définit dans un contrat synallagmatique, non pas comme étant l'obligation de l'autre – car cela renverrait au consentement – mais « *la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour* »⁵. Cette idée permet d'expliquer l'effet de la cause au stade de l'exécution du contrat : en cas d'inexécution de mon cocontractant « *le but en vue duquel je me suis obligé ne peut plus être atteint, par conséquent, mon obligation est sans cause, je demande à en être déchargé* »⁶.

La cause objective comme fondement de la résolution judiciaire est d'ailleurs confortée depuis longtemps par la jurisprudence⁷.

Mais par ailleurs, la prise en compte de l'interdépendance des obligations, et donc le recours à la cause objective a pu mener la jurisprudence, d'une part, à étendre le domaine de la résolution judiciaire au-delà du cadre des contrats synallagmatiques, et d'autre part, à en refuser l'application à certains contrats de ce type. Ainsi, il existe des exceptions classiques à ce domaine de principe, fondées sur la cause objective.

580. L'existence d'exceptions classiques. Il est depuis longtemps constaté qu'il n'est pas juste de dire que tous les contrats synallagmatiques, et exclusivement ces derniers,

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 445-7.

² V. not. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse préc.* ; adde TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 644.

³ V. not. DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris, 1871, n° 489, p. 468 et s. ; adde LAROMBIÈRE (M.-L.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t. 3, Paris, 1885, n° 1, p. 83 ; PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD Civ.*, 1912, p. 61 et s.

⁴ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations, thèse préc.*, n° 147 et s. ; adde BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse préc.*, p. 45 et s. ; SAVATIER (R.), note sous Trib. civ. Lille, 2 déc. 1949, *D.*, 1950, p. 566 et s.

⁵ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations, thèse préc.*, n° 14.

⁶ V. *Ibid.*, n° 147.

⁷ V. not. Cass. civ., 29 nov. 1865, *S.*, 1866, 1, 21, *D.*, 1866, 1, 27 ; 14 avr. 1891, *DP*, 1891, 1, 329, note PLANIOL (M.), *S.*, 1994, 1, 391, Grands arrêts, n° 176 ; 5 mai 1920, *S.*, 1922, 1, 298 ; 30 déc. 1941, *DH*, 1942, 98 ; 22 nov. 1921, *S.*, 1923, 1, 81 ; Cass. com., 24 avr. 1950, *Bull. civ. III*, n° 139, p. 97 ; 2 juill. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 198, p. 170, *Defr.*, 1996, p. 1364, n° 146, obs. MAZEAUD (D.) ; *JCP G*, 1996 I, 3983, n° 14, obs. JAMIN (Ch.) ; adde JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique?, *art. préc.*, n° 11.

peuvent faire l'objet d'une résolution judiciaire¹. En effet, d'une part, le domaine de la résolution a été étendu par la jurisprudence aux contrats unilatéraux à titre onéreux², et d'autre part, il a été réduit, car certains contrats synallagmatiques ne peuvent faire l'objet de cette résolution judiciaire de droit commun³. Au regard de ces exceptions classiquement reconnues, il a pu être très justement suggéré par un auteur de comprendre « *l'expression contrats synallagmatiques contenue dans l'article 1184 [non pas] comme une restriction, mais comme une simple indication visant les hypothèses les plus fréquentes de résolution* »⁴. Et finalement, il convient d'« *admettre que dans notre droit, la résolution pour inexécution peut s'appliquer à tous les contrats* »⁵.

Cette remise en cause du cantonnement de principe du domaine de la résolution judiciaire est d'autant plus juste à la lumière d'analyses modernes du contrat, proposées tant quant à la compréhension de son contenu que quant à l'étude de sa finalité. A l'appui de ces récentes recherches, il peut être démontré que le domaine de ce remède contractuel trouve, par principe, une bien plus large étendue que celle qui lui est classiquement reconnue.

2. *Un domaine potentiellement étendu à tout type de contrat*

581. La résolution judiciaire fondée sur une analyse renouvelée de la cause. La théorie de la cause proposée par CAPITANT a le mérite de montrer le potentiel de ce concept au stade de l'exécution du contrat. Son rôle dépasse le cadre de la formation de l'acte, et cela se traduit notamment quant au lien opéré entre la cause et la sanction de l'inexécution par la résolution. Néanmoins, l'auteur s'en tient à la prise en compte du contenu du contrat tel que voulu par les parties, pour expliquer qu'il doit être détruit dès lors que le créancier ne peut plus obtenir ce qu'il en attendait⁶. Cette automaticité de la résolution, liée à son fondement volontariste, a été critiquée en doctrine, notamment en ce que cela ne correspond pas à la réalité du droit positif⁷.

¹ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 13 et s.

² V. Art. 953, 1912 et 2344 C. civ. ; *adde* TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 648 ; FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 445-13.

³ La règle de l'art. 1184 C. civ. est écartée pour le contrat d'assurance (art. L. 113-3 C. assur.), la rente viagère (art. 1977 et 1978 C. civ.), les contrats de travail, les cessions d'office ministériel (V. FAGES (B.), Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 445-9 et s.) et le partage (V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 649). Elle est également supplantée par l'art. L. 622-21, I, 2° C. com. en cas de procédure collective (V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 445-12).

⁴ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 13. (C'est l'auteur qui souligne).

⁵ V. *Ibid.*, p. 16.

⁶ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 147.

⁷ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 108 et s.

Or, une analyse renouvelée de la cause permet de conforter l'explication de la résolution par la perte d'intérêt du contrat en cours d'exécution, tout en évitant ce double écueil.

En effet, il est aujourd'hui reconnu par une partie de la doctrine française que la cause ne renvoie pas seulement à la contrepartie de l'obligation, mais traduit plus largement l'intérêt du contrat, ce qui comprend, d'une part, les motifs spécialement intégrés dans le champ contractuel¹, et d'autre part, la correcte observation des contraintes objectives qui s'imposent aux parties en compensation des droits et avantages qu'elles retirent du contrat². D'ailleurs, à la moitié du siècle dernier, CASSIN faisait déjà très justement observer qu'il ne convient pas de limiter la cause à la contrepartie, c'est-à-dire à l'obligation qui pèse sur le créancier, car ainsi comprise elle ne permet pas d'expliquer la résolution du contrat pour manquement à la bonne foi³. Cet auteur avait mis en évidence que l'utilité du contrat ne doit pas être réduite à son utilité économique⁴. En effet, l'utilité du contrat, critère nécessairement abstrait⁵, apprécié concrètement au regard de différentes considérations par le juge⁶, s'inscrit au-delà de la seule prise en compte de l'échange patrimonial. Il s'agit, pour le magistrat, d'évaluer « *l'avenir de la situation contractuelle* »⁷. Il doit déterminer si la destruction du contrat « *est plus utile que son maintien ou son maintien plus utile que son anéantissement* »⁸. Et s'il est vrai que la perte d'intérêt du contrat rendant sa fin opportune résultera souvent de l'inexécution d'une obligation essentielle, elle peut également découler de l'adoption d'un comportement déloyal nuisant si fortement à la bonne poursuite de la relation, que la destruction de l'acte est la seule issue envisageable⁹. Ce n'est pas systématiquement l'inexécution de l'obligation qui justifie la résolution du contrat, mais le fait que le processus exécutoire ne suive pas le cours légitimement espéré par le cocontractant.

¹ La condition résolutoire est d'ailleurs un moyen pour les parties de définir, de préciser, l'intérêt du contrat, elle permet d'intégrer certains motifs à la cause : V. not. GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 137 ; adde BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, thèse préc., p. 226, n. 2 ; WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 294 et s. et 310 ; PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996, n° 134.

² V. not. WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse préc., n° 647 ; ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, thèse préc., n° 320 et s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 246. Pour une critique de la théorie générale de la résolution pour perte d'intérêt du contrat, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 83 et s. Sur le lien entre contenu du contrat et cause du contrat, V. *supra*, n° 292 et s.

³ V. CASSIN (R.), « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *art. préc.*, n° 3.

⁴ V. not. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 219 et s.

⁵ V. *Ibid.*, n° 219.

⁶ V. *Ibid.*, n° 220 et s. Pour une telle observation concernant spécifiquement l'appréciation de l'utilité économique du contrat : V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 434 et s.

⁷ V. GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse préc., n° 204 et s., p. 248 et s.

⁸ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 219.

⁹ V. ROCHFELD (J.), « Résolution et exception d'inexécution », *art. préc.*

Par ailleurs, ce recours à la cause ne signifie pas que la résolution doive opérer de plein droit, sans que le juge n'ait son mot à dire. Le fait qu'il soit proposé de fonder la résolution sur la cause ne doit pas mener à considérer qu'elle jouerait au moyen d'une condition résolutoire implicite et donc qu'elle serait nécessairement attachée à la volonté des parties¹. Au contraire, en ce qu'elle a le potentiel de traduire la double influence de l'objectif et du subjectif au cœur du contrat², la notion de cause a une vertu explicative du rôle du juge qui prononce la résolution : celui-ci l'utilise à titre de repère, afin de déterminer si le contrat mérite ou non d'être résolu³. La résolution peut être prononcée à chaque fois que le magistrat aboutit au constat de la perte d'utilité du contrat, d'un point de vue subjectif comme objectif.

Ainsi entendue, la notion de cause revêt un sens large, qui ne la réduit pas à la fonction patrimoniale du contrat, et donc à l'utilité économique de la résolution judiciaire⁴. Or, cela a une incidence directe sur le domaine de cette mesure.

582. La perte de l'utilité du contrat au-delà de l'inexécution d'une obligation.

L'approche ici défendue de la notion de cause comme fondement de la résolution judiciaire permet de reconnaître que cette sanction contractuelle a vocation à s'inscrire dans un domaine beaucoup plus large que celui des contrats synallagmatiques, et cela par principe.

En effet, dans tout contrat, qu'il soit synallagmatique ou unilatéral, chaque partie est tenue à quelque chose vis-à-vis de son partenaire. Les contraintes contractuelles non-obligationnelles traduisent la force obligatoire du contrat à l'égard de chacun au surplus, ou en l'absence, d'obligations contractuelles à exécuter⁵. Elles apparaissent d'ailleurs avec une certaine force lorsqu'elles pèsent sur le créancier à un contrat unilatéral, car alors, par essence, l'attitude attendue de lui ne peut être traduite par le recours à la notion d'obligation. Et précisément, à travers les exceptions classiques au domaine exclusif de la résolution⁶, il est possible de constater l'existence de devoirs à la charge du créancier dont le manquement justifie le prononcé de cette sanction : le fait de veiller sur la chose en homme raisonnable, de ne pas en abuser, ou de maintenir les sûretés, sont autant de devoirs imposés à l'emprunteur, au créancier gagiste ou au dépositaire⁷. Il ne s'agit pas dans ces hypothèses de « prestations

¹ Pour une telle critique, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 115 et s.

² V. *supra*, n° 289 et s.

³ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 180 : « En reconnaissant que le juge crée toujours la résolution et que cette dernière n'est jamais constatée, on pourrait considérer que la cause est la justification des pouvoirs du juge et la directive par laquelle ils sont bornés ».

⁴ *Contra*, V. *Ibid*, n° 88 : « L'étude de la résolution pour inexécution montre que, même s'il est déterminant, le critère de la perte d'intérêt ne suffit pas à l'expliquer. [...] ce n'est pas parce que l'inexécution n'a pas retiré cet intérêt que le contrat est nécessairement maintenu. D'autres considérations entrent en compte telle la volonté de sanctionner une partie ou au contraire de la protéger particulièrement, qui pèsent parfois lourdement dans la décision du juge. » ; *adde*, n° 193 et s.

⁵ V. *supra*, n° 111 et s.

⁶ V. *supra*, n° 580.

⁷ Pour l'emprunteur, V. art. 1912 C. civ. ; pour le créancier gagiste, V. art. 2344 C. civ. ; pour le dépositaire, V. art. 1927 C. civ.

qui se font face »¹, mais bien de contraintes comportementales imposées au créancier en dépit du fait qu'il n'ait aucune obligation à exécuter². La force de ces contraintes, de par leur nature essentielle et catégorique³, justifie que leur manquement puisse entraîner la résolution du contrat à la demande du débiteur. Et si le législateur est parfois resté muet quant aux contraintes pesant sur le créancier dans certains contrats unilatéraux, tels que le cautionnement et le commodat, il n'en reste pas moins que, dans ces hypothèses, le devoir général de bonne foi qui pèse sur chaque partie au cours de l'exécution du contrat est une exigence *minimum* qui s'impose au créancier dont la déloyauté peut alors fonder la fin de la relation contractuelle⁴. Les devoirs contractuels traduisent l'idée d'équité qui transcende les contrats, y compris les contrats unilatéraux, qui peuvent pourtant paraître déséquilibrés par nature : ils sont un contrepoids aux droits dont dispose le créancier et qu'il doit respecter tant que dure la relation contractuelle⁵. Le manquement au devoir, tout autant que l'inexécution d'une obligation, est alors de nature à ruiner l'équilibre initial de l'acte, et peut ainsi être à l'origine du prononcé de la résolution par le juge⁶. La reconnaissance de l'existence de devoirs à la charge du créancier dans un contrat unilatéral met à mal l'idée selon laquelle ce type de contrat serait, par nature, totalement hermétique à la résolution judiciaire. Finalement, la prise en compte de la faute du créancier comme justificatif de la résolution du contrat suffit à convaincre que le domaine de cette sanction ne peut être réduit à celui des contrats synallagmatiques⁷. Chaque partie, dans tout contrat, est « *en droit d'attendre de l'autre, plus encore qu'une ou des prestations, une attitude conforme à la finalité du contrat, conforme à l'association d'intérêts opposés qu'il constitue* »⁸.

583. La sanction du devoir contractuel par la résolution judiciaire confortée. Si, au premier abord, le domaine de principe de la résolution judiciaire semble être un obstacle à ce qu'elle puisse sanctionner le manquement à un devoir contractuel, tant les exceptions classiques à ce principe, qu'une conception renouvelée de la cause, sont de nature à justifier, au contraire, que la résolution soit prononcée dans l'hypothèse où un contractant viendrait à manquer à l'un de ses devoirs. En outre, la condition de l'inexécution contractuelle ne doit

¹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 261 (l'auteur qualifie ces contraintes de « *prestations* »).

² V. *supra*, n° 67 et s.

³ V. *supra*, n° 182 et s.

⁴ V. *supra*, n° 108 et s. Ces observations ne tendent pas pour autant à remettre en cause le caractère unilatéral de ces contrats, car ce sont exclusivement les obligations contractuelles qui sont prises en compte pour établir cette classification traditionnelle.

⁵ V. *supra*, n° 84 et s.

⁶ V. CASSIN (R.), « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *art. préc.*, n° 4. Pour une référence jurisprudentielle à une « règle d'équité » concernant la résolution, V. Cass. civ., 29 nov. 1865, *S.*, 1866, 1, p. 21 (in JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », *art. préc.*, n° 2).

⁷ Sur le lien entre la résolution du contrat et la *mora creditoris*, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 309 et s.

⁸ V. AYNÈS (L.), « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *art. préc.*

pas davantage être considérée comme empêchant d'appliquer la résolution du contrat en cas d'inobservation d'un devoir contractuel, car en pratique, il est aisé de constater que c'est plus largement un manquement contractuel qui en justifie le prononcé aux yeux du juge.

B- Condition de l'inexécution contractuelle et sanction du devoir contractuel

584. Les incertitudes liées à la notion d'inexécution contractuelle. Lorsque le créancier estime que le débiteur n'a pas ou mal exécuté son obligation, il est en droit de demander la résolution du contrat au juge¹. Mais s'il est classiquement considéré que c'est l'inexécution contractuelle qui est à l'origine de la résolution judiciaire², reste néanmoins à déterminer ce qu'elle est exactement³. Or, il a déjà été vu lors de l'étude du domaine des autres remèdes contractuels⁴ que « *la notion même d'inexécution du contrat suscite quelques difficultés* »⁵. De manière assez classique, la notion d'inexécution renvoie au « *non-accomplissement d'une obligation* »⁶. Pourtant, la démonstration de la possibilité d'appliquer l'exception d'inexécution⁷ ou l'exécution forcée en nature⁸ en cas de manquement à un devoir aura amorcé la remise en question du cantonnement traditionnel du jeu de ces sanctions au constat de l'inexécution d'une obligation. À leur image, la résolution doit pouvoir intervenir lorsque le manquement constaté contrarie « *la logique du pacte sans consister pour autant en l'absence d'une prestation expressément décrite* »⁹. D'ailleurs, l'article 1184 du Code civil fait référence au manquement à l'« *engagement* », ce qui est théoriquement plus large que l'inexécution de l'obligation¹⁰. De plus, il est souvent fait recours, dans la pratique, au critère de gravité du manquement (1). Or, l'inobservation d'un devoir contractuel, en tant que faute contractuelle particulièrement grave, qui attente à l'utilité de l'acte, est tout à fait en mesure de justifier le prononcé d'une résolution judiciaire (2).

¹ Pour la démonstration selon laquelle la résolution résulte d'une « proposition » du créancier : V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 354 et s.

² Ainsi, bien qu'elle ait un effet semblable à celui de la nullité, qui emporte aussi anéantissement de l'acte, la résolution s'en différencie nettement de par sa cause efficiente, V. *Ibid*, n° 19 : « *la nullité consiste à sanctionner la violation des règles qui président à la formation des conventions. En revanche, le contrat est résolu parce que l'une des parties a manqué aux obligations qu'il avait pourtant régulièrement fait naître* » ; adde RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, thèse préc., n° 517.

³ V. *Ibid*, n° 279.

⁴ V. *supra*, n° 341 et s.

⁵ V. *Ibid*, n° 279.

⁶ V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Inexécution.

⁷ V. *supra*, n° 342 et s.

⁸ V. *supra*, n° 354 et s.

⁹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 280.

¹⁰ V. MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, thèse préc., n° 384.

1. La prise en compte de la gravité du manquement

585. Le constat d'un recours au critère de gravité de l'inexécution. Par principe, la seule nécessité liée au prononcé de la résolution judiciaire est l'inexécution d'une obligation, sans qu'il soit imposé de constater l'existence d'un préjudice, ni d'une faute¹. Ainsi, la résolution judiciaire est possible en cas d'inexécution pour cause de force majeure². Les termes de l'article 1184 du Code civil sont suffisamment larges pour viser une inexécution fautive comme non-fautive³.

Pour autant, l'immense majorité des auteurs s'accorde pour reconnaître que dans tous les cas, ce n'est pas n'importe quel manquement qui doit justifier la résolution, mais un manquement d'une certaine gravité⁴. En effet, selon un large consensus, il est considéré qu'*« il serait intolérable que l'on mette à bas une opération d'importance à la moindre défaillance dont se saisirait un contractant indélicat »*⁵. D'ailleurs, si le projet d'ordonnance venait à être adopté, ce critère serait expressément consacré et aligné sur celui exigé pour la résolution unilatérale⁶.

Néanmoins, en l'absence de précision légale, reste à comprendre le sens que revêt le critère de gravité attaché au manquement résolutoire⁷.

586. La définition du manquement grave en question. Le principe de la résolution n'est certainement pas en doute lorsque le manquement est *« irréversible et d'une*

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 650 ; adde LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 233 et s., spéc. n° 234 : « L'article 1184 ne distingue pas entre les causes d'inexécution du contrat ».

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 149 : « la théorie des risques, en tant que règle générale du droit commun des contrats, n'existe pas de façon autonome mais [...] se confond avec la théorie de la résolution pour inexécution. Il faut en déduire que l'article 1184 du Code civil s'applique à tous les cas d'inexécution et que le mode de résolution ne varie pas selon que le manquement est dû ou non à une faute du débiteur ». Cela serait conforté si le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* venait à être adopté, car son art. 1218 énonce expressément que la résolution du contrat peut être due à un cas de force majeure.

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 445-15.

⁴ V. not. TALLON (D.), « L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », art. préc., n° 298 : « On est en général d'accord pour exiger une certaine gravité de l'inexécution pour permettre la résolution – même si l'article 1184 n'en parle pas » ; adde JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français » art. préc., n° 2, 9 et 11 ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 235 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 652 ; FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 445-17.

⁵ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 396.

⁶ V. art. 1224 : le projet évoque une « *inexécution suffisamment grave* ». V. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », art. préc., n° 22. Sur le problème de la distinction entre ce critère de gravité et celui de la particulière gravité exigé pour la résolution unilatérale en droit positif, V. JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », art. préc., n° 16.

⁷ Sur cette observation concernant la résolution unilatérale, V. not. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 462-35 ; adde Defr. 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.), sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, préc.

gravité telle qu'elle ne rend plus souhaitable ni opportun le maintien du lien contractuel »¹, toutefois se pose le problème du sens à allouer au critère de gravité du manquement en l'absence de définition générale par le législateur². Aussi des auteurs ont-ils tenté d'élaborer des systèmes permettant au juge d'identifier le manquement résolutoire³.

Deux conceptions de la « gravité du comportement » ont pu être proposées en doctrine.

En premier lieu, il faudrait selon certains retenir une analyse objective de ce critère. Ainsi, et tout d'abord, a été proposée une référence à la volonté du créancier⁴, en ce que le manquement grave serait l'inexécution d'une obligation ayant « *aux yeux du créancier une importance telle qu'il n'eut pas contracté s'il avait su n'en pas obtenir l'exécution* »⁵. Ensuite, et en vertu de l'analyse causaliste classique de la résolution, le manquement grave a été associé à la perte de cause de l'obligation, c'est-à-dire à l'inexécution de la contrepartie⁶. Enfin, il a été proposé de faire plus précisément référence à l'inexécution d'une obligation principale, essentielle⁷. Finalement, « *sous cet angle, la gravité du comportement se confond avec la gravité de l'inexécution* »⁸. Or, si une telle conception répond à l'impératif de sécurité juridique, elle « *pose [néanmoins] la question de la détermination de ce qui fait l'essence du contrat* »⁹. De plus, elle ne semble pas toujours correspondre à la jurisprudence. En effet, les juges ont tendance à adopter une conception large de la notion de « comportement grave », car « *elle peut aussi tenir à des agissements plus personnels du débiteur, liés par exemple à sa déloyauté manifeste* »¹⁰.

Ainsi, en second lieu, a pu être défendue une compréhension subjective de ce critère, permettant d'appréhender l'ensemble des circonstances prises en compte par le juge pour apprécier l'opportunité de la résolution. En effet, M. GÉNICON a justement remarqué que les critères objectifs qui ont été proposés sont insuffisants pour « *rendre compte fidèlement des pouvoirs d'un juge qui, en matière de résolution, n'est pas le serviteur d'une définition* »¹¹.

¹ V. PANCRAZI-TIAN (M.-E.), « Résolution et résiliation judiciaires », *art. préc.*, spéc. p. 74. V. par ex. Cass. civ. I, 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 14, *Defr.*, 1995, p. 1408, obs. MAZEAUD (D).

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 396 et s.

³ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 225 et s. ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 403 et s.

⁴ Pour un exposé de l'analyse volontariste du critère de gravité, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 404.

⁵ V. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 17 et s., n° 20.

⁶ V. CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, thèse préc., n° 154, p. 344. Pour un exposé de l'analyse causaliste du critère de gravité, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 405.

⁷ V. not. ROCHFELD (J.), « Résolution et exception d'inexécution », *art. préc.*, p. 220 ; adde AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*

⁸ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 462-35.

⁹ V. *Ibid.*, n° 22 ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 658.

¹⁰ V. *RTD Civ.*, 2001, p. 363, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, n° 99-15170, Bull. civ. I, n° 40 ; adde *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.) et *Defr.*, 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

¹¹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 409.

L'auteur réfute l'existence d'un « *manquement grave en soi* »¹, une telle définition étant impossible et même inutile, car en la matière « *il suffit que la résolution soit perçue par le juge comme une réaction appropriée et opportune* »².

Il est vrai que, dans les faits, l'opportunité de résoudre le contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³. Et pour apprécier si la résolution est appropriée et opportune, le juge est tenu de prendre en compte toutes les circonstances de la cause intervenues jusqu'au jour de sa décision⁴. Au surplus, les définitions qui ont été proposées ne se concentrent que sur la gravité de l'inexécution, et ne permettent pas de rendre compte de l'évaluation de la faute parfois opérée par le juge afin de prononcer la résolution. En effet, l'appréciation de l'opportunité de la résolution « *est aussi pour les tribunaux un moyen de porter un jugement moral sur la conduite respective des parties* »⁵. Le critère de gravité ne se réduit pas à la gravité de l'inexécution. Il doit être associé, plus largement, à une atteinte significative portée au pacte. C'est-à-dire qu'il doit impliquer la prise en compte, au-delà de l'inexécution d'une obligation, du comportement adopté lors de l'exécution. Les contrôles alors opérés par le juge n'ont pas la même portée : « *la gravité de la faute [...] est à rechercher dans un comportement, son appréciation est donc subjective. En revanche, la recherche de la gravité de l'inexécution est objective, puisqu'elle procède d'une simple comparaison entre la satisfaction promise et celle obtenue* »⁶. Ainsi, « *il reste essentiel de bien distinguer le manquement à une obligation de la faute. Seule cette distinction permet de comprendre pourquoi, s'agissant d'un même manquement matériel, même s'il est imputable, l'appréciation du comportement du débiteur peut justifier des solutions très différentes quant à la résolution du contrat. Lorsqu'il s'agit d'apprécier la gravité du manquement conduisant à la résolution, la seule analyse en termes de décalage entre « le promis » et l'« accompli » ne peut suffire* »⁷.

¹ V. *Ibid.*, n° 394 et s.

² V. *Ibid.*, n° 409.

³ V. not. Cass. req., 23 févr. 1898, *D.*, 1898, I, p. 159 ; 5 janv. 1876, *D.*, 1876, I, p. 267 ; Cass. civ. I, 27 févr. 1961, Bull. civ. I, n° 128 ; 6 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 3 ; 24 févr. 1970, Bull. civ. I, n° 67 ; Cass. civ. III, 11 juill. 1977, Bull. civ. III, n° 306 ; Cass. com., 27 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 252 ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 221 et s., spéc. n° 223 et 225.

⁴ V. Cass. civ. III, 4 janv. 1995, Bull. civ. III, n° 1, p. 1 ; 5 mai 1993, CCC, 1993, n° 173, obs. LEVENEUR (L.), *RTD Civ.*, 1994, p. 353, n° 7, obs. MESTRE (J.) ; *adde* JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », *art. préc.*, n° 12.

⁵ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 445-35 ; *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 731 et s. ; *adde* JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », *art. préc.*, n° 11 : « *les juges prennent en considération, tant le manquement considéré en tant que tel, qui varie selon la nature du contrat et les obligations mises à la charge du débiteur, que l'attitude des contractants qu'il s'agit aussi de sanctionner, son appréciation étant même susceptible d'aller jusqu'à permettre, à elle seule, de justifier la résolution de certains contrats* » ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 235 ; RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, thèse préc., n° 86 et s.

⁶ V. RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, thèse préc., n° 86 et s., spéc. n° 87.

⁷ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 229 (C'est l'auteur qui souligne).

Et précisément, le manquement à un devoir contractuel se trouve parmi les circonstances de nature à traduire la gravité de l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat, et sur lesquelles le juge peut se fonder pour en motiver la résolution. En effet, en tant que faute contractuelle d'une particulière gravité, le manquement au devoir contractuel permet au juge de caractériser l'opportunité de la résolution judiciaire du contrat, en présence ou en l'absence de l'inexécution d'une obligation.

2. *La gravité du manquement résultant de l'inobservation d'un devoir contractuel*

587. La référence au manquement au devoir par le juge. À travers la référence au manquement à un devoir contractuel, c'est une analyse à la fois subjective et objective qui est faite de la gravité du manquement en cause. En effet, le manquement au devoir contractuel revêt en lui-même cette double dimension.

La dimension subjective de ce manquement est liée à la nature fautive de la contravention au devoir, qui implique qu'un jugement soit porté sur le comportement adopté par le contractant¹. D'ailleurs, si la dimension morale du devoir est particulièrement évidente concernant le devoir de bonne foi, elle l'est également concernant l'impératif de sécurité².

Quant à sa dimension objective, celle-ci est liée au caractère essentiel du devoir qui a déjà pu être souligné³. Cette exigence comportementale est de caractère essentiel et ne peut donc être écartée de l'accord par les parties⁴. L'inobservation du devoir renvoie ainsi à la condition de la caractérisation du manquement à une contrainte essentielle née du contrat. De plus, il a été vu que la finalité du devoir est étroitement liée à la finalité du contrat : il s'agit d'une contrainte comportementale visant à assurer la bonne poursuite du but contractuel. En ce que le manquement au devoir corrompt la réussite de l'objectif poursuivi par les parties, il traduit objectivement la gravité du comportement en cause.

C'est, au demeurant, cette combinaison des critères subjectif et objectif que retiennent les *Principes du droit européen*, car ils consacrent le principe de la résiliation unilatérale en faisant référence à une inexécution essentielle, mais étendent celle-ci au manquement reposant sur une faute intentionnelle⁵.

En ce qu'elle est rattachée au devoir, cette sanction manifeste indirectement que « *le contrat n'est pas seulement source de dettes et de créances. Il est promesse d'un*

¹ V. *supra*, n° 190 et s.

² V. *supra*, n° 90 et n° 125 et s.

³ V. *supra*, n° 195 et s.

⁴ V. *supra*, n° 197 et s.

⁵ V. art. 9-301 et s. *PEDC*.

comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le « champ contractuel ». La rupture implique que celle-ci soit radicalement compromise »¹.

Il est vrai que souvent, les juges mettent en avant le manquement à un devoir pour insister sur la gravité de l'inexécution justifiant la résolution du contrat. Ainsi, par exemple, le caractère dolosif de l'inexécution d'une obligation sera quasi-systématiquement souligné par le juge pour justifier de la gravité du manquement, et donc, le prononcé de la résolution². Dans de telles hypothèses, *« l'appel à la bonne foi aurait donc pour objet d'établir, non l'inexécution contractuelle en elle-même, mais plutôt le degré de gravité requis pour permettre la résolution »³.*

Mais au-delà, il est par ailleurs tout aussi fréquemment fait référence au manquement à un devoir contractuel pour justifier, de manière exclusive, le prononcé de la résolution. En effet, il est courant que la prise en compte du comportement adopté par le contractant ne serve pas à appuyer la gravité de l'inexécution d'une obligation mais s'avère suffisante en elle-même pour justifier aux yeux du juge qu'il soit mis fin à l'acte. C'est la faute contractuelle, indépendamment de l'inexécution contractuelle, qui témoigne de la gravité du manquement contractuel.

588. Manquement au devoir de bonne foi et résolution du contrat. La jurisprudence reconnaît depuis longtemps que le manquement à la bonne foi contractuelle par l'une des parties peut conduire le juge à prononcer la résolution du contrat, qu'il s'agisse d'un comportement traduisant une particulière déloyauté⁴, ou de la répétition de manquements qui individuellement ne présenteraient pas de gravité suffisante⁵.

¹ V. RDC 2004, p. 273, obs. AYNÈS (L.), sous Cass. civ. I, 28 oct. 2003.

² V. not. Cass. civ., 17 janv. 1906, S., 1909, I, p. 205, D., 1906, I, p. 262 ; Cass. com., 12 juin 1967, Bull. civ. IV, n° 239 ; *adde* GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 227 : « les décisions ne sont pas rares [...] qui se contentent de constater une faute dolosive ».

³ V. *Ibid*, n° 294 (V. les arrêts cités par l'auteur, n. 77) ; *adde* BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse préc.*, p. 50 : « les juges tiennent compte dans une large mesure de la mauvaise foi du débiteur quand ils apprécient la gravité de l'inexécution ».

⁴ V. not. Cass. req., 2 janv. 1901, *Gaz. Trib.* 10 janv. 1901 ; 18 juin 1902, D., 1903, I, p. 342 et s. ; 18 avr. 1904, S., 1904, I, 444 ; Cass. civ., 30 nov. 1949, GP, 1950, I, p. 38 ; 23 oct. 1958, Bull. civ. I, n° 448 ; 10 janv. 1979, Bull. civ. I, n° 17, p. 13 ; 11 janv. 2000, Bull. civ. I, n° 6, p. 3 ; 7 nov. 2006, n° 04-13454 ; Cass. civ. III, 11 juill. 1977, GP, 1977, 2, pan. p. 364 ; 29 avr. 1987, n° 84-17021, Bull. civ. III, n° 93, RTD Civ., 1988, p. 536, obs. MESTRE (J.) ; 3 juin 1992, GP, 1992, 2, p. 656, obs. BARBIER (J.-D.) ; Cass. com., 25 mars 1991, n° 88-19546 ; 14 mars 2006, n° 04-10627 ; Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 espèces), *préc.* ; CA Versailles, 23 janv. 1998, *préc.* ; CA Paris, 28 mars 2000, RG n° 1999/13192 ; 10 janv. 2001, J.-D. n° 134468, *Pereira c/ SA Espace Gym. Center* ; CA Reims, 16 juin 2003, RG n° 02/01159 ; CA Lyon, ch. soc., 30 oct. 2006, J.-D. n° 2006-321111. Sur la sanction de la fraude paulienne par la résolution, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 301.

⁵ V. not. CA Colmar, 1^{re} ch. civ. B., 28 avr. 2004, RG n°1B 02/03500 ; CA Versailles, 7 nov. 2002, RJDA, 2003, n° 378 ; Cass. civ. III, 29 juin 2005, Bull. civ. III, n° 146 ; *adde* PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil, t. II, Obligations, Contrats, Sûretés réelles, op. cit.*, p. 180, n° 522 : « alors même qu'il s'agirait...d'une inexécution qui serait normalement insuffisante pour justifier la résolution, les juges pourront la prononcer en constatant que le débiteur a manqué à l'obligation d'agir de bonne foi ».

La mauvaise foi du débiteur fonde même parfois le refus du juge de prononcer une sanction plus douce que la résolution totale du contrat, c'est-à-dire une réfaction ou une réduction du prix¹.

Au-delà, le magistrat sera souvent conforté dans sa décision de résoudre le contrat, lorsque la relation qui unissait les parties était empreinte d'un esprit de collaboration², car dans ce cadre particulier « *la confiance devient la mesure de l'utilité du contrat* »³. L'étroitesse des liens peut donc justifier qu'un comportement qui n'apparaîtrait pas suffisamment grave en soi dans un autre type de relation, puisse aboutir malgré tout à la résolution de l'acte⁴.

Au regard de la jurisprudence, il apparaît donc clairement que la mauvaise foi peut être « *la source véritable de la résolution* »⁵, ce que la plupart des auteurs reconnaissent⁶, y compris ceux qui s'opposent pourtant à la nature contractuelle de l'exigence de bonne foi⁷. Cela est d'ailleurs surprenant, car la réalité du prononcé de la résolution du contrat en cas de manquement à cette exigence devrait justement suffire à convaincre de sa nature contractuelle : le fait que le devoir de bonne foi soit intégré au contenu contractuel trouve une

¹ V. not. Cass. req., 18 déc. 1934, *GP*, 1935, 1, 271 ; CA Paris, 6 oct. 1995, *RJDA*, 2/96, p. 157, n° 211 ; adde RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, thèse préc., n° 90 et s., spéc. n° 96 et s. ; SCIOLDO-ZURCHER (J.), *La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle*, Lyon, 1934, p. 125 et s.

² V. par ex. dans le domaine informatique : Cass. com., 11 avr. 1995, *CCC*, 1995, n° 125, obs. LEVENEUR (L.) ; 25 oct. 1994, *CCC*, 1995, n° 3, obs. LEVENEUR (L.) ; 28 oct. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 185, p. 169.

³ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 458 ; adde GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de Droit Civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 456 ; JAMIN (Ch.), « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », art. préc., n° 11.

⁴ Si la résolution d'un contrat pour violation d'une obligation d'information est assez rare en raison du « *fait que l'inexécution d'une telle obligation, qui est en général simplement accessoire, n'est jamais suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat* » (V. FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse préc., n° 589), elle a pourtant été prononcée lorsque le comportement s'inscrivait dans une relation de collaboration (V. Cass. civ. I, 13 avr. 1999, *Bull. civ. I*, n° 132, p. 86), ou s'imposait à un professionnel vis-à-vis de qui l'attente d'un comportement exemplaire se faisait plus forte (Cass. civ. I, 28 mai 2009, n° 08-14421, *RTD Civ.*, 2010, p. 720, obs. FAGES (B.)).

⁵ V. *Ibid.*, n° 228.

⁶ V. not. PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », art. préc., spéc. p. 98 et s. ; CASSIN (R.), « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », art. préc., n° 8 ; RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 162 ; PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité de droit civil français, t. 4 Obligations, Partie I*, op. cit., n° 431, p. 581 ; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Obligations*, t. 2, op. cit., n° 463 ; DESGORGES (R.), *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse préc., p. 149 et s. ; FAGES (B.) *Le comportement du contractant*, thèse préc., n° 659 ; DARMAISIN (M.), *Le contrat moral*, thèse préc., n° 190 ; CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », art. préc., p. 114 et s. ; LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 71 et s., 235, spéc. n° 471 ; MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, thèse préc., n° 384 ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 58, 228, 281 et s. et spéc. n° 295 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil- Les obligations*, op. cit., n° 440. Néanmoins, contra, V. not. FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, thèse préc., n° 147 ; adde DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », art. préc., spéc. p. 279.

⁷ V. not. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, thèse préc., n° 158 et 165 et s. ; « La rupture du contrat », art. préc., spéc. n° 17 ; adde ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, thèse préc., n° 226.

conséquence directe sur la vie du contrat, car la déloyauté d'une partie vis-à-vis de l'autre est de nature à expliquer qu'il y soit mis fin¹. Comme M. GÉNICON a pu le mettre en évidence, ce constat est un obstacle majeur à la réception de la thèse de M. STOFFEL-MUNCK² qui plaide pour la nature délictuelle de la règle de bonne foi³. En effet, intégrée au contenu contractuel, cette exigence n'est plus la norme générale et impersonnelle du respect du droit d'autrui, mais un devoir spécifiquement dû au cocontractant pour permettre la bonne fin du contrat⁴. En ce qu'il est de nature à nuire directement à la correcte exécution de l'accord⁵, le manquement au devoir de bonne foi apparaît clairement comme étant une faute contractuelle⁶. Et dans un tel cas, la résolution est non seulement possible mais elle est surtout une « *sanction particulièrement bien adaptée à la situation – on répond à l'irrespect du contrat par la privation du contrat – et particulièrement efficace – on inflige précisément le préjudice que redoute le plus un contractant, la privation de la relation contractuelle. C'est en cela que la résolution pour inexécution peut être une peine particulièrement adéquate* : le débiteur fautif est en quelque sorte puni par où il a péché »⁷. Et de par la menace que cette peine représente en amont pour le contractant, la résolution a cette vertu véritable d'inciter chaque partie au scrupuleux respect de la force obligatoire du contrat⁸.

Au surplus, comme cela a été avancé au sujet de l'exception d'inexécution, le non-respect du devoir de bonne foi est de nature à justifier l'intervention anticipée de la résolution⁹. En effet, reconnaître que le manquement au devoir de bonne foi puisse impliquer la résolution du contrat permet d'expliquer techniquement son anéantissement lorsque le juge constate, sans qu'il ne soit encore déploré une inexécution proprement dite, que le contractant se met d'ores et déjà dans l'impossibilité d'honorer son engagement, et ruine dès à présent l'utilité du contrat pour son partenaire¹⁰.

¹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 283 et s.

² V. *Ibid.*, n° 290.

³ V. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, thèse préc.*, n° 165 et s., p. 151 et s.

⁴ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 288 : « *ce qui est imposé au débiteur, n'est plus seulement de bien se comporter envers autrui, c'est très précisément de bien se comporter envers son cocontractant de façon à permettre la bonne fin du contrat, ce qui imprime déjà une certaine spécificité à l'obligation contractuelle de bonne foi* ».

⁵ V. *Ibid.*, n° 298 et s.

⁶ Le devoir de respecter les droits du créancier est d'ailleurs expressément sanctionné par la résolution en droit allemand : le § 324 BGB prévoit que le devoir du § 241, al. 2 imposant au débiteur de préserver les droits, biens et intérêts du créancier, peut être sanctionné par la résolution du contrat.

⁷ V. *Ibid.*, n° 244 (C'est l'auteur qui souligne); *adde* n° 291.

⁸ V. not. CASSIN (R.), « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant*, Paris, S., 1939, p. 63 et s. : « *la résolution judiciaire, sanction de la violation de la parole donnée, tend par là même à assurer l'observation de la foi jurée* » ; JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, n° 379, p. 209 : la résolution « *est une arme donnée au créancier contre un débiteur qui ne fait pas honneur à sa signature* » ; ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 118 ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 246.

⁹ Sur le mécanisme de l'exception pour inexécution anticipée, V. *supra*, n° 348.

¹⁰ En ce sens, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 315 et s.

Et le devoir de bonne foi n'est pas le seul à témoigner du fait que le jeu de la résolution du contrat ne saurait être cantonné au constat de l'inexécution d'une obligation.

589. Manquement au devoir de sécurité et résolution du contrat. Les juges sanctionnent parfois le manquement au devoir de sécurité rendant impossible le maintien des relations contractuelles par la résolution du contrat¹. Ce type de violation s'observe notamment lorsque l'une des parties vient à adopter un comportement agressif et dangereux vis-à-vis de l'autre. Ainsi, par exemple, dans un contrat de bail, l'attitude d'un locataire qui a porté des coups au propriétaire et qui a de ce fait rendu intolérable le maintien du lien contractuel justifie la résolution du contrat par le juge sans paiement d'une indemnité d'éviction². La résolution du contrat a aussi pu être prononcée pour sanctionner le comportement agressif, injurieux et menaçant d'un bailleur à l'égard du preneur³. Il en va de même quand ce comportement est partagé par les deux contractants⁴. La résolution du bail a également été jugée opportune par la Cour d'appel de Paris en raison du fait que le fils du locataire avait porté atteinte à la sécurité des voisins car « *l'un d'entre eux a été victime d'un tir par arme à feu dans la fenêtre de son appartement, et en outre d'un jet de pierre dans la baie vitrée* »⁵. Des décisions similaires ont encore été rendues dans le cadre de contrats de travail. Et notamment il a été jugé que les violences volontaires commises par un employeur sur sa salariée sont inadmissibles et justifient la rupture du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur par le biais d'une résolution judiciaire du contrat⁶.

Ces différentes hypothèses montrent que le contractant qui adopte un comportement incompatible avec la bonne poursuite de l'objectif contractuel peut se trouver, de ce fait, à l'origine du prononcé de la résolution du contrat par le juge.

590. Manquement au devoir et incompatibilité du comportement avec le but contractuel. Généralement, lorsqu'il est fait référence à la perte d'intérêt du contrat lors de son exécution, c'est à la disparition de son utilité économique qu'il est fait référence, laquelle est associée à l'inexécution d'une obligation⁷.

Pourtant, d'une part, le manquement au devoir contractuel participe de cette perte d'intérêt économique du contrat en ce qu'il peut causer un préjudice, ou rendre peu probable voire impossible une exécution future en raison de la perte de confiance générée⁸. Et, d'autre

¹ V. JACQUES (Ph.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse préc., n° 413.

² V. Cass. civ., 11 juill. 1977, *préc.*

³ V. Cass. civ. III, 29 avr. 1987, *préc.*

⁴ V. Cass. civ. III, 3 juin 1992, n° 90-20422.

⁵ V. CA Paris, 6^e ch. B., 29 oct. 1998, RG n° 1997/22236.

⁶ V. CA Paris, 13 sept. 1995, *D.*, 1995, IR, p. 259 ; CA Pau, 11 avr. 2005, J.-D. n° 2005-276943.

⁷ V. *supra*, n° 275.

⁸ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 288 : « *le devoir social de se comporter loyalement envers autrui est appréhendé par le contrat qui l'absorbe et l'agglomère à l'opération économique qu'il porte* ».

part, les devoirs contractuels permettent de mettre en exergue le fait que l'utilité du contrat ne se résume pas à sa dimension d'échange patrimonial, mais vise également le rapport personnel, le lien moral qui unit les contractants¹. En effet, l'utilité du contrat s'entend à la fois de l'octroi de l'avantage attendu de l'accord, mais aussi de l'adoption d'une attitude qui corresponde à celle de contractants raisonnables et respectueux. Le contrat peut ne plus être utile pour le créancier en raison de l'attitude du débiteur sans pour autant que l'inexécution de l'obligation ne soit constatée ni même rendue impossible. C'est ainsi, de manière générale, la compatibilité du comportement avec l'objectif initialement visé par les parties qui doit être appréciée pour juger de l'opportunité de la résolution du contrat. Ce à quoi correspond précisément l'observation des devoirs contractuels, qui constituent la boussole de l'intérêt du contrat, au-delà de la stricte exécution des obligations. En effet, il a été vu que la finalité du devoir est liée à celle du contrat² : « *le devoir est adjoint au contrat en lui attribuant une finalité précise : permettre le plein accomplissement de son objet* »³.

Ainsi, lorsqu'elle vient sanctionner le manquement à un devoir contractuel, la résolution cumule plusieurs fonctions⁴ : elle tend tout à la fois à détruire un acte qui n'est plus économiquement viable, et à punir le ou les contractants fautifs⁵. En de telles hypothèses, ces fonctions « *s'entremêlent* »⁶.

Mais, il arrive aussi que la fonction punitive de la résolution prenne le pas sur sa fonction économique et qu'elle l'influence : la faute du débiteur peut par exemple conduire le juge à sanctionner le débiteur par la résolution d'un contrat pourtant encore économiquement viable⁷ : tel est le cas, notamment, dans les décisions précitées qui prennent avant tout en

¹ Sur le double facteur économique et personnel du lien contractuel, V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 235 ; adde art. 7.3.1 des *Principes UNIDROIT*, qui fait mention de deux critères distincts pour déterminer la gravité du manquement justifiant la résolution du contrat : le manquement qui « *prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat* », et l'inexécution « *intentionnelle ou téméraire* ».

² V. *supra*, n° 271 et s.

³ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 288.

⁴ V. *Ibid.*, n° 197 et s. ; spéc. n° 209 et s. et n° 433 et s. : l'auteur relève trois fonctions de la résolution, à savoir une fonction économique, de garantie, et pénale.

⁵ V. *Ibid.*, n° 433 : Lorsqu'il prononce la résolution du contrat en raison de l'inobservation d'un devoir, le juge tend « *tout aussi bien à punir un débiteur fautif qu'à débarrasser le créancier d'un contrat devenu inutile* ». Plus précisément, sur le lien entre le devoir de bonne foi et la dimension punitive de la résolution : V. not. BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse préc., p. 50 ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 219 et s.

⁶ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 433 ; adde n° 494 : « *dans beaucoup d'hypothèses les fonctions économique et pénale convergent : en même temps que la destruction du contrat sanctionne le débiteur, elle permet le retrait d'un contrat devenu inutile* ».

⁷ V. not. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 234 ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 228 : « *Il n'est pas rare en effet que le juge, se focalisant sur la conduite du débiteur, y trouve une raison impérative pour supprimer le pacte, dans le seul but, souvent, d'en priver ce dernier. La fonction morale prend alors le pas sur la fonction économique, et contrarie même cette dernière, qui conduit logiquement, on l'a vu, à refuser la résolution lorsque le contrat est encore viable* » ; adde n° 487 ; SCIOLDO-ZURCHER (J.), *La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle*, thèse préc., p. 127 ; HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, p. 152.

compte l'atteinte causée à l'intégrité physique du cocontractant, en dehors de tout constat de l'inexécution d'une obligation¹. La dimension morale, psychologique, de la résolution apparaît alors particulièrement forte². Cela se traduit par le prononcé de la résolution aux torts de la partie fautive.

591. Manquement au devoir et résolution aux torts de la partie fautive. Bien souvent, lorsqu'il prononce la résolution du contrat, le juge précise aux torts de qui elle est infligée, et l'assortit de dommages-intérêts à la charge du fautif³. En tant que faute contractuelle, le manquement au devoir contractuel peut ainsi aboutir à une double sanction pour le responsable, qui non seulement subira les conséquences de la disparition de l'acte, mais également aura à sa charge le paiement d'une somme en réparation du dommage infligé à son ancien partenaire⁴.

Il se peut également que le créancier demandeur ne soit lui-même pas totalement innocent face à l'échec du contrat, et notamment qu'il ait eu un impact direct, de par son attitude, sur l'inexécution reprochée au débiteur⁵. La faute du créancier sera alors prise en compte pour prononcer la résolution « aux torts réciproques » des parties. Or, le développement de la prise en compte du devoir de bonne foi et des devoirs spéciaux impliqués par la nature du contrat « *contribuent à multiplier les hypothèses d'inexécution aux torts réciproques* »⁶.

Si l'emploi du mot « tort » par la jurisprudence est fortement critiqué par une partie de la doctrine⁷, en ce qu'il évoque « *une évaluation morale du comportement des parties* »⁸, et marque l'« *attraction de l'idée de faute* »⁹, il n'en reste pas moins que cela correspond à l'état

¹ V. *supra*, n° 589.

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 245 : « la résolution accrédite l'idée dans l'esprit du créancier, mais aussi éventuellement dans celui des tiers, qu'il est une parfaite victime pouvant rejeter toute la faute sur le débiteur. Il ne faut pas mésestimer l'importance pour le juge, comme pour les parties, de prononcer systématiquement la résolution aux torts de l'un ou de l'autre ». (C'est l'auteur qui souligne) ; « la destruction du contrat, parce qu'elle est aussi bien dans les faits que dans les esprits une mesure lourde, alourdit d'autant la culpabilité du débiteur, en même temps qu'elle souligne l'innocence du créancier ».

³ V. not. REMY (P.), « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in Mél. P. Couvrat. *La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 121 et s.

⁴ Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit expressément la possibilité d'un cumul des dommages-intérêts avec la résolution du contrat en cas d'inexécution contractuelle imputable au débiteur, V. art. 1231-1 ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, spéc. n° 24.

⁵ V. TALLON (D.), « La résolution du contrat aux torts réciproques », in Mél. Freyria, 1992, p. 232 et s., n° 19 ; *adde* GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 230.

⁶ V. TALLON (D.), « La résolution du contrat aux torts réciproques », *art. préc.*, n° 19.

⁷ Sur le rejet du concept de responsabilité contractuelle V. not. REMY (Ph.), « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *art. préc.* ; *adde* LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *art. préc.* ; TALLON (D.), « La résolution du contrat aux torts réciproques », *art. préc.* ; V. *supra*, n° 374.

⁸ V. TALLON (D.), « La résolution du contrat aux torts réciproques », *art. préc.*, n° 19.

⁹ V. *Ibid.*

du droit positif¹. L'analyse de la responsabilité contractuelle à travers le jeu des devoirs contractuels se trouve alors confortée par l'étude menée sur l'influence de ces exigences quant au prononcé de la résolution judiciaire.

Il n'en reste pas moins que les griefs reprochés au défendeur doivent lui être véritablement imputables. Aussi la prétention doit-elle être rejetée lorsque le défendeur avait mis en jeu l'exception d'inexécution². En revanche, la résolution reste justifiée si la riposte était exagérée. D'ailleurs, en une telle hypothèse, le manquement à un devoir peut servir de repère en raison de sa gravité. En effet, il a été vu que l'inexécution d'une obligation ne saurait justifier le manquement à un devoir contractuel par le cocontractant³. Ainsi, par exemple, si le créancier avait violé son devoir de sécurité en réponse à l'inexécution du débiteur, la demande en résolution du contrat par ce dernier s'avèrerait tout à fait justifiée.

592. La résolution judiciaire comme sanction potentielle des contraintes contractuelles non-obligationnelles. Le champ traditionnellement alloué au jeu de la résolution judiciaire semblait *a priori* empêcher de reconnaître l'adaptabilité de cette sanction en cas de manquement à un devoir contractuel. Pourtant, comme ce qui a été vu concernant l'exception d'inexécution⁴, la reconnaissance de l'existence de contraintes comportementales catégoriques s'imposant aux parties au-delà de leurs obligations remet en cause les présupposés liés au mécanisme de cette sanction. Précisément, de telles exigences permettent de comprendre que la faute contractuelle ne se résume pas à l'inexécution d'une obligation, et le manquement à un devoir peut justifier qu'il soit mis fin au contrat en raison de sa perte d'intérêt alors même que les prestations étaient échangées ou pouvaient l'être. D'ailleurs, cette mesure s'avère particulièrement adéquate en cas de manquement à un devoir contractuel en ce qu'elle met fin à un acte qui, en raison de ce comportement, ne pourra plus apporter l'utilité initialement recherchée, et en ce qu'elle punit le contractant fautif qui ne bénéficiera plus de la relation dont il a abusé. Il n'est donc pas pertinent de cantonner la résolution judiciaire au domaine des contrats synallagmatiques et à la condition de l'inexécution d'une obligation.

Cette observation conduit alors à s'interroger sur la capacité d'une telle sanction à se voir prononcée en cas de manquement à cet autre type d'exigence comportementale que constitue l'incombance. En ce qu'elle empêche le contractant négligent de nuire à son partenaire en revendiquant son droit à contretemps, la déchéance assortissant l'inobservation d'une incombance semble *a priori* suffisante à rétablir une situation équitable entre les

¹ V. not. Cass. com., 25 oct. 1983, Bull. civ. IV, n° 277, p. 240 ; 2 oct. 1979, Bull. civ. IV, n° 241, p. 195.

² V. TALLON (D.), « La résolution du contrat aux torts réciproques », *art. préc.*, n° 17 : « *l'inexécution peut être le résultat de l'exception d'inexécution opposée à juste titre par le débiteur à l'action du créancier. Ce dernier ne peut alors demander la résolution. Mieux, c'est l'autre partie qui pourra parfois l'obtenir* ».

³ V. *supra*, n° 351 et s.

⁴ V. *supra*, n° 342 et s.

parties, tout en permettant la poursuite de la relation contractuelle, et rendrait ainsi inopportune la résolution de l'acte. Néanmoins, ces sanctions ne sont pas, par nature, exclusives l'une de l'autre, et la décision de résoudre le contrat appartenant *in fine* au juge, il convient de s'intéresser à cette éventualité en une telle hypothèse.

§2-La résolution judiciaire du contrat en cas de manquement à une incombance contractuelle

593. Une résolution possible malgré l'effet de la déchéance ? L'incombance a la particularité d'être sanctionnée, sur le terrain substantiel, par la déchéance du droit qu'elle accompagne¹. Or, de par son effet extinctif, la déchéance est parfois rapprochée de la résolution, et leurs rapports semblent assez ambigus tant dans la législation qu'en doctrine. Pour mieux comprendre comment peuvent s'articuler ces sanctions en cas de manquement à une incombance, il convient au préalable de comparer ces deux mécanismes, qui bien que souvent rapprochés l'un de l'autre, peuvent être distingués. C'est seulement une fois les rapports entre ces deux sanctions éclaircis (A), que pourra être défendue la possibilité technique de sanctionner une incombance par la résolution judiciaire du contrat (B).

A- Les rapports entre résolution et déchéance

594. Le constat d'hésitations quant à la qualification à retenir entre résolution et déchéance. Dans l'optique de démontrer que l'article 1184 du Code civil serait bel et bien réservé au domaine des contrats synallagmatiques, des auteurs ont prétendu que l'article 1912 du même Code qui permet au créancier d'une rente perpétuelle de demander le remboursement du capital constitutif lorsque le débiteur manque de fournir les sûretés promises, et l'article 2344, al. 1^{er} qui impose au créancier de satisfaire à son obligation de conservation du gage sous peine de devoir restituer le bien gagé au constituant, ne seraient pas des applications particulières de la résolution à des contrats unilatéraux, mais poseraient une règle exceptionnelle et similaire à celle de l'article 1188, c'est-à-dire une déchéance².

Néanmoins, cet argument manque de pertinence pour deux motifs majeurs.

En premier lieu, le fait de dire que ces dispositions ne sont pas à rapprocher de l'article 1184 mais plutôt de l'article 1188 du Code civil n'est pas vraiment convaincant car ces deux

¹ V. *supra*, n° 414 et s.

² V. not. BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de Droit civil des obligations*, t. 2, Paris, 2^e éd., 1902, n° 904 ; JOSSERAND (L.), *Cours de Droit civil positif français*, t. 2, *op. cit.*, n° 386.

textes entretiennent des rapports ambigus. En effet, bien que l'article 1188 institue le mécanisme de la déchéance du terme au préjudice du débiteur n'ayant pas conservé les sûretés qui se trouvaient au profit du créancier, cette règle aboutit en réalité, en cas de manquement, à la résolution du contrat. Plusieurs arguments sont à l'appui de cette assertion. En effet, tout d'abord, la déchéance ici prévue par le législateur a cette spécificité de venir sanctionner, non pas un comportement dans le propre intérêt de celui sur qui il pèse, mais bien un devoir, spécialement prévu par le législateur dans ce type de contrats, qui est de veiller à la conservation des sûretés qui sont directement au profit du créancier. Cette règle ne vient pas sanctionner le manquement à une incombance à la charge du débiteur, mais un devoir spécial, lié à l'existence de sûretés : en ce qu'il a promis au créancier de garantir le paiement qu'il lui doit, le débiteur s'est engagé à ne rien faire qui vienne nuire à la conservation de ces garanties. Cette règle particulière n'est en réalité que le rappel du respect du droit d'autrui, dans cette circonstance spéciale qui est la constitution d'une ou de plusieurs sûretés. Il s'agit clairement d'un devoir et non d'une incombance, car la contrainte qui pèse sur le débiteur est permanente et catégorique. Le manquement à cette exigence est une faute¹, de nature à porter un trouble direct au créancier, qui ne pourra plus bénéficier de la garantie sur laquelle il pouvait légitimement compter pour obtenir son dû, et donc susceptible d'engager la responsabilité du débiteur². Or, il a été vu que la faute contractuelle est prise en compte par le juge pour décider de l'opportunité du prononcé d'une résolution du contrat³. Ensuite, l'objet de la déchéance ici prévue est également singulier, car il s'agit du droit, pour le débiteur, de se prévaloir du terme stipulé en sa faveur. La perte de ce droit entraîne une conséquence tout à fait particulière, à savoir qu'elle permet au créancier d'exiger immédiatement l'exécution de l'obligation. Mais le débiteur qui bénéficiait d'un terme ne pourra pas, le plus souvent, honorer son paiement au moment où est encourue la déchéance, ce qui se traduira, en un trait de temps, par une inexécution pouvant donner lieu aux sanctions traditionnelles et notamment à la résolution judiciaire du contrat. Ainsi, même si ce n'est qu'indirectement, la règle posée à l'article 1188 du Code civil est de nature à être sanctionnée par une résolution judiciaire du contrat. Finalement, la déchéance du terme peut être vue comme « *une sorte de résolution du contrat pour cause d'inexécution* »⁴. D'ailleurs et enfin, des auteurs ont pu voir en la règle

¹ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1217 : « Il faut que la diminution ou la perte soit imputable au débiteur ».

² C'est ce que précise d'ailleurs l'art. 2344 C. civ. : « sans préjudice de dommages-intérêts ».

³ V. *supra*, n° 585 et s.

⁴ V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTHIER (P.-Y.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, op. cit., n° 938 ; adde FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 445-13 et 460-39 : « lorsque la sanction, quoique qualifiée de déchéance, met fin aux rapports contractuels, il s'agit d'une rupture du contrat. Aussi la clause de déchéance du terme stipulée dans un contrat de prêt est-elle une clause résolutoire ». L'emploi du terme « déchéance » à l'art. L. 172-28 C. assur. (« l'assuré qui a fait de mauvaise foi une déclaration inexacte relative au sinistre est déchu du bénéfice de l'assurance »), est également trompeur car en l'occurrence, il semble bien que c'est le contrat d'assurance même qui est remis en cause en raison de la faute de l'assuré dans l'exécution du contrat, et non le seul droit d'exiger l'indemnisation du sinistre.

posée à l'article 1188 du Code civil, le fondement éventuel d'un principe de résolution anticipée du contrat¹. En effet, en tant qu'application spécifique du devoir plus général de loyauté contractuelle, la violation de cette règle explique l'atteinte portée à la confiance du créancier, de nature à justifier que le contrat soit résolu malgré le fait que l'inexécution ne soit pas encore avérée².

En second lieu, le rapprochement fait par les auteurs entre les articles 1912, 2344, al. 1^{er} et le mécanisme de la déchéance du terme est d'autant moins pertinent que ces dispositions prévoient une faculté d'option au bénéfice du contractant floué, ce qui correspond davantage au mécanisme de la résolution judiciaire qu'à celui de la déchéance³.

Il n'en reste pas moins que ces hésitations quant à la qualification à retenir entre résolution et déchéance se justifient par l'existence de réels points communs entre ces sanctions.

595. Les points communs entre résolution et déchéance. La résolution se rapproche de la déchéance par deux aspects essentiels.

En premier lieu, même s'il arrive que la déchéance sanctionne des exigences liées à la formation du contrat, elle intervient le plus souvent – comme c'est le cas dans son rôle de sanction d'une incombance – en raison d'un comportement adopté lors de l'exécution du contrat. La confusion entre déchéance et résolution est ainsi facilitée par le fait que ces deux mesures ont vocation à corriger les conséquences d'une atteinte portée au contrat postérieurement à sa conclusion.

En second lieu, et surtout, la résolution peut être assimilée à la déchéance en raison de la parenté de leurs effets⁴. Ces sanctions partagent, il est vrai, un effet extinctif à titre de punition⁵. Au-delà de leur portée comminatoire commune, liée à leur dimension punitive, elles entraînent toutes deux des conséquences graves pour la personne qui les subit, car celle-ci ne pourra plus, du fait de leur survenance, se prévaloir d'une situation juridique, que ce soit le bénéfice d'un droit attendu du contrat, ou le bénéfice du contrat lui-même⁶. Ces deux

¹ V. not. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 471 ; adde GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 321 ; ALBARIAN (A.), « La perte de confiance, "marqueur" de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *LPA*, 18 oct. 2013, n° 209, p. 6 et s., spéc. n° 7.

² Sur le rapport entre devoir de bonne foi et résolution anticipée du contrat, V. *supra*, n° 588.

³ V. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 648 : « les articles en question accordent au créancier une faculté d'option qui n'est pas compatible avec la notion de déchéance et qui s'inspire de l'option admise par l'article 1184 ». Sur le caractère automatique de la déchéance, V. *supra*, n° 443 et s.

⁴ V. not. STORCK (M.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires », *Jcl. civ., Art. 1184*, Fasc. 49-2, LexisNexis, oct. 2013, spéc. n° 36 ; adde FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD Civ.*, 1983, p. 1 et s., spéc. p. 21, n° 54.

⁵ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 16.

⁶ V. CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, thèse préc., n° 223.

sanctions impliquent une perte : soit la perte d'un droit, soit la perte de la qualité de contractant.

Néanmoins, ce point commun fait également apparaître un élément de distinction majeur entre ces mesures, qui tient à l'objet de l'effet extinctif qu'elles emportent, et participe de la démonstration de la possibilité de distinguer ces notions.

596. Les différences entre résolution et déchéance. Plusieurs critères de distinction peuvent être mis en lumière afin de dissocier résolution et déchéance, et de convaincre de l'autonomie de chacune de ces notions¹.

Une première différence peut être relevée entre ces deux sanctions, en ce que contrairement à la déchéance qui revêt par nature un caractère punitif², la faute n'est pas de l'essence de la résolution, car cette mesure est plus largement liée à la circonstance d'une inexécution. Or celle-ci peut résulter d'un cas de force majeure³.

Une deuxième différence est à souligner quant à la portée de l'effet extinctif engendré par ces sanctions. En effet, si par principe la résolution est rétroactive, la déchéance est, en revanche, non-rétroactive⁴. Mais cette différence est insuffisante en elle-même car il est des cas dans lesquels la résolution du contrat ne présente pas de caractère rétroactif, notamment lorsqu'elle met fin à des contrats à exécution successive⁵.

La troisième différence pouvant être remarquée, et la plus décisive, tient à l'objet de l'effet extinctif entraîné. Tandis que la déchéance implique l'extinction d'un droit, la résolution conduit à la disparition du contrat⁶ : « *l'une fait disparaître entièrement un contrat et toutes ses conséquences [...] alors qu'au contraire l'autre, consistant en un retrait d'un droit dont le titulaire est en faute, ne saurait frapper que celui-ci* »⁷. Là se trouve la distinction essentielle : la résolution entraîne l'extinction des effets du contrat, c'est-à-dire « *une destruction de l'intégralité du contrat, qui ne produit plus d'effet à l'égard des parties, exception faite des clauses destinées précisément à organiser les conséquences de la rupture* »⁸, tandis que la déchéance implique la perte d'un droit individuel qui se trouvait spécialement en faveur de l'un des contractants, sans remettre en cause la poursuite de la

¹ Sur les différences entre déchéance et résolution, V. not. LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse préc., n° 584 et s.

² V. *supra*, n° 422 et s.

³ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 16 ; *adde supra*, n° 585.

⁴ V. *supra*, n° 450.

⁵ V. *Ibid* ; *adde supra*, n° 573.

⁶ V. *Ibid* ; *adde* CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, thèse préc., n° 223 : la résolution « *a pour effet d'anéantir le contrat. La déchéance au contraire est un « mode d'extinction d'un droit ». Le contrat n'est pas anéanti, la déchéance affecte l'obligation, celle-ci disparaît.* » (c'est l'auteur qui souligne) ; LE GARS (A.), *La déchéance des droits en droit privé français*, thèse préc., n° 132 et s.

⁷ V. SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *art. préc.*, n° 16.

⁸ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 460-39.

relation contractuelle. La déchéance opère ainsi une modification du contrat justifiée par la faute de l'une des parties. Cet effet de la déchéance explique d'ailleurs qu'elle ait également pu être rapprochée de la « résolution partielle »¹. Or, celle-ci n'est pas une véritable résolution du contrat². En effet, ce concept, fait de termes « *antinomiques* »³, doit être rejeté car il n'y a de résolution que totale : la résolution partielle n'est « *pas une rupture, mais une modification du contrat. Celui-ci, aménagé, continue de lier les contractants* »⁴.

597. La question du cumul de la résolution du contrat avec la déchéance d'un droit. La comparaison effectuée entre la résolution et la déchéance aura permis de mettre en avant le fait que si ces mesures se rapprochent par certains de leurs aspects, elles ne se confondent pas et notamment emportent des conséquences distinctes quant à l'avenir du contrat. Mais une fois ces sanctions clairement dissociées l'une de l'autre, reste encore à déterminer si elles peuvent s'articuler, se cumuler, dans certaines hypothèses. Plus précisément, la question se pose de savoir si la déchéance venant sanctionner le manquement à une incombance est de nature à empêcher le juge de prononcer la résolution du contrat réclamée par le cocontractant. Or, il semble qu'une réponse négative puisse être donnée à cette interrogation.

B- La possibilité de sanctionner l'incombance par la résolution judiciaire du contrat

598. Une sanction possible mais peu fréquente. La question qui se pose est de savoir si le juge, constatant le jeu d'une déchéance pour manquement à une incombance peut, pour cette même cause, et sur la demande du cocontractant, prononcer la résolution du contrat ? Pour maintes raisons, qui vont être exposées, il apparaît *a priori* peu probable qu'une telle sanction soit prononcée par le juge pour cette seule cause⁵. Néanmoins, il

¹ V. RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat, thèse préc.*, n° 219 ; *adde* CAUFFMAN (C.), « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », in *Droit des contrats. France, Belgique*, 1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 155 et s. ; SAMOY (I.), « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », in *Questions spéciales du droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195 et s.

² V. *Ibid.*

³ V. FAGES (B.), *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 460-39 ; *adde* RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat, thèse préc.* ; CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 38, n. 98.

⁴ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 460-39.

⁵ En ce sens, V. not. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 38, n. 98 : (à propos de l'incombance d'information pesant sur le bénéficiaire d'une garantie de passif) « la sanction de la résolution semble peu adaptée à la situation qui nous occupe. [...] Elle impliquerait que

convient de modérer ce propos, car il peut être constaté, dans les faits, que le juge prononce la résolution du contrat pour ce motif, dans certaines circonstances exceptionnelles. En effet, si la résolution est une sanction très peu usitée en la matière parce que mal adaptée aux spécificités de l'incombance, elle n'en reste pas moins une conséquence possible de ce type de manquement sur décision motivée du juge.

599. Les raisons d'une sanction peu fréquente. Plusieurs arguments seraient de nature à convaincre du caractère inadéquat du prononcé d'une résolution du contrat en cas de manquement à une incombance.

Tout d'abord, la résolution ne semble pas correspondre à l'esprit de l'incombance qui est de permettre la survie du lien contractuel en incitant à l'adoption d'un comportement coopératif, et à défaut, en impliquant seulement la perte du droit négligé afin que l'acte puisse perdurer. Seul le droit se trouvant anéanti, le principe de l'existence du contrat n'est, en revanche, pas atteint.

De plus, il est très peu probable que le cocontractant fasse la démarche de solliciter la résolution du contrat suite au manquement à une incombance, car il a été vu que ce manquement est à son avantage¹. En effet, la déchéance qu'il entraîne a pour conséquence de libérer le cocontractant, soit d'une obligation qui se trouvait initialement à sa charge, soit d'un risque lié à une prise de décision incohérente de la part de son partenaire et de nature à lui nuire². La partie constatant le manquement de l'autre à son incombance bénéficie d'un nouvel équilibre à son profit dans la relation contractuelle.

Au surplus, outre le fait qu'il ne semble pas utile pour lui de demander la résolution du contrat, cette sanction pourrait s'avérer profitable à la partie ayant manqué à son incombance en ce qu'elle lui permettrait de se défaire d'une relation ne lui permettant plus d'obtenir l'avantage qu'il attendait initialement de l'acte. Cette sanction n'atteindrait donc pas le but escompté, à savoir sanctionner la partie négligente en la plaçant dans une situation juridique défavorable. Cette solution se trouverait alors assez paradoxalement au profit de l'auteur du manquement, ce qui reviendrait à nier la force obligatoire du contrat.

Enfin, et de manière plus décisive au regard des conditions du prononcé de la résolution judiciaire, le manquement à une incombance ne paraît *a priori* pas suffisamment grave en soi pour justifier l'arrêt des relations contractuelles³. En effet, en tant que contrainte

l'engagement de garantie disparaisse. Or, il sera rare que les circonstances entourant le défaut d'information relatif à un évènement particulier soient de nature à entraîner la résolution de l'engagement de garantie du débiteur de la garantie dans son ensemble, y compris pour tous autres risques se réalisant à l'avenir ».

¹ V. *supra*, n° 238.

² V. *supra*, n° 224 et s.

³ En ce sens, V. not. CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *art. préc.*, n° 38. Toutefois *contra*, V. MOUSSERON (J.-M.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Levallois-Perret, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1997, p. 336, n° 626.

ponctuelle et accessoire, dans l'intérêt même de celui à qui elle s'impose, son inobservation ne revêt pas, en théorie, pour le cocontractant, un caractère de particulière gravité pouvant justifier le prononcé d'une résolution judiciaire.

La sanction de l'incombance par la résolution du contrat ne semble donc pas réellement adéquate. Pourtant, une telle allégation peut être démentie par le constat de la pratique qui prouve que la résolution est parfois prononcée par le juge suite au manquement à une incombance.

600. Le constat de la possible sanction du manquement à une incombance par la résolution. Même si cela est assez exceptionnel, la résolution est une sanction potentiellement partagée par les devoirs et les incombances contractuels.

Une illustration de cette conséquence du manquement à une incombance contractuelle peut être trouvée dans la règle posée à l'article 2314 du Code civil. En effet, bien souvent, lorsque le créancier manque à son incombance de conserver les droits, hypothèques et privilèges qu'il détient contre le débiteur, la caution sollicite purement et simplement la résolution du contrat de cautionnement auprès du juge. D'un avis clairement exprimé en doctrine, cette disposition établit ainsi une cause autonome et singulière d'extinction du cautionnement¹. Pourtant, c'est plus exactement la perte du droit de poursuivre la caution en paiement qui est prévue par le texte, et en vertu du principe de proportionnalité de la déchéance institué par la jurisprudence, la caution devrait normalement être uniquement déchargée à proportion du gain manqué, c'est-à-dire à raison de la valeur des droits préférentiels perdus, le contrat pouvant alors perdurer². Or, cette proportionnalité est peu appliquée en pratique car il revient au créancier de prouver que le droit préférentiel perdu est d'un montant inférieur à celui de l'engagement de la caution. En général les créanciers rencontrent des difficultés dans l'apport de la preuve nécessaire à la déchéance partielle de leurs droits. Constatant la déchéance totale du créancier de son droit de poursuivre la caution, les juges prononcent alors la fin du contrat. Dans cette hypothèse, il apparaît clairement que le manquement à une incombance conduit à l'extinction du contrat dans lequel elle s'inscrit. Néanmoins, reste à déterminer le raisonnement opéré par le juge pour aboutir à cette sanction en un tel cas.

601. Le fondement de la résolution du contrat pour manquement à une incombance. Deux justifications principales peuvent être proposées pour expliquer le prononcé d'une résolution du contrat suite au manquement à une incombance, ces justifications pouvant d'ailleurs s'entremêler.

¹ V. MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 384 et s.

² V. Cass. civ. I, 24 févr. 1987, *préc.* ; 9 mai 1994, *préc.* ; 15 déc. 1998, *préc.* ; 12 févr. 2002, *préc.* ; Cass. com., 19 oct. 2010, *préc.* V. *supra*, n° 441.

En premier lieu, une explication de l'extinction du contrat semble pouvoir être trouvée dans l'effet de la perte d'un droit constituant l'essence du contrat conclu. En effet, dans l'exemple sus exposé, le droit conditionné par le comportement du créancier n'est ni plus ni moins que le droit de recours contre la caution, à savoir l'objet même du contrat de cautionnement. L'obligation au paiement de la caution constitue l'essence même du contrat de cautionnement. Si le créancier perd totalement ce recours, le contrat de cautionnement n'a alors plus de cause objective pour lui. Or, en ce qu'il perd un élément essentiel à son existence en cours d'exécution par l'effet de la déchéance subie, le contrat de cautionnement doit logiquement cesser d'exister. L'idée ici sous-jacente est que le manquement à une incombance peut impliquer la résolution du contrat dès lors qu'il a pour effet de faire disparaître l'obligation essentielle de l'acte. Cette proposition rejoint finalement la théorie causaliste du fondement de la résolution¹. Le juge, en l'occurrence, se fonderait sur un déséquilibre économique objectif pour prononcer la résolution du contrat, la particularité étant que le déséquilibre serait causé non pas par l'inexécution d'une obligation essentielle, mais par sa disparition en raison du manquement à une incombance. Apparaît alors clairement la retombée économique de cette contrainte comportementale. Un tel fondement pourrait ainsi justifier la résolution du contrat en cas de manquement à d'autres incombances du même type, c'est-à-dire attachées au droit formant l'essence de l'échange. Cela renvoie, par exemple, aux incombances qui se trouvent à la charge de l'assuré et qui accompagnent son droit à indemnisation du sinistre², ou encore aux incombances à la charge du créancier prêteur et bénéficiant d'un engagement de caution, qui compensent son droit aux intérêts³.

Néanmoins, ce fondement n'est peut-être pas suffisant à lui seul pour justifier la démarche du juge, et cela pour trois raisons. Tout d'abord, il ne peut que justifier la demande du créancier visant au prononcé de la résolution du contrat, et non celle de la caution. En effet, c'est la partie qui souffre du déséquilibre économique justifiant la résolution qui est fondée à la demander au juge. Or, l'inobservation de son incombance par le créancier est favorable à la caution puisque celle-ci se voit libérée de son obligation de payer. Un tel fondement n'est donc pas de nature à expliquer la demande en résolution du contrat de cautionnement formée par la caution à la suite du manquement à son incombance par le créancier. Ensuite, et au-delà, cette explication présente l'inconvénient d'encourager le créancier cherchant à se débarrasser d'un engagement ne lui apportant plus satisfaction, à ne pas observer son incombance, pour pouvoir ensuite demander la résolution de l'acte devenu déséquilibré par son fait. Enfin, cette justification cantonne la résolution au domaine des incombances assortissant un droit principal, car celles-ci font apparaître mieux que les autres,

¹ V. *supra*, n° 579 et s.

² V. *supra*, n° 157.

³ V. *supra*, n° 159.

la retombée directe qu'elles peuvent avoir sur l'équilibre général de l'accord¹. Or, rien ne justifie *a priori*, que les autres incombances soient exclues du champ des causes de la résolution judiciaire².

À cette première justification du prononcé de la résolution peut alors en être ajoutée une seconde, qui ne présente pas ces limites.

Précisément, et en second lieu, l'explication du prononcé de la résolution en cas de manquement à une incombance semble pouvoir être trouvée dans sa fonction de garantie. En effet, M. GÉNICON a pu démontrer que la résolution ne se résume pas à ses fonctions économique et punitive³. Une troisième utilité doit lui être reconnue, qui est celle de permettre au juge de mettre fin à un acte afin de prévenir le contractant contre les dommages éventuels qu'il pourrait subir lors de son exécution future. Cette fonction « *est à l'œuvre lorsque la résolution est prononcée pour permettre au créancier de sortir indemne d'un contrat qui n'a pas été parfaitement exécuté* »⁴. Plus précisément, l'auteur a mis en exergue le fait que, parfois « *les juges sont tentés, presque à titre préventif, de détruire un contrat lorsque les garanties d'exécution prévues ne sont pas fournies* »⁵. Or, tel est le cas quand le créancier vient à manquer à la règle de l'article 2314 du Code civil, car dans cette hypothèse il prive clairement la caution des garanties qu'il s'était engagé à lui fournir : de par la négligence du créancier, la caution ne disposera plus des mêmes droits que ceux qu'elle était légitimement en droit d'espérer pour l'exercice de son recours subrogatoire contre le débiteur. Il peut ainsi être avancé qu'en l'occurrence, ce n'est pas la volonté d'anéantir un acte qui n'est plus profitable au créancier qui détermine l'initiative du juge, ni même celle de le punir – la punition étant alors du ressort de la déchéance – mais plutôt celle de détruire un accord qui ne présente plus les garanties qui avaient été décisives de l'engagement de la caution. La résolution ne remplit pas un rôle punitif en un tel cas car elle peut être favorable au créancier, qui aura été d'ores et déjà puni par la déchéance de son droit, et qui aspirera le plus souvent à repartir sur de nouvelles bases avec un autre garant. En revanche, elle remplit un rôle certain de garantie puisqu'elle épargne la caution contre les dommages éventuels qu'elle pourrait subir en restant liée à un créancier indélicat. La volonté d'épargner la caution contre des dommages futurs liés à ce manquement constitue précisément une justification pertinente de la démarche du juge prononçant la résolution en une telle hypothèse.

Cette fonction reconnue à la résolution, dont le prononcé dépend de la libre appréciation du juge, est également de nature à justifier qu'elle puisse être prononcée en réponse au manquement à d'autres types d'incombances, à partir du moment où le comportement laisserait présager un risque de dommage futur.

¹ V. *supra*, n° 263 et s.

² V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 306 et s.

³ V. *Ibid*, n° 209 et s.

⁴ V. *Ibid*, n° 212.

⁵ V. *Ibid*, n° 502.

Au surplus, cela traduit le fait que le manquement à une incombance constitue bel et bien une atteinte à la force obligatoire du contrat¹, et que pour cette raison et en l'absence même de l'inexécution d'une obligation ou de l'inobservation d'un devoir, la destruction du lien contractuel peut être demandée au juge par le contractant ayant perdu toute confiance en son partenaire.

602. Conclusion de la section. La résolution judiciaire du contrat est une sanction qui traduit l'intégration de contraintes non-obligationnelles dans le contenu du contrat et qui finit de démontrer leur importance au regard du respect de la force obligatoire de l'acte. En effet, le manquement à un devoir, ou à une incombance, est susceptible de porter atteinte, directement ou indirectement, à l'utilité du contrat. Or, la résolution permet d'y mettre fin s'il ne présente plus les garanties d'efficacité et d'utilité dont il pouvait témoigner initialement.

Pour autant, si cette sanction est envisageable tant en raison de l'inobservation d'un devoir que du non-respect d'une incombance, elle ne s'impose pas avec la même évidence dans ces deux types d'hypothèses. En effet, cette mesure est particulièrement compatible avec le manquement à un devoir contractuel, notamment dans sa fonction punitive, à titre de sanction d'un comportement fautif empêchant directement la bonne poursuite du but contractuel. En revanche, ce ne sera que de manière assez exceptionnelle que le juge pourra considérer opportune la résolution du contrat pour manquement à une incombance contractuelle, en dépit du jeu de la déchéance. C'est alors dans sa fonction de garantie ou dans sa fonction économique que la résolution pourra se voir justifiée en de telles hypothèses.

Si l'intervention du juge est encore de principe en droit français², afin d'éviter que le contrat ne soit anéanti pour des motifs insuffisants ou de manière préjudiciable pour le cocontractant³, il existe tout de même, en droit positif, des modes extra-judiciaires de résolution du contrat. Sur ce point, les effets du manquement au devoir et à l'incombance diffèrent quelque peu.

¹ V. *supra*, n° 147 et s.

² Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit de mettre fin à ce principe, pour consacrer une option au bénéfice du créancier entre, le cas échéant, la mise en œuvre d'une clause résolutoire, la résolution unilatérale par notification du créancier au débiteur, et la résolution judiciaire, V. art. 1224.

³ V. *supra*, n° 570.

Section II

Manquement à un devoir ou à une incombance et résolution extra-judiciaire du contrat

603. Modes alternatifs de résolution et sanction du comportement contractuel.

Est reconnue, en droit positif, la possibilité de mettre en œuvre la résolution du contrat en dehors de toute intervention préalable du juge. Une telle sanction peut être encourue si elle est prévue par les parties dans l'acte, au moyen d'une clause résolutoire. Elle peut également résulter d'une démarche unilatérale d'un contractant s'estimant victime d'un manquement grave commis par son partenaire en vertu d'une jurisprudence assez récente. Dans ces deux cas, le juge ne décide pas de l'opportunité du prononcé de la mesure, mais n'est pas totalement écarté pour autant puisqu'il sera éventuellement amené à intervenir *a posteriori*, s'il est saisi par une partie se plaignant de la résolution. Or, la clause résolutoire (§1), et la résolution unilatérale du contrat (§2), sont davantage adaptées à la sanction du devoir contractuel qu'à celle de l'incombance.

§1- Clause résolutoire et sanction du comportement contractuel

604. **L'application du principe de liberté contractuelle.** La clause résolutoire est traditionnellement définie comme étant la « *convention par laquelle les parties décident que le contrat sera résolu de plein droit – sans intervention du juge – en cas d'inexécution par l'une d'entre elles de ses obligations* »¹. Elle bénéficie d'une validité de principe car l'article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public². Elle en est d'ailleurs une dérogation expresse, puisqu'elle permet d'éviter que la résolution du contrat ne soit soumise à l'appréciation du juge. Cette clause se caractérise par sa source en ce qu'elle résulte spécifiquement d'un accord des parties. Tout comme la clause pénale, avec laquelle elle peut se cumuler³, la clause

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 455-3.

² Cette pratique ferait son entrée dans le Code civil et serait ainsi légalement consacrée si le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* venait à être adopté : V. art. 1224 et 1225 du projet ; *adde* MEKKI (M.), « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 15 et s. Sa mise en œuvre imposerait clairement une mise en demeure du débiteur : V. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 22.

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 460-42 : Le jeu de la clause résolutoire s'accompagne de la responsabilité contractuelle du débiteur, qui a pour objet d'indemniser le créancier du préjudice lié à l'inexécution mais aussi de celui né de la résolution-même. « *L'application de la clause*

résolutoire est un contrat accessoire au contrat principal dans lequel elle s'insère¹. Le principe de liberté contractuelle s'applique donc à la stipulation d'une telle clause². Ainsi, « *sauf limitation légale, la clause résolutoire peut sanctionner l'inexécution d'une obligation quelconque issue du contrat. Il appartient aux parties de définir son champ d'application, en précisant les obligations qu'elles entendent assortir de la clause résolutoire* »³.

Or, si la clause résolutoire tend, de manière classique, à sanctionner une « *inexécution* »⁴, il peut être soutenu, à l'appui du principe de liberté contractuelle, que la clause résolutoire a plus largement vocation à sanctionner tout manquement contractuel, à partir du moment où la contrainte visée a été préalablement amenée à l'attention du cocontractant. En effet, ce qui importe pour constater la légitimité du jeu de la clause résolutoire, est de caractériser un manquement du contractant à qui elle est opposée, que celui-ci ait été préalablement indiqué dans le contrat comme pouvant donner lieu à une telle sanction⁵, et qu'il puisse être imputé au cocontractant, c'est-à-dire qu'il ne découle ni d'une faute de celui qui s'en prévaut, ni d'un cas de force majeure⁶. Ainsi tout risque de mise en œuvre discrétionnaire de la clause sera évité. La seule chose que la jurisprudence condamne c'est le fait que le débiteur ne soit pas averti, dès la conclusion du contrat, des conséquences encourues pour ses éventuels manquements⁷. Et si la clause résolutoire doit clairement viser les manquements susceptibles d'entraîner son application⁸, cela n'empêche pas, en soi, qu'elle puisse viser un devoir implicitement ou explicitement rattaché au contrat⁹ (A). De même, les

résolutoire peut ainsi s'accompagner de celle d'une clause pénale ». V. not. Cass. com., 4 juill. 1972, n° 71-11194 ; 21 oct. 1974, n° 73-11099 ; 28 avr. 1980, n° 78-16463 ; 29 janv. 1991, *préc.*

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 455-45 et 57.

² V. *Ibid*, n° 455-63 : « *Dans la majorité des contrats, la clause résolutoire ne connaît pas de réglementation spécifique et est librement stipulée par les contractants qui en déterminent librement le contenu* ». Elles sont néanmoins prohibées dans certains contrats (V. *Ibid*, n° 455-69, et lorsqu'elles revêtent un caractère abusif, V. *Ibid*, n° 455-66).

³ V. *Ibid*, n° 455-30.

⁴ V. *Ibid*, n° 455-27 : « *Le bénéficiaire de la clause résolutoire est, par définition, le contractant créancier de l'obligation* » ; n° 460-27 : « *Le titulaire du droit de résolution est celui qui, au moment de l'inexécution, a les qualités de créancier de l'obligation inexécutée et de partie au contrat* ». Il est ainsi classiquement reconnu que la clause résolutoire peut être au bénéfice de chaque partie à un contrat synallagmatique puisqu'un tel accord implique que les contractants ont chacun la double qualité de débiteur et de créancier : V. *Ibid* : « *Dans les contrats synallagmatiques, le bénéfice de la clause résolutoire peut être offert à chacune des parties pour l'inexécution des obligations de son contractant* ».

⁵ V. *Ibid*, n° 460-3. V. art. 1225 du projet d'ordonnance : « *La clause résolutoire désigne les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ».

⁶ V. *Ibid*, n° 460-12 et 18.

⁷ V. SEUBÉ (J.-B.), « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », *RDC*, 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 173 et s.

⁸ V. SEUBÉ (J.-B.), « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », *art. préc.* : « *la clause résolutoire ne peut sanctionner que des obligations expressément stipulées. Cette solution avait déjà été dégagée [...] et récemment appliquée pour décider qu'aucune stipulation expresse du bail ne faisant obligation au locataire d'exploiter son fonds de commerce dans les lieux loués, la clause résolutoire ne pouvait s'appliquer* » ; V. Cass. civ. III, 18 mai 1988, *D.*, 1988, IR, p. 154 ; 13 avr. 1996, *RJDA*, 1996, n° 896 ; 10 juin 2009, *RDC*, 2010, p. 125, obs. SEUBÉ (J.-B.) ; 15 sept. 2010, n° 09-10339.

⁹ V. *contra*, BÉNABENT (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, n° 397 : la clause « *ne peut pas jouer pour des fautes qui résultent du droit commun mais non des mentions du contrat, alors même que ces manquements sont*

parties pourraient décider d'assortir le manquement à une incombance d'une clause résolutoire. Mais, il semble alors qu'elles en dénatureraient le concept (B).

A. L'adaptabilité de la clause résolutoire à la sanction d'un devoir contractuel

605. La clause résolutoire comme sanction d'un devoir contractuel de source légale. Dans son rôle d'encadrement de la mise en œuvre de la clause résolutoire, le législateur convient parfois implicitement que cette sanction peut permettre de sanctionner le manquement à un devoir contractuel. Par exemple, en vertu de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 ainsi que de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre par le bailleur à l'encontre du locataire que dans certains cas limitativement énumérés, parmi lesquels le non-respect par le locataire de son devoir d'user paisiblement des locaux loués¹. Or, une telle contrainte est un devoir et non une obligation, car elle présente un caractère continu, catégorique et essentiel², et d'ailleurs son manquement est de nature à entraîner une responsabilité délictuelle à l'égard des tiers³. Plus précisément, cette règle est une traduction spéciale dans le contrat de bail du devoir général de respect du partenaire, présent dans tout contrat. Et le législateur reconnaît clairement que ce devoir légal puisse entraîner, en ce qu'il s'inscrit spécifiquement dans un cadre contractuel, et de par la volonté même des parties, une conséquence propre à la vie du contrat. En effet, pour ce qui concerne ses rapports avec le bailleur, le locataire doit observer ce devoir sous peine de subir la résolution du bail, si une clause résolutoire est stipulée. Cette dernière institue donc une sanction spéciale, spécifiquement contractuelle, tout à fait adaptée à la circonstance du manquement à un devoir mis à la charge du contractant par l'effet de la loi.

De manière plus générale, il est admissible que les contractants puissent prévoir des sanctions spécifiques, directement dans leur accord, en cas de manquement aux devoirs s'imposant à eux en raison de la conclusion du contrat. Ainsi tel peut être l'objet d'une clause résolutoire, à condition que celle-ci l'énonce expressément⁴. Par exemple, il doit être possible pour les parties de prévoir que la clause résolutoire stipulée ne s'appliquera que si le débiteur se révèle de mauvaise foi dans l'inexécution de son obligation⁵. En principe, seule

incontestables » ; *adde* SEUBÉ (J.-B.), « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », *art. préc.* : « La clause résolutoire s'accommode donc mal des manquements à des obligations légales ou implicites ».

¹ V. *Ibid.*, n° 455-69.

² Pour la définition du devoir, V. *supra*, n° 182 et s.

³ En effet, l'inobservation de ce devoir qui s'inscrit dans le cadre de l'exécution du contrat de bail qui lie le locataire au bailleur, est également de nature à constituer un trouble anormal du voisinage, c'est-à-dire une faute du locataire, causant un préjudice au tiers, sanctionnée sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Sur le lien entre faute contractuelle et responsabilité délictuelle à l'égard des tiers, V. *supra*, n° 380 et s.

⁴ La clause doit être expresse, non équivoque : V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat, op. cit.*, n° 455-36 et s.

⁵ V. PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire, thèse préc.*, n° 80.

l'inexécution de l'obligation suffit à l'application de la clause résolutoire et la bonne ou la mauvaise foi du débiteur est indifférente¹. Stipuler une prise en compte de la mauvaise foi du débiteur dans l'inexécution de l'obligation revient alors, dans ce cas précis, à limiter le jeu de la clause résolutoire. Celle-ci opère à la manière d'une faveur accordée par le créancier au débiteur dont l'inexécution ne serait pas liée à sa mauvaise foi. Mais, s'appliquant également à l'égard du créancier, elle est le rappel pour lui que son engagement implique une certaine droiture comportementale, qui en cas de non-respect pourra aboutir à la fin pure et simple du rapport contractuel.

La clause résolutoire présente aussi une dimension rigoureuse lorsqu'elle vient sanctionner, par exemple, le manquement au devoir général de sécurité intégré au contrat. Une telle clause traduit alors clairement la prise de conscience par les parties, lors de la conclusion de l'acte, de l'absence d'intérêt à poursuivre un contrat dont l'exécution serait l'occasion de porter atteinte à l'intégrité physique du partenaire.

Quoi qu'il en soit, ces différentes hypothèses impliquent d'accepter le principe d'une clause résolutoire qui viserait à sanctionner, non pas spécifiquement l'inexécution d'une obligation contractuelle, mais au-delà, la circonstance plus générale d'un manquement commis par le cocontractant.

606. La clause résolutoire comme sanction d'un devoir contractuel de source contractuelle. *A fortiori*, si la clause résolutoire peut viser un devoir légal, rien ne doit alors empêcher les parties d'assortir d'une telle sanction un devoir expressément ajouté par elles au contrat. En effet, il a été vu que les contractants peuvent, dans certaines limites, prévoir des devoirs qui s'imposeront à eux au cours de la relation contractuelle². Or, il ne semble pas que la nature de la clause résolutoire, ou celle du devoir, s'opposent à ce qu'ils décident qu'une telle clause pourra s'appliquer au cas où l'un d'eux viendrait à manquer à ce comportement contractuellement imposé. Par exemple, il est possible d'imaginer que les parties décident d'assortir une clause de secret stipulée dans leur contrat d'une résolution qui s'appliquerait dans l'hypothèse où des informations confidentielles seraient divulguées. Lorsque le devoir est contractuellement prévu et expressément visé par la clause, son application ne doit alors pas faire de difficultés, en vertu du principe de liberté contractuelle.

D'ailleurs, une clause prévoyant que la résolution ne pourrait être prononcée que dans l'hypothèse du manquement par l'un des contractants à un ou plusieurs de ses devoirs ne serait pas nécessairement abusive – il convient de faire la réserve du cas où la clause est au profit d'un professionnel et au détriment d'un consommateur, ou encore du cas où la clause confère à l'une des parties le droit de résoudre discrétionnairement le contrat³ – car une telle

¹ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 460-15.

² V. *supra*, n° 131 et s.

³ V. *Ibid*, n° 455-66.

clause ne porterait pas atteinte au droit du cocontractant de mettre en œuvre d'autres sanctions en cas d'inexécution d'une obligation.

Il semble, au surplus, que dans la limite du respect des dispositions d'ordre public, les parties puissent aggraver la sanction encourue en cas de manquement à une incombance contractuelle en désignant expressément ce comportement dans leur contrat comme cause de sa résolution. Néanmoins, cela ne s'opérerait pas sans dénaturer le concept même d'incombance.

B. La dénaturation de l'incombance contractuelle par la clause résolutoire

607. La clause résolutoire sanctionnant le manquement à une incombance contractuelle. En ce qu'elle est une « *manifestation de la liberté contractuelle, la clause résolutoire est le moyen de fixer préalablement l'intérêt du créancier et, par conséquent, de tempérer quelque peu l'imprévisibilité inhérente au standard gouvernant la résolution extra-conventionnelle* »¹. Ainsi, par le biais d'une telle clause les parties peuvent essentialiser le comportement coopératif accessoire que représente l'incombance et convenir que son inobservation devra entraîner la fin de la relation contractuelle, même si sans cette clause, le juge n'aurait pas jugé la résolution opportune. Un tel pouvoir est toutefois relativisé par l'importance de l'ordre public en matière d'incombances légales. En effet, la plupart des incombances prévues par le législateur sont impératives, ce qui est de nature à empêcher les parties de modifier la sanction qui les accompagne². Mais pour ce qui est des incombances de source volontaire³ ou des incombances légales non impératives⁴, une telle stipulation doit être possible en vertu du principe de liberté contractuelle.

A priori, une opposition à une telle assertion pourrait découler de la nécessité de caractériser un manquement grave pour justifier la résolution, ce que ne permet pas le manquement à une incombance, dont la portée minimale, ne semble pas à elle seule de nature à remettre en cause l'utilité économique du pacte pour le cocontractant⁵. Néanmoins, comme M. GÉNICON l'a justement souligné, « *les parties sont tout à fait libres de définir par avance le manquement résolutoire, qui pourra très bien concerner une obligation dérisoire du contrat. Autant dire alors que la notion de manquement grave n'a pas vraiment sa place en la matière* »⁶. La clause résolutoire permet aux parties de décider elles-mêmes de ce qui

¹ V. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse préc., n° 224.

² C'est notamment le cas des incombances intégrées au contrat d'assurance, au contrat de bail commercial, ou encore au contrat de travail V. *supra*, n° 259 et s.

³ Par exemple, le fait d'informer le garant du passif des éléments de nature à mettre en œuvre la garantie, V. *supra*, n° 169.

⁴ Par exemple, le fait de ne pas empêcher l'accomplissement de la condition suspensive, V. *supra*, n° 163 et s.

⁵ V. *supra*, n° 235 et s.

⁶ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 369.

constitue selon elles un manquement pouvant justifier que le contrat doive prendre fin. Le juge est totalement lié par la stipulation, et ne peut remettre en cause cet accord sous prétexte de la légèreté du manquement, tant que ce dernier a été bel et bien expressément indiqué dans l'acte comme pouvant impliquer sa résolution¹. D'ailleurs, le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ne requiert aucune condition de gravité quant au manquement justifiant la mise en œuvre d'une clause résolutoire². Le défaut de proportionnalité entre le comportement sanctionné et sa punition est alors de nature à accroître la fonction comminatoire d'une telle clause³.

Néanmoins, si cette stipulation s'avère théoriquement possible, il convient de se demander si elle n'opèrerait pas, en cas de manquement à une incombance, une disqualification de cette contrainte, qui ne serait finalement autre qu'une condition résolutoire potestative.

608. Une clause transformant l'incombance en condition résolutoire potestative.

La réflexion à mener sur la stipulation d'une clause résolutoire pour manquement à une incombance fait apparaître, une nouvelle fois, à quel point les notions d'incombance et de condition résolutoire sont proches l'une de l'autre⁴. En effet, à considérer que les parties prévoient, dans leur contrat, que le comportement normalement exigé comme préalable à l'exercice d'un droit et en conditionnant la jouissance pour son titulaire, serait à défaut d'être observé, de nature à conduire à la résolution du contrat, celles-ci changeraient alors la nature même de la contrainte, qui ne correspondrait plus à une incombance, mais plutôt à une condition résolutoire potestative, c'est-à-dire une modalité du contrat subordonnant sa résolution à l'adoption, par l'une des parties, d'un comportement ne dépendant que de sa propre volonté.

La nuance tient ici clairement à l'effet extinctif attaché à l'inobservation visée : normalement assortie d'une déchéance, l'incombance ne remet pas en cause la continuation du contrat, tandis que la condition résolutoire permet de préciser dans l'acte que l'évènement impliquera automatiquement la fin du contrat. La déchéance sanctionnant habituellement l'incombance ne nuit qu'au titulaire du droit visé, alors que la résolution entraîne un effet extinctif global au détriment de chaque partie⁵.

¹ V. *Ibid*, n° 372.

² V. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 22.

³ V. *Ibid* ; adde V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 232 : « Dès lors, en effet, que les contractants ne manquent pas de préciser que la résolution sera encourue même pour un manquement véniel, comme « pénalité destinée à inciter [le contractant] à s'exécuter diligemment », on ne peut douter qu'elle est conçue comme une sanction dont la crainte suffira à assurer la bonne exécution du contrat. Aussi, dans un premier temps au moins, son utilité première tient à la force dissuasive dont elle est dotée. Elle sert, en quelque sorte, à ne pas servir ».

⁴ V. *supra*, n° 312.

⁵ Sur les conséquences de la résolution à l'égard des contractants, V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 886 et s.

Or, cette différence d'effet joue sur la finalité même de la stipulation. La condition résolutoire, au contraire de l'incombance, traduit l'importance de l'évènement aux yeux des deux parties, puisqu'elles ont convenu que le comportement devrait aboutir à la destruction du contrat. Si le manquement à une incombance est érigé en évènement justifiant la résolution du contrat, cela signifie que l'adoption d'une telle attitude par la partie à qui elle s'imposait est de nature à remettre en cause la raison même de l'engagement de son partenaire. Dès lors, puisque les parties font du comportement une condition expresse de la fin du contrat, il ne se trouve pas dans le seul intérêt de celui à qui il s'impose. À titre d'évènement résolutoire, l'attitude du contractant vise directement l'intérêt même du contrat pour chaque partie. Par le biais de la condition, celles-ci essentialisent le comportement visé et précisent ainsi la cause de leur engagement : leur contrat est valable, doit continuer à exister, et doit donc être exécuté tant que le contractant n'adopte pas le comportement érigé en condition résolutoire. Elles font de ce comportement, dépendant de la seule volonté du partenaire, une condition de l'extinction du lien contractuel : il est intégré à l'acte comme motif de sa rupture. Dans un tel cas, il ne s'agit alors plus d'une incombance *stricto sensu*, mais d'un autre phénomène juridique, à savoir une condition résolutoire potestative.

609. Manquement au bon comportement et portée de la clause résolutoire. En vertu du principe de liberté contractuelle, les parties sont, dans la limite du respect des dispositions d'ordre public, en capacité d'assortir un devoir ou une incombance contractuels d'une clause résolutoire. Une telle stipulation présente une certaine adaptabilité à la sanction du devoir. Pour autant, concernant l'incombance, cela aura pour conséquence de transformer cette contrainte en condition résolutoire potestative, et donc d'en changer la nature. Dénaturée par la stipulation d'une clause résolutoire, l'incombance ne s'avère pas, par ailleurs, revêtir le critère de gravité nécessaire pour justifier une résolution unilatérale du contrat. Cela la différencie de nouveau du devoir, dont le manquement pourrait justifier une telle réaction du cocontractant.

§2- La résolution unilatérale du contrat pour manquement grave

610. L'admission de la résolution unilatérale en droit français. Conformément au principe de la force obligatoire du contrat et au refus de la justice privée, l'article 1184 du Code civil impose que la résolution du contrat soit prononcée par le juge¹. Ainsi,

¹ V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 547. En cela le droit français semble assez isolée : V. *Ibid*, n° 525 et 601 et s. Mais cette assertion est toutefois à relativiser quelque peu : n° 603 ; *adde* SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 3.

originaires, la résolution extra-judiciaire du contrat était classiquement refusée sur ce fondement¹. Étaient néanmoins admises quelques exceptions, que ce soit par la loi², ou par la jurisprudence en raison d'états d'urgence ou de nécessité, ou encore de trahison grave de la confiance du cocontractant³. De plus, la prohibition des engagements perpétuels était de nature à justifier la résolution unilatérale d'un contrat à durée indéterminée. Il n'en restait pas moins que, pour sortir d'un contrat à durée déterminée, les parties devaient par principe, soit se mettre d'accord sur la résolution lors de la conclusion du contrat (clause résolutoire), ou de sa rupture (*mutuus dissensus*), soit demander au juge qu'il y mette fin. Or, « *c'est cette vision classique des choses* » qui a été récemment troublée par la jurisprudence de la Cour de cassation⁴.

En effet, par un arrêt du 13 octobre 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu affirmer le principe selon lequel « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* »⁵. La généralité des termes employés donne à cette décision la force d'un arrêt de principe « *et donne à la résolution sans juge la légitimité qui lui manquait encore, en même temps qu'elle en détermine très précisément le cadre et le mécanisme* »⁶. La portée de cette décision s'est d'ailleurs vue confirmée par un arrêt de cette même chambre, rendu le 20 février 2001 au double visa des articles 1134 et 1184 du Code civil⁷. La Cour de cassation a alors ajouté que cette règle a vocation à s'appliquer que « *le contrat soit à durée déterminée ou non* »⁸. Ainsi, il apparaît clairement que « *la première Chambre civile entend non point s'en tenir à une exception, mais bien poser un principe concurrent à celui qui existe quand la*

¹ V. not. Cass. civ. I, 2 févr. 1999, *JCP G*, 1999, IV, n° 1579.

² V. par ex. art. 322-4 C. av. civ. : Le Code de l'aviation civile prévoit que le commandant de bord a la faculté de débarquer le passager qui présente un danger pour la sécurité ou pour le bon ordre à bord de l'appareil. C'est un cas de rupture unilatérale prévu par le législateur, pour des raisons qui tiennent à la sécurité des personnes ; *adde* art. 1657 et 1844-7-5° C. civ. ; L. 113-3 C. assur. ; L. 114-1 C. conso. ; L. 122-3-8 C. trav.

³ V. not. GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, op. cit., n° 466 s. ; *adde* GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 558 et s. : l'auteur résume ainsi les trois exceptions classiques au principe de résolution judiciaire : le péril imminent, la déloyauté grave et l'inexécution totale et définitive ; *D.*, 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.) sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, n° 99-15170, Bull. civ. I, n° 40, *préc.*

⁴ V. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*

⁵ V. Cass. civ. I, 13 oct. 1998, n° 96-21485, Bull. civ. I, n° 300, *D.*, 1999, jur., p. 197, note JAMIN (Ch.) ; somm., p. 115, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *Defr.*, 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.) ; *RTD Civ.*, 1999, p. 394, obs. MESTRE (J.).

⁶ V. *Defr.*, 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.* ; *contra*, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 550 et s. : l'auteur conteste le fait que cet arrêt aurait un réel apport en raison de l'emploi de la formule « à ses risques et périls », ainsi qu'en raison de sa proximité avec les arrêts admettant des dérogations classiques au caractère judiciaire de la résolution.

⁷ V. *RTD Civ.*, 2001, p. 363, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) : « *On voit là toute la difficulté qu'il y a parfois pour la Cour de cassation à faire évoluer le droit des contrats en présence de textes qui n'ont quasiment pas bougé depuis 1804....* ».

⁸ V. Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.*

résolution est prononcée par le juge »¹. D'ailleurs, son admission par la chambre commerciale a fini de le consacrer².

Une telle évolution de la jurisprudence française s'est opérée sous l'impulsion du droit international, fortement imprégné des mécanismes anglo-saxons. En effet, la *Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises*³, les *Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*⁴, ainsi que les *Principes du droit européen des contrats élaborés par la Commission Lando*⁵, consacrent – il est vrai sous des conditions relativement distinctes⁶ – la faculté pour l'une des parties de prononcer unilatéralement la résolution du contrat. La réception de la résolution unilatérale en droit français est ainsi l'une des manifestations de ce qu'« *un vent d'origine anglo-saxonne passe sur notre droit des contrats* »⁷, car ce mécanisme, qui perturbe le principe de la force obligatoire cher à notre système⁸, est clairement au bénéfice d'un objectif d'efficacité économique du contrat⁹. Et il se pourrait que cette influence se fasse plus grande encore à l'avenir¹⁰. D'ailleurs, la résolution unilatérale serait très probablement consacrée par la réforme très attendue du droit des contrats¹¹.

¹ V. D., 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.) sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.* ; *adde* Defr., 2001, p. 705, note SAVAUX (É.) ; FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 462-10 ; *contra*, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 553 et s.

² V. Cass. com., 10 févr. 2009, *préc.* ; 30 juin 2009, n° 08-14944, D., 2010, p. 233, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *JCP G*, 2009, doct., n° 273, spéc. n° 33, obs. GROSSER (P.) ; 18 juin 2013, n° 12-13360, *Sté Odalys* ; *adde* ALBARIAN (A.), « La perte de confiance, "marqueur" de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *art. préc.*

³ V. art. 49 et 64.

⁴ V. art. 7-3-1 et s.

⁵ V. art. 9-301 et s.

⁶ V. not. *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.) et Defr. 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

⁷ V. *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.), *préc.*

⁸ V. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 11 et s.

⁹ V. *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.), *préc.* : C'est un « *souci d'efficacité économique qui préside au mécanisme de la résolution unilatérale* ». Sur les avantages réels de ce mode de rupture, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 581 : le créancier « *n'est plus tenu d'attendre la décision du juge et par conséquent de voir s'alourdir son préjudice d'heure en heure mais peut prendre les mesures nécessaires pour préserver ses intérêts, éventuellement à l'encontre de l'avenir de la relation contractuelle ; [...] il acquiert sur l'instant les droits qui résultent de la résolution ; [...] il force quelque peu la main du juge en le mettant devant le fait accompli* ».

¹⁰ V. Defr. 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.* : « *on peut [...] se demander si, par analogie avec ce que prévoient Les Principes [du droit européen des contrats], la Cour de cassation n'admettra pas, dans un avenir prochain, le pouvoir de résolution unilatérale du créancier confronté au simple risque d'inexécution essentielle ou grave. [...] Au fond, il s'agirait, si la Cour de cassation s'inspirait de cette disposition, d'investir le créancier d'une force d'intervention rapide lui permettant d'esquiver le comportement grave de son débiteur en rompant unilatéralement et immédiatement le contrat menacé d'inexécution grave* ». L'auteur fait référence à l'article 9-304 *PEDC* qui dispose que « *lorsque, dès avant la date à laquelle une partie doit exécuter, il est manifeste qu'il y aura inexécution essentielle de sa part, le co-contractant est fondé à résoudre le contrat* ».

¹¹ Il a pu être justement noté que ce choix relevant de la politique juridique bouleverserait tellement le système de résolution actuel qu'il nécessiterait forcément une modification législative, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 582 et s. Précisément, le projet de réforme du droit des obligations en fait le principe et la résolution judiciaire l'exception : V. art. 1224 et 1226 du *Projet d'ordonnance portant*

Reste à voir, à travers l'étude de ses conditions, dans quelle mesure un tel remède s'avère adapté à la sanction du comportement du contractant (A). Une fois cela abordé, il faudra déterminer quels sont les effets engendrés par l'application de cette sanction (B).

A- Conditions de la résolution unilatérale et sanction du comportement contractuel

611. L'unilatéralisme au service de la sanction du mauvais comportement contractuel. Le droit de résoudre unilatéralement le contrat est l'une des manifestations de l'importance grandissante de l'unilatéralisme en droit des contrats. En effet, il s'agit d'un pouvoir entre les mains du contractant lui permettant de se délier de son engagement s'il vient à être victime du comportement particulièrement grave de son partenaire. Il s'agit d'un pouvoir unilatéral reconnu à chaque partie, au service de la sanction du mauvais comportement contractuel.

Ainsi, l'unilatéralisme ne doit pas uniquement être appréhendé comme source potentielle d'abus et donc de mauvais comportement contractuel, il peut aussi être vu comme une solution en cas de manquement grave à la foi contractuelle. Ces deux dimensions de l'unilatéralisme sont visibles dans le mécanisme de la résolution unilatérale, spécialement à travers les conditions de sa mise en œuvre.

612. La procéduralisation du droit de rompre le contrat. L'exercice du droit de rompre unilatéralement le contrat est considéré comme potentiellement abusif en ce qu'il est craint que le contractant ne s'en prévale dans des hypothèses où il ne s'avère pas justifié, notamment si le manquement de l'autre partie est tout à fait minime¹. Le droit de résoudre unilatéralement le contrat présente, en effet, le risque d'être détourné de sa finalité par le contractant désirant se défaire à moindres frais d'une relation qui ne lui convient plus². C'est ainsi que nombre d'auteurs plaident pour qu'une telle prérogative soit encadrée par une procédure, c'est-à-dire par des contraintes préalables à la charge du contractant qui la met en œuvre. Les auteurs sont souvent favorables à ce qu'il soit imposé au contractant de motiver sa

réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; adde not. MEKKI (M.), « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », art. préc., n° 18 et s. ; GAUTHIER (P.-Y.), « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », art. préc.

¹ V. D., 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.), sous Cass. civ. I, 20 février 2001, *préc.* : « Le risque encouru est encore celui d'un affaiblissement du respect dû à la force obligatoire du contrat, car on imagine aisément un créancier prenant prétexte d'une inexécution mineure pour se défaire du lien contractuel ».

² V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 11 : « La résolution unilatérale donne au créancier un nouveau pouvoir, une nouvelle prérogative dont il peut user ou abuser. Dans ce dernier cas, c'est au débiteur et non plus à celui qui demande la résolution de saisir le juge et donc de supporter la charge du procès. Dès lors, en pratique, on passe d'un contrôle judiciaire systématique et nécessaire, à un contrôle judiciaire facultatif, fonction du choix du débiteur décidé ou non à assumer le coût et le risque d'une action en justice ».

décision¹, ou tout au moins qu'il notifie sa décision à l'autre partie², en respectant un délai de préavis³. L'importance de ces contraintes préalables à l'exercice d'une prérogative contractuelle a déjà pu être soulignée, et en particulier leur lien étroit avec la notion d'incombance⁴. En effet, le pouvoir unilatéral de rupture offert au contractant est un terrain propice à l'admission d'incombances à la charge de celui-ci⁵. Or, ces suggestions seraient précisément consacrées dans le Code civil si le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* venait à être adopté⁶. Néanmoins, il n'est pas évident qu'il instituerait de nouvelles incombances, car « *le projet ne précise pas [...] si le créancier informé d'une inexécution suffisamment grave perd le droit de résoudre le contrat par notification s'il ne le met pas en œuvre dans un certain délai* »⁷. En revanche, il est clair que ce mode de résolution nécessiterait une certaine gravité de l'inexécution⁸, condition d'ores et déjà au cœur de la jurisprudence reconnaissant la résolution unilatérale du contrat.

613. L'importance du critère de gravité du manquement. La particularité de ce pouvoir unilatéral reconnu au contractant est qu'il a pour finalité de sanctionner son partenaire lorsque celui-ci a adopté un comportement d'une importante gravité de nature à mettre en

¹ V. not. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 39 et s. ; *adde* AYNÈS (L.), « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier Lamy, Dr. et patr., 2004, n° 126, p. 55 et s. ; *RDC*, 2004 note MAZEAUD (D.), sous Cass. civ. I, 28 oct. 2003, n° 01-03662, Bull. civ. I, n° 211 ; MAZEAUD (D.), « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.*, 2010, n° 33, p. 2178 et s. ; FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 462-57. V. *supra*, n° 307.

² V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 587 et s. ; SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 13 et s. La *CVIM* offre au créancier la faculté de prononcer unilatéralement, sous sa seule responsabilité, la résolution du contrat, en cas de contravention essentielle du débiteur, après notification lui étant adressée dans un délai « *raisonnable* » (art. 49 et 64). Les formes de la notification sont néanmoins assez souples. V. CA Grenoble, 4 févr. 1999, *D.*, 1999, somm., p. 363, obs. WITZ (Cl.).

³ V. not. LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, thèse préc.*, n° 202 ; *adde* RAYNARD (J.) obs. in *RTD Civ.*, 1998, p. 506 ; AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 42 et s. ; AYNÈS (L.), « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *art. préc.* D'ailleurs, selon la Cour de cassation, la gravité du comportement n'est pas « *nécessairement exclusive d'un délai de préavis* » : V. Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.* Sur le lien avec la notion d'incombance, V. *supra*, n° 308.

⁴ V. *supra*, n° 298 et s.

⁵ V. *supra*, n° 155.

⁶ V. art. 1226 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. [...]* ». Sur l'étude de ces conditions, V. not. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 22 ; *adde* MEKKI (M.), « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 20.

⁷ V. LAITHIER (Y.-M.), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *art. préc.*, n° 24.

⁸ V. art. 1224 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

péril la bonne poursuite du but contractuel, et de lui permettre dans le même temps de se délier d'un accord ne lui apportant plus satisfaction. Au regard de la jurisprudence existante, la condition *sine qua non* de la résolution unilatérale est le constat de la gravité du comportement du cocontractant. En effet, l'arrêt de 1998 montre que l'urgence n'est pas une condition d'application de ce principe car « *le contrat a été résilié, mais après plus de deux années de manquements. L'urgence n'était donc pas caractérisée* »¹. Par ailleurs, « *la nouvelle jurisprudence ne se fonde pas non plus sur des liens de confiance. Ceux-ci sont, en effet, inexistant dans l'arrêt du 20 février 2001. Cette espèce portait sur un contrat liant un loueur professionnel et un expert automobile et avait pour objet la réalisation d'expertises préalables à la reprise des véhicules* »². Or, en ce que c'est la particulière gravité du comportement du contractant qui justifie le droit de résolution unilatérale, le domaine de cette voie de justice privée rejoint finalement celui de la résolution judiciaire³. Cela serait d'ailleurs consacré par la réforme du droit des contrats si le projet d'ordonnance était adopté car celui-ci fait référence à un seul et même critère pour ces deux types de résolution, à savoir une « *inexécution suffisamment grave* »⁴. Au-delà de sa vertu de référence pour le juge lors de sa prise de décision, le critère de la gravité du manquement permet donc au contractant qui en est victime de ne pas attendre l'autorisation préalable du juge et ainsi de ne pas « *retarder une rupture inévitable, en augmentant de manière importante le préjudice qui en résulte* »⁵. Or, comme cela a pu être démontré à propos de la résolution judiciaire, il apparaît au regard des arrêts rendus que la notion de comportement grave est entendue plus largement que l'inexécution d'une obligation essentielle, en ce qu'elle inclut l'appréciation du comportement du contractant lors de l'exécution⁶.

¹ V. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 16.

² V. *Ibid.*

³ V. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 9 : « *Il ne faut pas déduire de cette condition que la résolution unilatérale a un domaine plus étroit que la résolution judiciaire. En effet, lorsque le créancier saisit le juge sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, la jurisprudence a toujours retenu que le juge ne prononcera la résolution que si l'inexécution est assez grave pour emporter la résolution et non seulement des dommages et intérêts. Le créancier ne peut donc décider unilatéralement de la résolution que dans les cas où le juge aurait lui aussi décidé d'une telle sanction* ». Toutefois, *contra*, V. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse *préc.*, n° 656 : « *La résolution unilatérale ne serait admise que pour le manquement « plus évidemment grave », tandis que la résolution demeurerait judiciaire pour le reste* ».

⁴ V. art. 1224 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ; *adde* SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 10.

⁵ V. GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 461 ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 462-15.

⁶ V. *supra*, n° 585 et s. ; *adde* FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 462-35 : « *la gravité du comportement tiendra à des considérations plus comportementales que matérielles, davantage liées à l'exigence générale de bonne foi qu'à la teneur particulière des engagements en cause* » ; *adde* Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.* ; Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20991, *D.*, 2010, p. 233, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *JCP G*, 2009, doct., n° 273, spéc. n° 33, obs. GROSSER (P.) ; *RTD Civ.*, 2009, p. 320, obs. FAGES (B.).

614. Le caractère justifié de la résolution unilatérale pour manquement à un devoir contractuel. Il est intéressant de souligner que, le plus souvent, pour approuver la résolution unilatérale du contrat, les juges constatent qu'il a été manqué par le contractant à la loyauté ou à la sécurité contractuelle, impératifs dont il a été précisément démontré qu'ils correspondent aux devoirs généraux s'imposant à chaque partie dans tout contrat¹. Cela est tout à fait justifié en ce qu'une telle attitude est précisément de nature à ruiner la confiance devant présider à la correcte exécution du contrat, et permettant sa bonne fin². De plus, encore davantage que la résolution judiciaire, « *la menace d'une résolution expresse* »³ présente une vertu comminatoire certaine, de nature à inciter chaque partie « *à se comporter en bon contractant dans tous les sens du terme* »⁴.

Ainsi, par exemple, la négligence, la désinvolture excessive d'une partie, a pu justifier que le cocontractant mette fin à la relation contractuelle⁵. De même, le manquement au devoir contractuel d'assistance et de conseil du franchiseur à l'égard du franchisé peut justifier la mise en œuvre de la résolution unilatérale par le bénéficiaire de l'information⁶. Au regard de ces arrêts, et plus largement, il doit être admis que « *chaque fois qu'il y a violation de l'obligation de bonne foi, la rupture unilatérale du contrat par la victime, sans recours au tribunal, peut [...] de proche en proche, paraître légitime* »⁷.

Également une telle sanction a pu être approuvée lorsqu'elle s'appliquait à un médecin menaçant la sécurité des patients par son comportement d'ivrogne⁸. Ou encore lorsqu'elle venait sanctionner l'acharnement d'une clinique à l'égard d'un médecin empêchant l'exercice serein de son activité dans l'intérêt des patients⁹.

Au surplus, il a même pu être jugé que le comportement agressif d'un contractant justifiait non seulement la résolution unilatérale du contrat, mais aussi le fait que cette résolution intervienne brutalement, sans préavis¹⁰.

Ces différents arrêts prouvent que la résolution unilatérale du contrat pour comportement grave du contractant présente une capacité punitive adéquate en cas de manquement par ce dernier à l'un ou plusieurs de ses devoirs contractuels¹¹. Un tel potentiel

¹ V. *supra*, n° 118 et s.

² V. Cass. com., 18 juin 2013, *préc.* ; *adde* ALBARIAN (A.), « La perte de confiance, "marqueur" de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *art. préc.*

³ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 814

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. Cass. civ. I, 28 avr. 1987, n° 85-13674, Bull. civ. I, n° 134.

⁶ V. CA Paris, 15 oct. 2003, J.-D. n° 2002/08911, *préc.*

⁷ V. FAGES (B.), *Le comportement du contractant, thèse préc.*, n° 815 ; *adde* LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, thèse préc.*, n° 190 ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 560 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 631.

⁸ V. CA Paris, 14 oct. 1982, D., 1983, IR, p. 494 ; Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

⁹ V. Cass. civ. I, 13 mars 2007, n° 06-10229, JCP G, 2007, I, n° 161, spéc. n° 12, obs. GROSSER (P.).

¹⁰ V. Cass. com., 5 mars 1996, *préc.*

¹¹ V. not. Cass. com. 23 sept. 2008, n° 07-10025, RTD Civ., 2009, p. 320, obs. FAGES (B.).

semble en revanche beaucoup plus réduit lorsqu'il est question du seul manquement à une incombance contractuelle.

615. Une sanction difficilement justifiable en cas de manquement à une incombance contractuelle. La condition de gravité, indispensable à la mise en œuvre de la résolution unilatérale, semble *a priori* manquer lorsqu'il est simplement constaté un manquement à une incombance contractuelle. En effet, en tant qu'exigence accessoire à l'exercice d'un droit¹, qui se trouve imposée dans le seul intérêt de celui sur qui elle pèse², sa violation présente non seulement un caractère dérisoire pour le cocontractant, mais s'avère au surplus dans son intérêt puisqu'il sera déchargé d'une obligation ou d'un risque par l'effet de la déchéance³.

Néanmoins, deux réserves peuvent être apportées face à l'assertion selon laquelle la résolution unilatérale serait inadaptée en cas d'inobservation d'une incombance.

Tout d'abord, sur un plan objectif, il a été vu que le manquement à une incombance peut parfois avoir un impact sur la cause du contrat, en ce qu'elle est liée à l'exercice d'un droit en formant l'objet⁴. Le comportement en question sera en une telle hypothèse, de nature à perturber directement l'équilibre général de l'acte, de par la déchéance du droit qui était l'essentiel de l'accord. Cela pourrait alors éventuellement justifier une réaction unilatérale de la partie adverse, consciente de la perte d'intérêt de l'accord du fait de l'inobservation de l'incombance. D'ailleurs il a été vu que cela constitue une justification plausible du prononcé d'une résolution par le juge⁵. Or, ce qui permet au juge de prononcer la résolution du contrat devrait permettre à la partie en droit de la mettre en œuvre de prononcer unilatéralement la résolution de l'acte⁶. Néanmoins, dans les faits, ce serait plus certainement le contractant ayant manqué à l'incombance qui trouverait un intérêt à la disparition du contrat en une telle hypothèse, puisque ce dernier se trouverait, par son fait, déséquilibré en sa défaveur. Seulement, en ce que l'auteur de la résolution unilatérale serait à l'origine du déséquilibre, et en l'absence de manquement grave de son cocontractant, sa réaction serait clairement abusive et donc susceptible d'être sanctionnée.

De manière peut être plus convaincante, il serait ensuite envisageable que la résolution unilatérale du contrat soit décidée par le cocontractant en cas de manquement par son partenaire à son incombance si ce comportement s'additionnait à d'autres indécidatesses de sa part, faisant alors naître un risque de dommage pour l'avenir. Ainsi, sur un plan subjectif, l'inobservation d'une incombance peut compter parmi les multiples manquements commis

¹ V. *supra*, n° 236.

² V. *supra*, n° 237.

³ V. *supra*, n° 238.

⁴ V. *supra*, n° 265 et s.

⁵ V. *supra*, n° 600 et s.

⁶ En ce sens, V. not. SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *art. préc.*, n° 9.

par le cocontractant, de nature à rompre la confiance existant entre les parties. Elle pourrait alors servir à confirmer un sentiment, d'ores et déjà naissant, d'une incapacité à continuer sereinement une relation ayant été l'occasion de plusieurs abus. Ainsi motivée, la réaction du partenaire prononçant la résolution pourrait être jugée légitime par un juge saisi *a posteriori*. Cependant la sanction ne serait alors pas exclusivement liée à l'inobservation de l'incombance. Ce comportement ne ferait que témoigner, au sein d'un faisceau d'indices, de la particulière désinvolture du cocontractant devant justifier qu'il soit mis fin au contrat.

616. Conséquences de la mise en œuvre de la résolution unilatérale. La résolution unilatérale s'inscrit clairement au-delà du strict domaine de la sanction de l'inexécution contractuelle en ce qu'elle a vocation à sanctionner un comportement contractuel particulièrement grave. La révélation d'un tel manquement peut être liée au constat d'une faute contractuelle, et donc de la violation d'un devoir contractuel, ou à l'accumulation de conduites traduisant la désinvolture d'une partie, parmi lesquelles le non-respect d'incombances. Reste alors à déterminer quels sont les effets de la mise en œuvre d'une telle sanction sur la situation des parties à l'acte.

B- Les effets de la résolution unilatérale du contrat

617. Le rôle du juge face à une contestation portant sur une résolution unilatérale. C'est au contractant qui est victime du comportement grave de son partenaire de juger de cette gravité pour mettre en œuvre la résolution du contrat. Mais il se peut que la décision soit contestée par le cocontractant, qui devra saisir le juge pour que celui-ci se prononce sur la légitimité de la sanction au regard du comportement adopté. Ainsi, le rôle du magistrat ne disparaît pas, il est simplement déplacé¹.

Un auteur a précisément pu s'interroger sur l'office du juge en la matière : « *en présence d'une résiliation unilatérale pour manquement grave, doit-il, comme en matière de clause résolutoire, tenir la rupture pour acquise et se borner à apprécier sa légitimité, ou conserve-t-il le pouvoir de prononcer ou non la résolution ?* »². Considérer que le juge puisse revenir sur la décision reviendrait à nier purement et simplement l'autonomie et donc l'intérêt de la résolution unilatérale³. Le juge doit donc s'en tenir à l'appréciation de la légitimité de la réaction du contractant. D'ailleurs, la Cour de cassation opère un contrôle sur l'évaluation faite par les juges du fond quant à l'opportunité de la sanction. En effet, elle exige de leur part

¹ V. not. *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.), *Defr.*, 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.), sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

² V. *RDC*, 2004, p. 273, obs. AYNÈS (L.), sous Cass. civ. I, 28 oct. 2003, *préc.*

³ V. *Ibid* : « *La première voie est à tous égards préférable, et seule compatible avec l'affirmation d'un droit de rupture.* ».

« qu'ils motivent suffisamment leur décision, en indiquant en quoi le comportement du débiteur est suffisamment grave »¹. Si les juges du fond décident de valider la résolution décidée par le créancier, ils doivent caractériser « avec suffisamment de précision la gravité du comportement dont celui-ci a souffert »².

Par ailleurs, il se peut que l'exercice de cette voie de justice privée ne soit tout simplement pas contesté par la partie fautive. Alors le juge n'aura pas à en apprécier la légitimité. Tout au plus sera-t-il amené à se prononcer sur les conséquences de la résolution, c'est-à-dire sur les restitutions devant être éventuellement faites par les parties, à supposer qu'elle emporte un effet rétroactif.

En effet, que la résolution ne soit pas contestée, ou bien que les juges du fond concluent à sa légitimité, reste à savoir ce qu'elle emporterait alors précisément comme effets.

618. Les effets d'une résolution unilatérale non contestée ou légitime. Il est classiquement avancé que si la résolution emporte disparition rétroactive du contrat, la résiliation ne vaut que pour l'avenir et ne remet donc pas en cause les échanges passés³. Aussi faudrait-il parler de résiliation concernant les contrats à exécution successive, et de résolution dans les autres cas. Des auteurs ont néanmoins pu contester cette distinction terminologique⁴, avançant que ce ne sont pas les effets mais les conditions d'application de la sanction qui doivent justifier la différence de vocabulaire employé : la possibilité de la mettre en œuvre unilatéralement sans passer devant le juge doit justifier l'emploi du terme de « résiliation », tandis que celui de « résolution » devrait être utilisé pour désigner son prononcé judiciaire⁵.

Mais cette précision terminologique ne permet toutefois pas de déterminer si la résiliation mise en œuvre par le contractant emporte ou non un anéantissement rétroactif du contrat. L'ambiguïté des termes employés par la Cour de cassation, qui autorise que le créancier « mette fin » au contrat, n'aide pas à répondre à cette question. Aussi, la doctrine est-elle partagée quant aux effets de cette mesure : certains contestent la possibilité d'un anéantissement rétroactif du contrat lorsque la résolution est décidée par l'un des contractants⁶, d'autres considèrent qu'un tel effet reste possible⁷, et d'autres encore estiment qu'une distinction doit être faite, ici aussi, entre les contrats à exécution successive et les

¹ V. *Defr.*, 2001, p. 705, note SAVAUX (É.), sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.*

² V. FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat, op. cit.*, n° 462-40 ; *adde* Cass. civ. I, 28 oct. 2003, *préc.*, CCC, 2004, n° 4, obs. LEVENEUR (L.) ; *RDC*, 2004, p. 273, obs. AYNÈS (L.) et MAZEAUD (D.) ; *RLDC*, 2004/2, n° 40, note GARAUD (E.) ; *RTD Civ.*, 2004, p. 89, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

³ V. *Vocabulaire juridique, op. cit.* V° Résolution (sens 1) : « anéantissement en principe rétroactif (comp. résiliation) d'un contrat synallagmatique » ; V° Résiliation (sens 1) : « Résolution non rétroactive ».

⁴ V. not. GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution, thèse préc.*, n° 25 et s. ; AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 2.

⁵ V. *Ibid.*

⁶ V. not. *D.*, 1999, p. 201, note JAMIN (Ch.), sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

⁷ V. not. *Defr.*, 2001, p. 705, note SAVAUX (É.), sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.*

autres¹. Il est vrai que si rien n'empêche une assimilation des effets de la résolution unilatérale à ceux de la résolution judiciaire, l'opportunité de cette assimilation est discutable en raison du contentieux qu'elle impliquerait quant aux restitutions devant être effectuées par les parties². En effet, il est très probable « *qu'en cas de difficultés concernant les restitutions, l'une ou l'autre des parties ne tardera pas à se tourner devant le juge* »³, ce qui impliquera, finalement, un traitement judiciaire des effets de la résolution extrajudiciaire, relativisant là encore, l'intérêt d'une telle mesure⁴. La disparition du contrat pour l'avenir est un effet qui semble davantage correspondre à l'esprit de la résiliation unilatérale qui est, avant tout, un mode de justice privée permettant d'éviter le recours au juge. Néanmoins, si des restitutions s'avéraient nécessaires au regard de l'inexécution survenue, et envisageables au regard de la nature du contrat, un appel au juge devrait alors demeurer possible à défaut d'accord entre les parties.

619. Les effets d'une résolution unilatérale contestée et illégitime. Le contractant invoque la résolution du contrat « *à ses risques et périls* »⁵. Cela implique que s'il s'avère que la sanction n'est pas justifiée au regard du comportement adopté par son partenaire, il risque alors d'être sanctionné par le juge à l'occasion de son contrôle *a posteriori*.

Tout d'abord, si ce dernier constate que le contractant n'était pas fondé à mettre en œuvre la résolution du contrat, il caractérise alors une faute de sa part consistant en la violation de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, qu'il peut sanctionner par le prononcé de sa responsabilité⁶. Celui qui se prévaut du manquement du cocontractant à son devoir, manque lui-même et en cela, à la force obligatoire du contrat. Ainsi, le contractant fautif peut, au *minimum*, être condamné à allouer des dommages-intérêts à son partenaire⁷.

Mais les limites de cette sanction ont pu être soulignées en doctrine. En premier lieu, elle remettrait en cause la force obligatoire du contrat en ignorant le fait qu'il puisse toujours être exécuté en théorie⁸. En second lieu, elle n'inciterait pas suffisamment le contractant à la prudence dans l'exercice de cette faculté car le montant des dommages-intérêts est par principe borné à celui du préjudice subi⁹.

¹ V. not. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 462-60.

² V. not. Defr., 2001, p. 705, note SAVAUX (É.), sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.*

³ V. FAGES (B.), (ss. dir. de) Lamy, *Droit du contrat*, op. cit., n° 462-60.

⁴ V. *Ibid.*

⁵ V. not. Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

⁶ V. Defr., 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.), sous Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *préc.*

⁷ Sur la question de la détermination du montant des dommages-intérêts pouvant être alloués, V. not. D., 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.), sous Cass. civ. I, 20 févr. 2001, *préc.* ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier Lamy, Dr. et patr., 2004, n° 126, p. 55 et s. ; et plus largement sur la responsabilité contractuelle et ses conséquences, V. *supra*, n° 369 et s.

⁸ V. AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 31 et s.

⁹ V. *Ibid.*

Aussi plusieurs auteurs ont-ils pu plaider pour qu'une autre sanction y soit préférée, à savoir le maintien forcé du contrat par le juge des référés, au moins dans l'attente de la décision du juge du fond quant à l'opportunité de la résiliation¹. D'ailleurs, des arrêts ont déjà admis une telle sanction². Il s'agit alors d'une forme d'exécution forcée liée au manquement à un devoir contractuel³. Le maintien de la relation contractuelle décidé par le juge apparaît ici clairement comme une sanction originale, non pas d'une inexécution contractuelle, mais de la mise en œuvre abusive de l'une de ses prérogatives par le contractant.

620. Conclusion de la section. Il est possible pour une partie de mettre en œuvre la résolution du contrat en dehors de toute intervention préalable du juge en vertu de la stipulation d'une clause résolutoire, ou par le biais d'une rupture unilatérale à ses risques et périls. Or, si la clause résolutoire doit clairement viser les manquements susceptibles d'entraîner son application, cela n'empêche pas, en soi, qu'elle puisse viser un comportement implicitement ou explicitement rattaché au contrat. Assortir le manquement à une incombance d'une clause résolutoire aura néanmoins pour conséquence de transformer cette contrainte en condition résolutoire potestative. Une telle clause se prête davantage à la sanction du devoir, mais son intérêt pratique doit être relativisé du fait de la possibilité pour le contractant de prononcer unilatéralement la résolution du contrat en raison de la gravité du manquement. Justement, en tant que manquement d'une particulière gravité, l'inobservation du devoir contractuel justifie à elle seule la mise en œuvre de la résolution du contrat par la partie flouée. En revanche, le mépris de son incombance par le contractant ne saurait, isolément, expliquer une telle réaction par son partenaire, à défaut de répondre au critère de gravité. Cette conduite pourrait à tout le moins participer d'une somme de désinvoltures et de négligences justifiant, pour le tout, l'exercice de la faculté de résoudre l'acte.

En définitive, si la résolution extrajudiciaire du contrat est envisageable en cas de manquement à une contrainte contractuelle non-obligationnelle, elle s'impose plus

¹ V. not. D., 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.) : « *il semble qu'il faille permettre au débiteur de saisir le juge des référés pour qu'il ordonne le cas échéant l'exécution forcée du contrat tant que le juge du fond ne se sera pas prononcé sur la saisine du créancier. Le recours au juge des référés permettrait ainsi le retour au droit commun de la résolution judiciaire du contrat.* » ; *adde* RTD Civ., 2001, p. 363, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *art. préc.*, n° 33 et s. ; GAUTHIER (P.-Y.), « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *art. préc.* ; GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse préc., n° 620 et s. (l'auteur reconnaît que c'est possible à l'échelle de l'espèce, tant que la résolution judiciaire est de principe, mais pense que cette sanction n'est pas réaliste à grande échelle, car elle ne serait pas compatible avec un principe de résolution unilatérale) ; FAGES (B.), (ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, *op. cit.*, n° 462-70. Toutefois, *contra*, V. RTD Civ., 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.) : « *La restauration du lien contractuel paraissant bien difficile en cas de résiliation inopinée, c'est de la sorte le procédé de la réparation par équivalent qui se trouvera préféré à l'exécution en nature* » ; *adde* STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *art. préc.* Des membres de la doctrine belge y sont également favorables, V. not. GLANSDORFF (F.), et DALCQ (C.), « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », in *Mél. P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 71 et s.

² V. not. Cass. civ. I, 29 mai 2001, *préc.* ; CA Aix, 22 janv. 2004, *préc.* ; CA Paris, 28 janv. 2009, *préc.*

³ V. *supra*, n° 364.

naturellement lorsque c'est un devoir contractuel qui est bafoué, que dans l'hypothèse où une incombance contractuelle n'est pas observée.

621. Conclusion du chapitre. La résolution du contrat est une sanction susceptible d'être partagée par le devoir et l' incombance contractuels sur le plan substantiel. Cela présente un intérêt théorique assez édifiant en ce que ce remède contractuel est la conséquence directe de l'intégration des contraintes non-obligationnelles au sein du contenu du contrat. Et d'un point de vue pratique, une telle sanction s'avère tout à fait adéquate lorsqu'il est porté atteinte à la force obligatoire, car alors elle permet aux parties ayant rompu leur rapport de confiance de se défaire de ce lien devenu inutile et présentant éventuellement un risque pour elles.

Néanmoins, une telle observation aura été aussitôt accompagnée de nuances car, si la destruction du contrat est plutôt bien adaptée à la sanction du devoir, cela s'avère beaucoup moins évident en cas d'inobservation d'une incombance.

En effet, quel que soit son mode d'intervention, c'est-à-dire qu'elle soit prononcée sur décision du juge, ou par la volonté unilatérale d'une partie, ou encore qu'elle ait été prévue *ab initio* dans le contrat, la résolution présente une utilité indéniable en tant que punition du contractant qui viole un ou plusieurs de ses devoirs. En tant que faute contractuelle qui porte directement atteinte à l'intérêt du contrat, le manquement au devoir présente une réelle gravité qui justifie qu'il soit mis fin à l'acte. L'intérêt pratique de la stipulation d'une clause résolutoire en cas de manquement à un devoir est toutefois relatif du fait même de la possibilité pour le contractant de prononcer unilatéralement la résolution du contrat en raison de la gravité du manquement, car il s'agit d'un remède plus favorable aux situations d'urgences et moins contraignant dans sa mise en œuvre.

Par ailleurs, et même si cela restera assez peu courant en pratique en raison de la spécificité du mécanisme de l'incombance, rien n'empêche *a priori* que le juge décide du prononcé de la résolution du contrat à titre de garantie s'il considère que le manquement à ce type de contrainte implique un risque d'inexécution ou plus largement une menace de préjudice quelconque pour le futur. De même, la perte d'équilibre de l'accord résultant de la déchéance d'un droit essentiel, semble également de nature à justifier une telle décision, fondée sur la fonction économique de la résolution. En ces hypothèses, l'intervention du juge est clairement un garde-fou, permettant de garantir que le contrat sera toujours anéanti pour un motif suffisant. *A contrario*, en raison de son caractère dérisoire, et de son effet profitable au cocontractant, le mépris d'une incombance ne peut suffire à expliquer que ce dernier décide unilatéralement de mettre fin à l'acte. Cette conduite pourrait, au mieux, être l'une des manifestations d'un comportement plus globalement désinvolte et attentatoire à la force obligatoire du contrat. Quant à la clause résolutoire, si les parties sont en capacité de décider d'assortir le manquement à une incombance d'une telle stipulation, celle-ci aura néanmoins

pour conséquence de transformer l'incombance en condition résolutoire potestative, puisque le comportement en question, qui ne dépendrait que de la seule volonté du partenaire, serait une condition de l'extinction du lien contractuel. Il ne s'agirait donc plus, *stricto sensu*, d'une incombance contractuelle.

622. Conclusion du titre. Si l'essentiel des sanctions liées au manquement à un devoir et à une incombance contractuels sont bien distinctes et participent clairement de la démonstration selon laquelle il s'agit de notions hétérogènes, certaines peuvent toutefois s'avérer communes à ces deux types d'exigences comportementales, et conforter l'intérêt de leur étude combinée. En effet, d'une part, sur le plan procédural, le manquement au devoir contractuel de bonne foi peut aboutir à la même conséquence que le manquement à une incombance contractuelle, à savoir rendre illégitime le droit d'agir en justice et entraîner ainsi une fin de non-recevoir. Et, d'autre part, sur le plan substantiel, l'inobservation d'une incombance contractuelle peut éventuellement entraîner la résolution du contrat, comme en cas de manquement à un devoir contractuel.

Tout d'abord, la fin de non-recevoir s'est révélée adaptée pour empêcher le plaideur de se prévaloir d'un droit lorsque sa demande est entachée d'illégitimité en raison du comportement antérieurement adopté au cours de l'exécution du contrat, qu'il s'agisse du manquement au devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle accompagnant le droit revendiqué. Le fondement d'un tel mécanisme a été trouvé dans la notion d'intérêt légitime à agir, expressément caractérisée par le législateur comme fin de non-recevoir. L'estimation de l'intérêt du contractant à se prévaloir de son droit peut mener le juge à évacuer du traitement du fond du litige une revendication manifestement incompatible avec l'attitude adoptée au cours de l'exécution du contrat. C'est l'antécédent comportemental de l'action qui est pris en compte, et non le bien-fondé du droit invoqué. Les manquements au devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle seront alors précisément appréhendés comme causes d'illégitimité de l'intérêt à agir, justifiant le fait de refuser au contractant inconstant son accès au juge.

Ensuite, en ce qu'elles s'inscrivent spécialement dans le cadre contractuel, ces exigences comportementales peuvent éventuellement entraîner la résolution du contrat. Une telle conséquence prouve, au stade de l'étude du régime de ces contraintes, leur intégration au contenu contractuel, et le fait qu'elles participent de sa force obligatoire. La destruction de l'acte est d'ailleurs particulièrement bien adaptée à la sanction du devoir, quelle que soit la façon dont elle intervient, car alors elle sert de punition du contractant ayant commis une faute contractuelle, tout en témoignant de la perte d'utilité du contrat pour son partenaire, puisque la finalité du devoir est étroitement liée à celle du contrat. Au surplus, le manquement au devoir présente une importante gravité qui est de nature à permettre au contractant floué de prononcer unilatéralement la destruction de l'acte si l'autre partie venait à se comporter de la

sorte. *A fortiori*, ces deux modes de résolution acceptés, et en vertu du principe de liberté contractuelle, les parties pourraient même prévoir dans leur contrat que tel ou tel devoir donnerait lieu, en cas de manquement, à la résolution du contrat. Par ailleurs, et même si cela devrait être assez peu courant en pratique, il semble que le juge puisse prononcer la résolution du contrat s'il constate le manquement à une incombance, un tel comportement impliquant un risque d'inexécution future et plus largement une menace de préjudice pour le cocontractant, ou même un déséquilibre économique pouvant ruiner l'utilité du contrat pour l'une des parties. La stipulation d'une clause résolutoire en cas de manquement à une incombance est également envisageable, bien que les parties transformeraient par ce biais cette contrainte en condition résolutoire potestative, puisque le comportement en question, qui ne dépendrait que de la seule volonté du partenaire, serait une condition de l'extinction du contrat. En outre, du fait de son caractère dérisoire, et des conséquences de la déchéance profitables au cocontractant, le mépris d'une incombance ne saurait suffire à expliquer que ce dernier puisse unilatéralement mettre fin au contrat. Cette conduite pourrait, au mieux, s'additionner aux divers écarts et désinvoltures commis par le partenaire, dont la somme pourrait justifier une telle réaction.

623. Conclusion de la partie. L'étude des sanctions accompagnant le manquement à un devoir contractuel ou à une incombance contractuelle aura mené au constat d'une véritable dialectique comparable à celle observée au stade de l'étude de ces notions.

La prépondérance de sanctions distinctes traduit clairement, en premier lieu, qu'à des phénomènes dissemblables correspondent avant tout des conséquences hétérogènes. Les sanctions spécifiques à chacune de ces notions répondent aux caractéristiques qui leur sont propres et qui ont été précédemment révélées. Ainsi, le double caractère catégorique et essentiel du devoir, dont la finalité vise directement la préservation de l'utilité du contrat pour chaque partie, implique que le manquement à une telle contrainte puisse exposer le fautif aux diverses sanctions liées au mépris de l'engagement contractuel. Du fait des caractères qu'il partage avec l'obligation, le devoir contractuel est en effet en mesure de se voir assorti de la plupart des sanctions qui sont attachées à l'inexécution. Cela impose de reconsidérer leur champ d'application traditionnel : bien qu'*a priori* réservés à la circonstance d'une inexécution *stricto sensu*, les remèdes contractuels trouvent en réalité une certaine capacité d'intervention et une importante utilité en tant que sanction de la violation d'un devoir intégré à l'acte. Il en va ainsi, tant de l'exception d'inexécution, permettant à un contractant, victime du manquement de l'autre partie à son devoir, de suspendre l'exécution de son obligation tant que son partenaire ne se soumet pas à l'attitude attendue de lui, que de l'exécution forcée en nature, qui par le biais de l'astreinte, opère une pression sur la personne du contractant afin qu'il adopte un comportement conforme. De même, les devoirs contractuels se trouvent directement à l'appui de la réception du concept de responsabilité contractuelle, en ce qu'ils

traduisent le fait que la faute contractuelle n'est pas réduite à l'inexécution d'une obligation, mais comprend plus largement la prise en compte du comportement du contractant, et que les dommages-intérêts servent éventuellement à réparer un dommage né de ce comportement. Tout à fait adaptées à la sanction du devoir contractuel, bien qu'assorties en ce cas de quelques particularités, ces sanctions traditionnelles ne sont en revanche pas encourues lorsqu'il est manqué à une incombance contractuelle. En effet, cette contrainte hypothétique et accessoire à l'exercice d'un droit révèle encore sa singularité au stade de ses effets, en ce que le manquement à cette contrainte donne lieu à la déchéance du droit conditionné. Cette sanction permet de décharger le cocontractant d'un risque lié à l'exercice d'un droit potestatif, ou d'une obligation qu'il devait exécuter en vertu du contrat. Or, une telle conséquence est de nature à rendre largement inutiles les remèdes de l'exception d'inexécution et de l'exécution forcée. De même, la responsabilité contractuelle s'avère inadaptée à la sanction de l'incombance contractuelle en ce qu'elle nécessite la preuve d'un préjudice souffert par le cocontractant, alors que la déchéance qui sanctionne l'incombance a pour objectif d'éviter la survenance d'un préjudice, en corrigeant l'incohérence du comportement du contractant.

Toutefois, et en second lieu, il existe des effets potentiellement partagés par ces différentes contraintes qui rappellent le rapprochement précédemment remarqué quant à leur nature. En effet, d'une part, sur le plan procédural, le manquement à une incombance contractuelle ou au devoir contractuel de bonne foi peut aboutir au prononcé d'une fin de non-recevoir à l'encontre du contractant inconstant. Appréhendés comme causes d'illégitimité de l'intérêt à agir, justifiant le refus au contractant de son accès au juge, les manquements au devoir contractuel de bonne foi ou à une incombance contractuelle sont des circonstances permettant de révéler l'incohérence de la demande effectuée auprès du juge. Et, d'autre part, sur le plan substantiel, en ce qu'ils s'inscrivent spécialement dans le cadre contractuel, les devoirs et les incombances trouvent une conséquence commune dans la résolution du contrat. Il convient toutefois d'apporter une nuance à ce constat car, si la destruction de l'acte est particulièrement bien adaptée à la sanction de tout devoir, quelle que soit la façon dont elle intervient, elle ne s'impose pas avec la même évidence, ni la même systématicité en cas de manquement à une incombance. En effet, lorsqu'elle découle de l'inobservation d'un devoir contractuel, la résolution traduit tout à la fois la perte d'intérêt du contrat en raison de l'atteinte portée à sa force obligatoire, et la nécessité de punir le contractant fautif. D'ailleurs, les parties peuvent même prévoir *ab initio* dans l'acte que l'inobservation de tel ou tel devoir aboutira à la résolution. Néanmoins, l'intérêt de cette stipulation doit être relativisé du fait même de la possibilité pour le contractant de prononcer unilatéralement la résolution du contrat en une telle hypothèse, puisqu'il s'agit d'un manquement particulièrement grave, pouvant nécessiter une réaction urgente, et moins contraignante dans sa mise en œuvre. En revanche, en cas de mépris de son incombance par le titulaire d'un droit, la résolution du contrat semble à première vue assez improbable, car la déchéance encourue suffit à punir le

contractant négligent, tout en permettant la poursuite de la relation. Pourtant, ce comportement pourrait justifier une telle mesure aux yeux du juge si celui-ci venait à constater un risque pour l'avenir de la relation, que ce soit sur le plan de son équilibre économique, ou sur celui de la confiance devant présider au rapport contractuel. Le principe de la résolution judiciaire est d'ailleurs un rempart à toute dérive concernant une telle sanction, puisque le juge veille à la protection des intérêts en présence. Au-delà de ce cadre, la résolution du contrat ne paraît pas envisageable en cas de simple manquement à une incombance. Un tel objet alloué à une clause résolutoire en ferait purement et simplement une condition résolutoire potestative. Et ce comportement ne saurait justifier à lui seul, en raison de son caractère dérisoire, le prononcé d'une résolution unilatérale du contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

624. L'étude du devoir et de l'incombance contractuels : une contribution à la théorie générale du contrat. L'étude du devoir et de l'incombance en matière contractuelle contribue directement à la compréhension du phénomène contractuel et participe en cela de la théorie générale du contrat, comprise comme « *une vue de la science sur le droit des contrats* »¹. Cette recherche aura été l'occasion de proposer une lecture technique globale du droit des contrats, à la lumière de différents repères axiologiques².

Tout d'abord, d'un point de vue technique, la nécessité de recourir aux qualifications juridiques de devoir et d'incombance se fait sentir dans l'optique de décrire des contraintes s'imposant aux parties qui ne sauraient être identifiées sous le concept d'obligation civile sans en déformer le sens. En effet, cette dernière revêt une signification stricte en droit. Elle a pour objet une prestation, qui consiste en une valeur patrimoniale. En cela, cet effet de la conclusion du contrat traduit directement sa fonction d'instrument d'échange économique. Or, au-delà des obligations contractuelles stipulées par les parties, ou légalement mises à leur charge, le contrat revêt une force obligatoire qui implique un assujettissement des contractants, c'est-à-dire une limitation de leur autonomie en vue d'atteindre l'objectif contractuel. Et plus précisément, cet assujettissement au contrat se traduit par l'existence de devoirs et d'incombances. Il s'agit d'exigences purement comportementales qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat, en raison de sa conclusion, et qui permettent d'assurer la droiture de leur attitude et plus largement, le respect du partenaire. À cette différence de nature entre l'obligation, d'une part, et le devoir et l'incombance contractuels, d'autre part, correspond d'ailleurs une distinction de régime. En effet, les règles regroupées sous le régime général des obligations sont propres à ce type de contrainte et ne sont donc pas partagées par le devoir et l'incombance. Aussi, les principes gouvernant la transmission, l'extinction ou encore les actions en paiement, qui sont des mécanismes liés à la nature patrimoniale de l'obligation, sont étrangers au devoir et à l'incombance contractuels. De plus, si la plupart des sanctions liées à l'inexécution s'adaptent au manquement au devoir contractuel, ce n'est que dans certaines limites, précisément liées à la nature purement comportementale de ce dernier. Ces sanctions s'avèrent, par ailleurs, totalement inadaptées à la sanction de l'incombance.

Ensuite, d'un point de vue axiologique, le devoir et l'incombance contractuels sont des impératifs marqués d'une finalité d'équité, en ce que les comportements dus tendent à assurer l'équilibre des rapports entre les contractants, et donc une certaine justice contractuelle³. Ces notions témoignent ainsi de ce que, loin d'être dénuée de toute donnée morale, l'analyse

¹ V. SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse préc., n° 47.

² V. *Ibid.*

³ V. WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, spéc. n° 6 et s.

normativiste du contrat est tout à fait compatible avec la recherche d'une certaine équité dans les rapports contractuels. En effet, reconnaître que le contrat a force obligatoire en raison de la soumission des contractants à une norme dont le contenu est en partie défini par les règles supérieures de l'ordre juridique, implique que le principe même de la force obligatoire justifie l'existence de ces contraintes comportementales, qui viennent rétablir l'équilibre des rapports contractuels. De manière générale, le contractant qui agit de mauvaise foi méconnaît par là même la force obligatoire du contrat, puisque l'ordre juridique ne reconnaît une telle force qu'aux conventions exécutées de bonne foi¹. De plus, le contrat tient sa force obligatoire de l'autorité de la loi, qui prévoit que tout contrat peut impliquer diverses « suites » que l'équité commande, en vertu de sa nature². Les contractants qui se soumettent à une relation contractuelle particulière seront donc tenus d'observer, au-delà de ce qu'ils ont expressément stipulé, l'ensemble des prescriptions prévues par l'ordre juridique général, liées au type de contrat conclu³. L'analyse normativiste présente ainsi une vertu explicative des exigences morales qui s'imposent aux contractants à l'occasion de l'exécution du contrat.

Une fois l'existence de ces contraintes contractuelles non-obligationnelles mise au jour, et leur fondement dévoilé, il a alors été possible d'exposer les particularités de leur mécanisme et de révéler le sens propre de chacun de ces concepts.

625. La mise en évidence de deux concepts distincts : une contribution à l'étude du comportement du contractant. L'analyse du devoir et de l'incombance contractuels aura mené au constat qu'il s'agit de deux phénomènes juridiques distincts. Leur définition et leur classification permet d'affiner l'étude des divers types de contraintes qui peuvent s'imposer au contractant au cours de l'exécution du contrat, et qui permettent d'assurer la cohérence de son comportement, tant dans son propre intérêt, que dans celui de son partenaire.

Le devoir contractuel est le comportement que le contractant doit nécessairement adopter s'il ne veut pas trahir la confiance donnée au cocontractant à travers son engagement. Le manquement à cette contrainte révèle directement, aux yeux du juge, le fait que l'exécution du contrat ne s'est pas opérée dans l'intérêt de chacun. Il s'agit d'une exigence qui s'impose de manière permanente et catégorique au contractant, c'est dire qu'il doit l'observer tout au long de l'exécution du contrat, sous peine de commettre une faute. Les parties ne peuvent l'écarter de leur accord en ce qu'il revêt un caractère essentiel. Cette contrainte vise directement la préservation de l'utilité du contrat pour chaque partie.

¹ V. not. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.*, n° 39 ; *adde* « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 5.

² V. art. 1135 C. civ. ; *adde* ANCEL (P.), « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *art. préc.*, n° 21.

³ Des textes spécifiques, ou des interventions jurisprudentielles sur la base de textes généraux, tels que l'art. 1135 C. civ. imposent certains comportements aux parties, V. not. *supra*, n° 127 et n° 133 et s.

L'incombance contractuelle encadre spécifiquement la cohérence du comportement du contractant dans la mise en œuvre d'une prérogative dont il bénéficie en vertu du contrat. Elle est une exigence comportementale attendue du contractant bénéficiant d'un droit, comme préalable à son exercice, et en conditionnant la jouissance. Il s'agit d'une contrainte hypothétique, et non catégorique, en ce qu'elle n'est due qu'à la condition que le titulaire du droit désire bénéficier de l'avantage attaché à son exercice. Sa finalité est particulière puisqu'elle se trouve étroitement liée à l'exercice d'un droit contractuel. Et, plus précisément, de par son caractère préalable et adventice à l'exercice d'un droit, l'incombance est une technique ayant la capacité de limiter le risque que celui-ci ne soit exercé de manière abusive.

626. La mise en évidence d'une dialectique entre devoir et incombance : une contribution à l'étude des sanctions du comportement du contractant. La dialectique observée entre les notions de devoir et d'incombance se retrouve au stade de leurs sanctions et aide à la compréhension des divers mécanismes pouvant sanctionner le comportement du contractant. En effet, en raison de leurs différences de caractères, ces contraintes entraînent des effets principaux totalement distincts. Mais au-delà, ces exigences peuvent partager certaines sanctions en raison de leur nature commune.

En premier lieu, et en conséquence de leurs différences de caractères, ces concepts se distinguent par leurs sanctions. Bien que traditionnellement réservés à la circonstance d'une inexécution *stricto sensu*, les remèdes contractuels trouvent en réalité une certaine capacité d'intervention et une importante utilité en tant que sanction de la violation d'un devoir intégré à l'acte. Il en va ainsi de l'exception d'inexécution qui permet à un contractant, victime du manquement de l'autre partie à son devoir, de suspendre l'exécution de son obligation tant que son partenaire ne se soumet pas à l'attitude attendue de lui. Egalement, par le biais de l'astreinte, l'exécution forcée en nature opère une pression sur le cocontractant afin qu'il adopte un comportement conforme. Les devoirs contractuels se trouvent encore directement à l'appui de la réception du concept de responsabilité contractuelle. En effet, ils traduisent le fait que la faute contractuelle ne se résume pas à l'inexécution d'une obligation, mais comprend plus largement la prise en compte du comportement du contractant, et que les dommages-intérêts servent éventuellement à réparer un dommage né de ce comportement. *A contrario*, le manquement à une incombance contractuelle entraîne l'application d'une sanction plus originale, à savoir la déchéance du droit conditionné. Par son biais, le contractant qui bénéficiait d'un droit potestatif, ou d'un droit de créance, en perd la jouissance, ce qui implique que le cocontractant se trouve déchargé, soit du risque lié à une prise de décision, soit du poids d'une obligation. Or, une telle conséquence est de nature à rendre largement inutiles les remèdes de l'exception d'inexécution et de l'exécution forcée en nature. De même, la responsabilité contractuelle s'avère inadaptée à la sanction de l'incombance contractuelle en ce qu'elle nécessite la preuve d'un préjudice souffert par le cocontractant,

alors que la déchéance qui sanctionne l'incombance a pour objectif d'éviter la survenance d'un préjudice, en corrigeant l'incohérence du comportement du contractant.

Mais, en second lieu, le devoir et l'incombance contractuels peuvent partager certains effets liés à leur dimension purement comportementale, ou à leur intégration dans le contrat. Tout d'abord, le devoir contractuel de bonne foi et l'incombance contractuelle se rapprochent en raison de leur capacité commune à appréhender l'incohérence du comportement du contractant dans la revendication d'un droit contractuel. En effet, sur le plan procédural, le juge, constatant le manquement à une incombance ou au devoir de bonne foi, est en mesure de déclarer irrecevable la demande de la partie qui s'inscrit en contradiction de ces deux types d'attitude, pour défaut d'intérêt légitime à agir. Sur le plan substantiel, une sanction vient spécifiquement témoigner de la commune intégration du devoir et de l'incombance à la norme contractuelle : il s'agit de la résolution du contrat. Cette sanction s'avère tout à fait adaptée au manquement au devoir contractuel, en ce qu'elle traduit tout à la fois la perte d'intérêt du contrat en raison de l'atteinte directe portée à sa force obligatoire, et la nécessité de punir le contractant fautif. De plus, le contractant a la possibilité de prononcer unilatéralement la résolution du contrat en cas de manquement particulièrement grave, ce à quoi correspond la violation d'un devoir contractuel. En cas d'inobservation d'une incombance, la résolution du contrat n'est envisageable que si elle est prononcée par le juge. En effet, son caractère dérisoire et l'effet de la déchéance attachée à son manquement rend très peu probable la légitimité d'une résolution unilatérale du contrat sur cet unique fondement. Et quand elle est prononcée par le juge, la résolution ne semble justifiée que si un risque est constaté pour l'avenir de la relation, que ce soit sur le plan de son équilibre économique, ou sur celui de la confiance devant présider au rapport contractuel.

627. L'opportunité d'une consécration du devoir contractuel et de l'incombance contractuelle dans les textes. Plutôt que de continuer à dissimuler l'existence des devoirs et des incombances contractuels dans des textes trop généraux ou peu explicites, il serait préférable de leur accorder la place qui leur revient réellement dans le cadre de l'exécution du contrat en consacrant leur définition dans des dispositions claires.

Le *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* prévoit de mettre en évidence le devoir de bonne foi en l'insérant dans les dispositions préliminaires, et en consacre l'application au stade de la formation du contrat¹. Néanmoins, il est regrettable qu'aucune disposition ne vienne clairement établir les sanctions applicables par le juge, voire par les parties, en cas de manquement à ce devoir². Par

¹ V. Art. 1103 du projet : « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* » ; *adde* FERRIER (N.), « Le renforcement du rôle du juge », *art. préc.*

² En ce sens, V. not. MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *art. préc.*, n° 40 et s. ; *adde* MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G.*, n° 7, 16 févr. 2015, n° 199, p. 319 et s.

ailleurs, le projet prévoit de conserver en sa formule actuelle la règle de l'article 1135 du Code civil ayant servi de fondement à la reconnaissance des devoirs de sécurité, de conseil, ou encore de coopération¹. Or, les principaux apports de la jurisprudence effectués à partir de ce texte pourraient, sans trop de risque, se voir clairement consacrés par le législateur, tel que cela a été amorcé avec l'instauration d'un droit à la renégociation – à défaut toutefois d'un véritable devoir de renégocier². Enfin, la notion d'incombance étant encore largement méconnue, le terme est tout à fait absent du projet, et ce malgré le fait qu'il semble en instituer de nouvelles, à l'état d'innommées³.

Il y aurait intérêt, dans une double optique de clarté et de sécurité juridique, de consacrer expressément ces effets particuliers de la conclusion du contrat en en proposant une définition dans des textes, qui pourraient être insérés dans la partie du Code civil relative à l'effet obligatoire du contrat. Une telle démarche devrait être complétée, concernant les devoirs contractuels, par l'insertion de dispositions venant en révéler les applications principales, ainsi que leurs effets. Par ailleurs, il ne peut être plaidé qu'en faveur d'une qualification expresse des incombances identifiées à ce jour, notamment lorsqu'elles sont dissimulées sous une fiction de volonté, et d'en créer de nouvelles là où elles s'avèrent aujourd'hui manquer, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre de la clause résolutoire⁴. La sanction de l'incombance par la déchéance pourrait être affirmée, cela nécessitant que cette dernière soit précisément définie, et son régime clarifié.

¹ V. Art. 1195 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

² V. art. 1196 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.[...] ».

³ V. not. art. 1226 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : la mise en demeure préalable à la résolution unilatérale du contrat semble bien être une incombance à la charge du créancier. Mais l'absence de précision dans le texte quant à la sanction encourue par ce dernier à défaut d'accomplissement de cette formalité peut être vivement regrettée.

⁴ V. art. 1225 du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : tout comme la résolution unilatérale, la mise en œuvre de la clause résolutoire se verrait clairement assortie d'une exigence de mise en demeure préalable du débiteur. Ici aussi peut être regrettée l'absence de précision quant aux effets du manquement à cette contrainte.

Propositions consacrant le devoir et l'incombance contractuels, ainsi que leurs effets :

La force obligatoire du contrat implique à la charge des parties, au-delà des obligations à exécuter, des devoirs et des incombances attachés au contrat par l'effet de la loi, ou issues de leur volonté, dans la limite de ce que permet l'ordre public.

Le devoir contractuel

Le devoir contractuel est une contrainte comportementale qui s'impose au contractant au cours de l'exécution du contrat, dont le manquement est constitutif d'une faute contractuelle. Il peut être l'objet même du contrat ou l'accessoire des obligations consenties. Il peut être de faire ou de ne pas faire.

Le manquement au devoir contractuel entraîne l'application des différents remèdes liés à l'inexécution de l'engagement, dans la limite de ce que permet sa nature¹. Toutefois, le devoir, ainsi que la responsabilité découlant de l'atteinte au devoir, ne sauraient être écartés de l'accord par une stipulation expresse ou de manière implicite. Les parties peuvent tout au plus limiter le montant des dommages-intérêts dus en cas de manquement, dans la limite du raisonnable.

L'incombance contractuelle

L'incombance contractuelle est une contrainte comportementale préalable et adventice à l'exercice d'un droit empreint d'aléa, qui s'impose au contractant dans l'hypothèse où il désire obtenir l'avantage qui y est attaché. Elle peut accompagner un droit accessoire ou un droit de créance formant l'objet principal du contrat. Elle peut être de faire ou de ne pas faire.

Le manquement à l'incombance contractuelle entraîne une déchéance. La déchéance a pour effet la perte automatique et non-rétroactive du droit conditionné, indépendamment de toute prise en compte du préjudice éventuellement subi par le cocontractant. La nature punitive de la déchéance exige qu'elle soit prévue ab initio par la loi ou par les parties, qui en déterminent les conditions de mise en œuvre.

¹ V. art. 1217 et s. du *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

La déchéance ne peut être encourue lorsque le manquement à l'incombance trouve sa cause dans un cas de force majeure ou dans la faute du cocontractant. La charge de la preuve de l'une de ces circonstances pèse sur le contractant soumis au respect de l'incombance.

L'application de la déchéance peut être contestée en justice. Les parties sont libres d'aménager les règles de preuve liées à l'accomplissement de l'incombance, et à l'application de la déchéance, dans les limites du respect de l'ordre public.

Une fois déchu de son droit, le contractant ne saurait en être relevé judiciairement. Le cocontractant a toutefois la possibilité de renoncer au droit de se prévaloir de la déchéance encourue par son partenaire.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

A. HISTOIRE DU DROIT

BORNIER (Ph.), *Conférence des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, Paris, 1755.

CAMBACÉRÈS (J.-J. R. de), *Rapport fait à la Convention Nationale sur le 2^{ème} projet de Code civil au nom du Comité de législation*, 1794.

CORNIL (G.), « *Debitum et obligatio*, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Mél. Girard*, Rousseau, 1912, p. 199 et s.

DOMAT (J.), *Lois civiles dans leur ordre naturel*, l. 2, t. 1, Paris, 1767.

DONEAU (H.), *Commentarium de jure civili viginti octo, in quibus jus civile universum singulari artificatio atque doctrina explicatum continetur*, Frankfurt, 1595-1596.

FENET (P. A.), *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1828.

GIRARD (P.-F.) et SENN (H.), *Les lois des Romains*, Naples, 1977.

GLASSON (E.-D.), *Histoire du droit et des institutions politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, t. 3, Paris, 1882-1933.

HÉLO (F.), *La jurisprudence française*, t. 2, Loyson, 1665.

IMBERT (J.), *La pratique judiciaire, civile et criminelle, receue et observée par tout le Royaume de France*, Paris, 1623.

JOUSSE (M.), *Nouveau commentaire dur l'Ordonnance du mois d'avril 1667*, t. I, Paris 1757.

MACKELDEN (F.), *Manuel de droit romain*, Bruxelles, 1841.

PIGEAU (E.-N.), *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume*, 2^e éd., 1727.

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, 1^{re} partie. t. 2, Bugnet, 1774.

POTHIER (R.-J.), *Traité de procédure civile*, Paris, 1778.

POTHIER (R.-J.), *De la vente*, Paris, 1825.

RODIER (M.-A.), *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse, 1779.

VINNII (A.), J. C., in *quatuor Libros Institutionum imperialium commentarius*, De oblig. t. 3, 13.

B. DROIT FRANÇAIS

ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, LexisNexis, 7^e éd., 2014.

ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013.

ATIAS (C.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 3^e éd., 2006.

AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014.

BARTHEZ (A.-S.), et HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 2010.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de Droit civil des obligations*, t. 2, Paris, 2^e éd., 1902.

BÉNABENT (A.)
 -*Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, coll. précis Domat, 10^e éd., 2013.
 -*Droit des obligations*, LGDJ, 14^e éd., 2014.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, t. 8, *Les contrats et les obligations*, Paris, A. Rousseau, 2^e éd., 1936.

BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, S., 4^e éd., 2014.

BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, S., 14^e éd., 2014.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, Cours D., 11^e éd., 2014.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), et PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^e éd., 2011.

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 13^e éd., D., 2015.

CARBONNIER (J.),
 -*Droit civil, les obligations*, t. 4, PUF, 19^e éd., 1995.
 -*Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004.

CATALA (P.) et TERRÉ (F.), *Procédure civile et voies d'exécution*, PUF, 2^e éd., 1976.

CHAGNY (M.) et PERDRIX (L.), *Droit des assurances*, LGDJ, 3^e éd., 2014.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Précis D., 10^e éd., 2015.

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, Droit privé, 3^e éd., 1996.

COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, S., 17^e éd., 2014.

COUIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd., par Julliot de la Morandière, t. 2, D., 1948.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 28^e éd., 2015.

CROZE (H.), *Procédure civile*, LexisNexis, 5^e éd. 2011.

D'ANDIGNÉ-MORAND (A.), *Baux commerciaux industriels et artisanaux*, éd. Delmas, 17^e éd., 2015.

DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, 6^e éd., 2013.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, A. Rousseau & Cie, Paris, 1931.

DEMOLOMBE (Ch.)

-*Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Durand et Hachette, 1868.

-*Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Paris, Durand et Hachette, 1871.

-*Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5, Paris, Durand et Hachette, 1877.

DOCKÈS (E.) et AUZERO (G.), *Droit du travail*, D., 29^e éd., 2015.

DOUCHY-OUDOT (M.), *Procédure civile*, Lext., 6^e éd. 2014.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, 3^e éd., 2012.

FAGES (B.)

-*Droit des obligations*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

-(ss. dir. de) *Lamy, Droit du contrat*, coll. Lamy droit civil (ss dir. de.) J. Mestre, bull. d'actualité n° 129, sept. 2015.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.)

-*Droit civil, Les obligations, t. 1- L'acte juridique*, D., 16^e éd., 2014.

-*Droit civil, Les obligations, t. 3- Le rapport d'obligation*, D., 9^e éd., 2015.

GARSONNET (E.) et CÉZAR-BRU (C.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, t. I, Paris, 3^e éd., 1912.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2012.

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

GLASSON (E.) et TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, S., Paris, 3^e éd., 1925.

GRYNBAUM (L.), *Droit civil, Les obligations*, Hachette, 2005.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Précis D., 32^e éd., 2014.

HÉRON (J.), et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012.

HEUZÉ (V.), *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 2000.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, par A. Colin et H. Capitant, t. 2, Paris, D., 10^e éd., 1953.

JOSSERAND (L.), *Cours de Droit Civil positif français, théorie générale des obligations*, t. 2, S., 2^e éd., 1933.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, D., 13^e éd. 2011.

LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.) BLOCH (L.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), *Droit des obligations*, Ellipse, 2008.

LAROMBIÈRE (M.-L.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t.3, Paris, 1885.

LARROUMET (Ch.), *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat*, 2^e partie : Effets, Economica, 7^e éd., 2014.

LARROUMET (Ch.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, (ss dir. de) Ch. Larroumet, t. 3, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^e éd., 2014.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2012.

LEFORT (Ch.), *Procédure civile*, Cours D., 5^e éd., 2014.

LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, D. action, 10^e éd., 2014.

MALAURIE (Ph.) et BRENNER (Cl.), *Les successions, Les libéralités*, LGDJ, 6^e éd., 2014.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTHIER (P.-Y.), *Droit civil, les contrats spéciaux*, LGDJ, 7^e éd., 2014.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 6^e éd., 2013.

MALINVAUD (Ph), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2014.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, S., 1962.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Paris, S., 1989.

MAZEAUD (H., L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, par A. Tunc, t. I, Montchrestien, 6^e éd., 1965.

MAZEAUD (H., L. et J.), et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 8^e éd., 1991.

MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, S., 1932.

MOUSSERON (J.-M.), *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^e éd., 2010.

NEUMAYER (K.H.) et MING (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Cedidac, Lausanne, F. Dessemontet, 1994.

PICARD (M.) et BESSON (B.), *Le contrat d'assurance, les assurances terrestres*, t. 1, 5^e éd., LGDJ, 1982.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Obligations, Contrats, Sûretés réelles*, LGDJ, 10^e éd., 1926.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité de droit civil français*, t. 4 *Obligations, Partie I*, 1952.

PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil*, 2^e année, *Les obligations*, Hypercours, D., 8^e éd., 2014.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Obligations*, t. 2, LGDJ, 1957.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^e éd., 2013.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Locutions latines du Droit français*, Litec, 4^e éd., 1998.

SAVATIER (R.), *Traité de la Responsabilité civile en droit français*, t. 1, *Les sources de la responsabilité civile*, LGDJ, 1951.

SÉRIAUX (A.)

- Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998.
- Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014.
- Successions et libéralités*, Ellipses, 2013.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garantie autonomes*, LexisNexis, 5^e éd., 2015.

SIMLER (Ph.), et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis D., 6^e éd., 2012.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1, S., 1961.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)

-*Obligations, t. 2 : Le contrat*, Litec, 6^e éd., 1998.

-*Obligations, t. 3 : Le régime général*, L.-N., 1999.

-*Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, D., 10^e éd., 2015.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, D., 4^e éd., 2014.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, D., 11^e éd., 2013.

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 27^e éd., D., 2003.

VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2011.

VINEY (G.) et JOURDAIN (Ph.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2011.

VINEY (G.), JOURDAIN (Ph.) et CARVAL (S.), *Traité de Droit Civil, Les conditions de la responsabilité*, (ss dir. de) J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2013.

VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Bière, 1956.

VOUIN (R.) et ROBINO (P.), *Droit privé civil et commercial, t. 2, Les biens, Les obligations, Les contrats*, PUF, 1960.

WEILL (A.), *Droit civil, Les obligations*, Précis D., Paris, 1971.

WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Les obligations*, Précis D., 2^e éd., 1975.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th), *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 2013.

C. DROITS ETRANGERS

1. Droit allemand

BRINZ (A. R. von)

-*Kritische Blätter*, Erlangen, 1853.

-*Der Begriff Obligatio*, Grünhut's Zeitschrift n°1, 1874.

-*Lehrbruch des pandekten*, vol. II-1, Erlangen, 1879.

-*Obligation und Haftung*, Archiv für die Civilistische Praxis, n° 70, 1886.

ESSER (J.), *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller Karlsruhe, 1968.

FIKENTSCHER (W.), *Schuldrecht*, W. de Gruyter Lehrbuch, 9e éd., 1985.

LARENZ (K.), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Verlag, C.H. Beck München, 1985.

PÉDAMON (M.), *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993.

PRÖLSS (E.), *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar*, Verlag C.H. Beck München, 14^e éd., 2010.

SOHM (R.), *Der Begriff des Forderungsrechts*, Grünhut's Zeitschrift, n° 4, 1877.

VON AMIRA (K.)

-*Nordgermanisches Obligationrecht*, Leipzig, 2 vol., 1882-1895.

-*Grundriss des germanischen Rechts*, Strasbourg, 3^e éd., 1913, rééd. Vdm Verlag, 2008.

VON GIERKE (O.)

-*Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 3 vol. 1885-1917.

-*Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.

WINDSHEID (B.), *Lehrbuch des pandektenrechts*, t. 2, Francfort, 1906.

WITZ (Cl.), *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992.

2. Droits anglo-saxons

FARNSWORTH (E.-A.), *Contracts*, vol. II, Aspen Publishers, 3^e éd., 2004.

LEVASSEUR (A. A.), *Le contrat en droit américain*, D., 1996.

MONTANIER (J.-C.) et SAMUEL (G.), *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999.

3. Droit belge

BAERT (F.), *Rechtskundig Weekblad*, 1956-1957, col. 489 et s.

VAN OMMESLAGUE (P.), *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2011.

WÉRY (P.), *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Larcier, 2011.

4. Droit international

BIANCA (C.M.) et BONELL (M.J.), (eds.) *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* Giuffrè, Milan, 1987.

5. Droit suisse

CHAUDET (F.), *Droit suisse des affaires*, avec la collab. de A. Cherpillod, Bruylant/Helbing et Lichtenhahn, LGDJ, 2^e éd., 2004.

ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, Staempfli Editions SA, Berne, 1997.

GAUCH (P.), **SCHLUEP (W.R.) et TERCIER (P.)**, *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, t. 1, Schulthess, Zurich, 1982.

GUGGENHEIM (D.), *Le droit suisse des contrats, principes généraux*, t. 2, *Les effets des contrats*, éd. Georg, 1995.

MERZ (H.), *Droit des obligations, Partie générale t. 1 Introduction, Genèse, Caractéristique principales, l'obligation*, trad. P. Giovannoni, éd. univers. Fribourg, Suisse, 1993.

TERCIER (P.)

-*La partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, Zurich, 1988.

-*Le droit des obligations*, Schulthess, 3^e éd., 2004.

VON THUR (A.), *Partie générale du CO*, 1^{er} vol., trad. M. de Torrente et E., 2^e éd., revue et complétée par E. Thilo, éd. Imprimerie centrale, 1933.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

A. DROIT FRANÇAIS

ALBIGES (Ch.), *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000.

AMIEL-DONAT (J.), *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988.

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, D., 2002.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, 2002.

ANDRÉ (C.), *Le fait du créancier contractuel*, préf. G. Viney, LGDJ, 2002.

AUDIT (B.), *La vente internationale de marchandises (Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980)*, LGDJ, 1990.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat, et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984.

BAHANS (J.-M.), *Théorie générale de l'acte juridique en droit économique*, Bordeaux, P.U. du Septentrion, 1998.

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986.

BARONCEA (D.-J.), *Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur)*, Paris, LGDJ, 1929.

BECQUE (J.), *La protection de la victime d'un dommage corporel et de ses proches dans le cadre contractuel*, Montpellier, 1943.

BEN ABDERRAHMANE (D.), *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, préf. M. Pédamon, LGDJ, 1985.

BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, préf. J.-C. Saint-Pau, LGDJ, 2010.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, D., 4^e éd., 2003.

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. de J.-L. Souriou, LGDJ, 1999.

BLOCH (C.), *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, PUAM, 2002.

BLOCK (G.), *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préf. N. Fricero et R. Martin, Nice, Bruylant et LGDJ, 2002.

BOILLOT (C.), *La transaction et le juge*, préf. P. Le Cannu, PU de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001.

BONASSIES (P.), *Le dol dans la conclusion des contrats*, Lille, 1955.

BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, LGDJ, 1997.

BOUCARD (H.), *L'agrément de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, préf. Ph. Rémy, Poitiers, LGDJ, 2005.

BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, D., 2003.

BOUYSSOU (M.), *Les libéralités avec charges en droit civil français*, S., 1945.

- BOYER (G.)**, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924.
- BOYER (L.)**, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. Maury, Toulouse, 1947.
- BRUNEAU (Ch.)**, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, Paris II, 1974.
- BUFFELAN-LANORE (Y.)**, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, préf. P. Hébraud, Paris, LGDJ, 1963.
- CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations*, D., 1923.
- CARVAL (S.)**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.
- CASSIN (R.)**, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Paris, 1914.
- CAUCHY-PSAUME (M.-C.)**, *L'estoppel by representation- étude comparative de droit français et anglais*, Paris XI, 1999.
- CÉLICE (B.)**, *Théorie générale des réserves et du non-vouloir*, Paris, 1965.
- CERMOLACCE (A.)**, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001.
- CHABAS (C.)**, *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002.
- CHÉNEDÉ (F.)**, *Les commutation en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008.
- CHIREZ (A.)**, *De la confiance en droit contractuel*, Nice, 1977.
- COLLOMB (P.)**, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, Nice, 1974.
- COMPARATO (F.-K.)**, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, D., 1963.
- CONSTANTINESCO (L.-J.)**, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Paris, Rousseau et Cie, 1940.
- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, Paris, D., 1952.
- DARMAISIN (M.)**, *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, Paris, LGDJ, 2000.
- DAUCHY (P.)**, *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, Paris II, 1979.
- DELEBECQUE (Ph.)**, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Aix-en-Provence-Marseille, 1981.
- DERUPPÉ (J.)**, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Toulouse, 1952.
- DESGORCES (R.)**, *La bonne foi dans les contrats : rôle actuel et perspectives*, Paris II, 1992.
- DIESSE (F.)**, *Le devoir de coopération dans le contrat*, Lille II, 1998.
- DREIFUSS-NETTER (F.)**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985.
- DUGUIT (L.)**
 -Traité de Droit Constitutionnel, t.1, Paris, Boccard, 2^e éd., 1921.
 -L'État, le Droit objectif et la loi positive, préf. F. Moderne, D., 2003.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.)**, *Le pouvoir de décision unilatérale, étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.
- ENCINAS DE MUNAGORRI (R.)**, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon Caen, LGDJ, 1996.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, préf. Ph. Rémy, Poitiers, LGDJ, 2003.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1927, Impression Osnabruck, 1968, extraits choisis et présentés, sous la direction de F. Ewald, par F. Bellivier, Flammarion, 1989.

FLIPO-BOUCHAARA (O.), *Le lien contractuel*, préf. C. Thibierge, Orléans, 2001.

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2000.

FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, D., Paris, 2012.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, S., 1937, réimpr. D., 2004.

GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. 1 et t. 2, S., 1927.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960.

GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968.

GOMY (M.), *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, préf. Y. Serra, P.U. Perpignan, 1999.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912.

GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation*, Paris, LGDJ, 1971.

GRÉVIN-LEMERCIER (K.), *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2011.

GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Paris I, 2000.

GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, Lyon, LGDJ, 1976.

HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Paris II, 2014.

HAURIOU (G.), *Principes de droit public*, préf. O. Beaud, D., 2010.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, 1971.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. Aynès, post. F. Terré, LGDJ, 2012.

HOUIN (R.), *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, Paris, 1937.

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Paris II, 1973.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001.

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Paris II, 1978.

HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904.

JACOMET (P.), *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, A. Rousseau, 1905.

- JACQUES (Ph.)**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, D., 2005.
- JAHEL (S.)**, *L'objet de la prescription extinctive. Contribution à l'étude de la notion d'action*, Beyrouth, 1966.
- JALUZOT (B.)**, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, D., Paris, 2001.
- JAOUEN (M.)**, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels*, préf. D. Mazeaud, Economica, 2013.
- JOSSERAND (L.)**
- De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.
 - Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, D., 1928.
 - De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'Abus des droits*, 2^e éd., D., 1939.
- JOURDAIN (P.)**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Paris II, 1982.
- KAHN (P.)**, *La vente commerciale internationale*, préf. B. Goldman, S., 1961.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, D., 1962.
- KLEIN (J.)**, *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013.
- LAITHIER (Y.-M.)**, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.
- LAMAZEROLLES (E.)**, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, Poitiers, 2003.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, *Le domaine de l'action résolutoire : Recherches sur le contrat synallagmatique*, Pau, 1988.
- LATINA (M.)**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009.
- LAUDE (A.)**, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992.
- LE GAC-PECH (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.
- LE GARS (A.)**, *La déchéance des droits en droit privé français*, Toulouse I, 2003.
- LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.
- LE TOURNEAU (Ph.)**, *La règle « nemo auditur »*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970.
- LIBCHABER (R.)**, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris I, 1992.
- LOKIEC (P.)**, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.
- LUCAS-PUGET (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005.
- LUXEMBOURG (F.)**, *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas DL, Paris, 2008.
- MALECKI (C.)**, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, Paris I, LGDJ, 1999.
- MARTIN de la MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatéral : Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, S., 1951.
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, Paris XII, LGDJ, 1992.
- MAURIN (L.)**, *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, 2013.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.

MENDUINA GORDON (E.), *Etude critique de la distinction des contrats unilatéraux et des contrats synallagmatiques dans l'exécution*, Nanterre, 2009.

MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, Toulouse, 1991.

MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Lyon III, 1990.

MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Montpellier, Litec, 1979.

MOULY-GUILLEMAUD (C.), *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel*, Préf. D. Ferrier, LGDJ, 2006.

MOUSSERON (J.-M.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Levallois-Perret, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1997.

MOZAS (Ph.), *La notion de dette en droit privé*, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, UFR Dr. privé, 1996.

MULLER (M.), *L'inexécution pénalement répréhensible du contrat*, Paris II, 1976.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.

OMAR (A.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1967.

ORTSCHEIDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, D., 2001.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préf. E. Loquin, LGDJ, 1992.

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

PAULIN (Ch.), *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996.

PELET (J.), *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Lausanne, 1937.

PIAZZON (Th.), *La sécurité juridique*, Paris II, 2006.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989.

PIETTE (G.), *La correction du contrat*, préf. M. Menjucq, PUAM, 2004.

PILLEBOUT (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. P. Raynaud, Paris, LDGJ, 1971.

PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gauthier, LGDJ, 2007.

POPA (E.-A.), *Les notions de debitum (Schuld) et d'obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, Paris, 1935.

POPINEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution des contrats, étude comparative*, préf. M. Goré, LGDJ, 2008.

RABUT (G.), *Le préjudice en droit pénal*, Bordeaux, 2014.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard et Ramarolanto-Ratiaray, LGDJ, Poitiers, 2009.

REIFEGERSTE (S.), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961.

RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, préf. Ch. Jamin, Paris, D., 2003.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, D., Paris, 1963.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965.

ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, préf. Ch. Atias, PUAM, 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, LGDJ, 1979.

SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1925.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008.

SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997.

SCHAFFHAUSER (E.), *Les lois nouvelles*, année 1935, Paris, 1935.

SCIOLDO-ZURCHER (J.), *La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle*, Lyon, 1934.

SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, LGDJ, 2011.

SERRA (Y.), *L'obligation de non-concurrence*, S., 1970.

SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, D. 1991.

SOULEAU (I.), *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, dir. G. Durry, Paris II, 1979.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, Paris, 2000.

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Lille, 1977.

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.

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, 2012.

TROPLONG (R.-T.), *De la prescription*, Paris, 1835.

VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. Mestre, PUAM, 1999.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude*, Toulon, 1957.

VOLANSKY (A.), *Essai d'une définition expressive du droit*, Paris, LAM, 1929.

VOUIN (R.), *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939.

WATERLOT (M.), *L'effet réel du contrat*, Bordeaux, 2015.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Perpignan, LGDJ, 1996.

B. DROITS ETRANGERS

1. Droit allemand

AMTHOR (F.), *Die versicherungsrechtliche Obliegenheit*, Hamburg, Univ., Diss., 1923.

ARENS (J.), *Zum Wesen der Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Dortmund, Lensing, 1940.

KERN (A.), *Die Rechtsnatur der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten*, St. Gallen, Rohrer, 1949.

KÜHBORTH (G.), *Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers in der Rechtsschutzversicherung beim und nach eines Versicherungsfalles*, Francfort, 1988.

SCHMIDT (H.), *Die Rechtsnatur der Obliegenheiten im Privatversicherungsrecht*, Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle, 1939.

SCHMIDT (R.), *Die Obliegenheiten*, Verlag « Versicherungswirtschaft », Karlsruhe, 1953.

SCHÜTTE (U.), *Verhüllte Obliegenheiten im Versicherungsrecht*, Francfort, 1991.

VON IHERING (R.)

-*Et. complémentaires de L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Paris, Maerescq, 1903.

-*La lutte pour le droit*, prés. O. Jouanjan, D., 2006

2. Droit anglais

TREITEL (G.-H.), *Remedies for Breach of Contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

3. Droit belge

BAERT (F.), *Rechtskundig Weekblad*, 1956-1957, col. 489 et s.

LEFEBVRE-MASSCHELEIN (M.-A.), *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2010.

LIMPENS (J.), *La vente en droit belge*, Bruxelles et Paris, 1960.

ROMAIN (J.-F.), *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, des atteintes à la bonne foi en général, et de la fraude, en particulier (Fraus omnia corrumpit)*, coll. de la faculté de droit, univ. libre Bruxelles, 2000.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET ACTES DE COLLOQUES

A. DROIT FRANÇAIS

ALBARIAN (A.), « La perte de confiance, "marqueur" de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *LPA*, 18 oct. 2013, n° 209, p. 6 et s.

ALBIGES (Ch.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mél. M. Cabrillac*, Litec 1999, p. 3 et s.

AMRANI-MEKKI (S.)

-« La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defr.*, 30 mars 2003, n° 6, p. 369 et s.

- « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G*, n° 27, 2 Juill. 2008, I, p. 160 et s.

- « L'impossible régularisation de la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable », *GP*, 8 mars 2015, n° 67, p. 9 et s.

ANCEL (P.)

-« La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD Com.*, 1979, p. 203 et s.

-« Effets d'un cautionnement donné par un époux après la dissolution de la communauté », *RD bancaire et bourse*, 1988, n° 5, p. 10 et s.

-« critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, p. 30 et s.

-« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771 et s.

-« Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution*, 23^e colloque des IEJ, L'Harmattan, 2001, p. 151 et s.

-« La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 163 et s.

-« Faut-il « faire avec » ? », *RDC*, 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 538 et s.

-« Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mél. D. Tricot*, D., 2011, p. 61 et s.

ANSELME-MARTIN (O.), « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 22 janv. 1997, n° 10, p. 17 et s.

ATIAS (Ch.)

-« L'équilibre renaissant de la vente », *chron. D.*, 1993, p. 1 et s.

-« Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable », *D.*, 2003, *chron.* 2620.

AUBERT de VINCELLES (C.) et ROCHFELD (J.), (ss dir. de), *L'acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, coll. Études juridiques, Paris, Economica, 2006.

AYNÈS (L.)

-« Le devoir de renégocier », *RJ Com.*, nov. 1999, p. 11 et s.

-« L'obligation de loyauté », *APD*, t. 44, 2000, p. 195 et s.

-« Le droit des sûretés en 2002 », *Dr. et patr.*, 2003, n° 113, p. 69 et s.

-« A propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 2003, p. 323 et s.

-« Motivation et justification », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 555 et s.

-« Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier Lamy, Dr. et patr., 2004, n° 126, p. 55 et s.

-« L'imprévision en droit privé », *RJ Com.*, 2005, p. 397 et s.

-« Rapport introductif », in *Exécution en nature, exécution par équivalent*, coll. RDC, mardi 14 oct. 2004, RDC, 1^{er} janv. 2005, n° 1, p. 9 et s.

-« Vers une déontologie du contrat ? », Conférence devant la Cour de cassation, 11 mai 2006, Cycle Droit et technique de cassation, <http://www.courdecassation.fr>.

-« Mauvaise foi et prérogative contractuelle », in *Les prérogatives contractuelles*, coll. RDC, mardi 30 nov. 2010, RDC, 1^{er} avr. 2011, p. 687 et s.

-« La cause, inutile et dangereuse », *dr. et patr.*, oct. 2014, p. 40 et s.

AYNÈS (L.), et STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Nullité, exécution volontaire : confirmation ou estoppel ? », *Dr. et patr.*, 1^{er} juin 2013, n° 226, p. 68 et s.

BAKOUCHE (D.), « L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle », *JCP E*, 7 avr. 2014, n° 14, p. 414 et s.

BALDES (O.), « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Proc.*, n° 3, mars 2013, ét. 5.

BANDRAC (M.), « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC*, 1^{er} oct. 2008 n° 4, p. 1413 et s.

BATIFFOL (H.), « La « crise du contrat » et sa portée », *APD*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, 1968, p. 13 et s.

BEAUDEUX (C.), « la causalité : frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle », *LPA*, 25 avr. 2008, n° 84, p. 8 et s.

BÉGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD Civ.* 1947, p. 133 et s.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

-(ss dir. de) *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit français ?*, Actes du colloque du centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA*, 30 sept. 1998, n° 117.

-« Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janv. 2000, (ss dir. de) M. Béhar-Touchais, *Economica*, 2001, p. 83 et s.

-« Motivation et agrément », *RDC*, 1^{er} déc. 2003 n° 1, p. 152 et s.

-« Le contenu du contrat », in *Secrets et contrats, Actes de colloque – Paris, le 19 novembre 2012*, *RDC*, avr. 2013, p. 756 et s.

-« Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, oct. 2013, p. 1431 et s.

BÉNABENT (A.)

-« La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 291 et s.

-« Observations finales », in *Les prérogatives contractuelles*, coll. RDC, mardi 30 nov. 2010, *RDC*, 1^{er} avr. 2011, p. 746 et s.

-« Approche sociologique de la prescription », *Revue dr. et proc.*, n° 3, mars 2012, p. 58 et s.

BENABOU (L.) et CHAGNY (M.), (ss dir. de), *La confiance en droit privé des contrats*, D., 2008.

BENILLOUCHE (M.), « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *LPA*, 29 juill. 2004, n° 151, p. 6 et s.

BERNARD De SAINT AFFRIQUE (J.), « Du devoir de conseil », *Defr.*, 1995, p. 915 et s.

BERTREL (J.-P.)

-« Le débat sur la nature de la société », in *Mél. Sayag*, Litec, 1998, p. 131 s.

-« La cohabitation de la révocation ad nutum et du contradictoire », *Dr. et pat.*, oct. 1998, p. 74 et s.

BESSON (A.), « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT*, 1936, p. 225 et s.

BÉTANT-ROBERT (S.), « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », *RTD Civ.*, 1974, p. 309 et s.

BLARY-CLEMENT (E.), « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G*, 1991, I, 3534, p. 337 et s.

BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste cause), Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 12 févr. 2015.

BOILLOT (C.), « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D.*, 5 févr. 2015, n° 5, p. 298 et s.

BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP G*, 9 févr. 2015, n° 6, p. 235 et s.

BORÉ (J.), « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », in *Et. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139 et s.

BOUCARD (H.)

-« La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 27 et s.

-« Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 153 et s.

BOUCHARD (V.), « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », *LPA*, 24 juill. 2002, n° 147, p. 4 et s.

BOYER (L.), « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats », *RTD Civ.*, 1949, p. 1 et s.

BRETHER de la GRESSAYE (J.), « La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil », *Revue générale du droit*, 1928, p. 193 et s.

BRIGANT (J.-M.), « Faute civile et faute déontologique : l'autonomie c'est maintenant ! », *JCP G*, n° 47, 18 nov. 2013, p. 2110.

BRUS (F.), « Application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui en procédure civile », *LPA*, 27 nov. 2014, n° 237, p. 20 et s.

BUISSON-FIZELLIER (A.), « Les silences condamnables de l'assureur », *Trib. ass.* n° 33, mars 2000, p. 39 et s.

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mél. Gabriel Marty*, PUT, 1978, p. 246 et s.

CADIET (L.)

-« Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Mél. G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 et s.

-« Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mél. P. Drat, D.*, 2000, p. 495 et s.

CALAIS-AULOY (J.), « Ne mélangeons plus conformité et sécurité » *D.*, 1993, chron. 28, p. 130 et s.

CALLÉ (P.), « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G*, 29 avr. 2009, n° 18, p. 28 et s.

CASSIN (R.)

-« Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant*, Paris, S., 1939, p. 63 et s.

-« Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *RTD Civ.* 1945, p. 159 et s.

CARBONNIER (J.)

-« Notes sur la prescription extinctive », *RTD Civ.*, 1952, p. 171 et s.

-« De minimis non curat praetor », in *Mél. J. Vincent, D.*, 1981, p. 29 et s.

CATALA (P.)

-« La "propriété" de l'information », in *Mél. P. Raynaud, D.-S.*, 1985, p. 112 et s.

-« La renégociation des contrats », in *Et. P. Didier, Economica*, 2008.

CÉDRAS (J.)

-« L'obligation de négocier », *RTD Com.*, 1985, p. 265 et s.

-« Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 215 et s.

CERMOLACCE (A.), « Questions non traitées », in *Regard croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 239 et s.

CHABAS (C.), « Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit », *JCP G*, n° 13, 25 Mars 2009, II 10052.

CHAZAL (J.-P.), « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 114 et s.

CHÉNEDÉ (F.)

-« Charles Demolombe, la condition potestative, 2^e partie », *RDC*, 1^{er} juill. 2013 n° 3, p. 1131 et s.

-« L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *CCC*, 2008, ét. 11.

-« Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », in *Les prérogatives contractuelles, coll. RDC, mardi 30 nov. 2010, RDC*, 1^{er} avr. 2011, p. 707 et s.

COHEN (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 Le Code civil...suite ?*, D., 2004, p. 517 et s.

COLLART-DUTILLEUL (F.), « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par

le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 225 et s.

COULOMBEL (P.), « Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », *RTD Civ.*, 1957, p. 609 et s.

CORDELIER (E.), « A propos de l'article 2037 du Code civil, Observations sur le droit préférentiel », *RTD Com.*, 2004, p. 667 et s.

CORNESSE (I.), « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *RRJ*, 2003, n° 4, p. 2433 et s.

CRÉMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Ét. P. Kayser*, t. 1, PUAM 1979, p. 261 et s.

CROCQ (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mél. M. Cabrillac*, p. 349 et s.

CROZE (H.), « Convocation des dirigeants dans les instances tendant au prononcé d'une sanction à leur encontre », *rev. proc.*, 1^{er} févr. 2009, n° 2, p. 23 et s.

CUZACQ (N.), « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », *LPA*, 7 mai 2003, n° 91, p. 4 et s.

DABIN (J.), « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.*, 1962, p. 20 et s.

DALCQ (R-O.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAL*, 1987, p. 363 et s.

DAUCHY (P.), « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », *APD*, t. 26, 1981, p. 276 et s.

DAVID (F.), « De la mise en demeure », *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 99 et s.

DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), « Indemnités dues à raison d'un contrat et TVA », *éd. Francis Lefebvre, bull. fisc.*, 8-9/02.

DE GENTILI-PICARD (L.), « Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'information annuelle de la caution », *JCP G*, n° 39, 24 sept. 2003, II, 10152.

DE GOUTTES (R.), « Le principe de l'estoppel à l'épreuve de la Cour de cassation », *LPA*, 13 mai 2009, n° 95, p. 7 et s.

DELEBECQUE (Ph.)

-« La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », *GP*, 1997, doctr., p. 1184 et s.

-« L'exécution forcée », *RDC*, 1^{er} janv. 2006, n° 1, p. 99 et s.

DELEBECQUE (Ph.) et MAZEAUD (D.), « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I-Louvain la Neuve, (dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 361 et s.

DEMOGUE (R.), « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD Civ.*, 1907, p. 261 et s.

DEPREZ (J.), « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, *TAHC*, Paris, D., 1968, p. 28 et s.

DERAINS (Y.), « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », *in L'obligation de minimiser les dommages en cas d'inexécution des contrats internationaux*, Coll. Feduci, (dir. de) B. Hanotiau, *RDAL*, 1987, n° 4, p. 375 et s.

DESDEVISES (Y.), « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, chron. 21.

DESHAYES (O.)

-« La cession de créance », *in La réforme du régime général des obligations*, (ss dir. de) L. Andreu, *D.*, 2011.

-« Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *in Les prérogatives contractuelles*, coll. *RDC*, mardi 30 nov. 2010, *RDC*, 1^{er} avr. 2011, p. 726 et s.

-« Le notaire est-il délié de son devoir de conseil lorsque l'acheteur déclare faire son « affaire personnelle » d'un litige concernant le bien vendu ? », *RDC*, avr. 2013, p. 547 et s.

-« L'exécution forcée du contrat ordonnée par le juge des référés », *RDC*, avr. 2013, p. 907 et s.

-« Les effets du contrat entre parties », *JCP G*, sup. n° 21, 25 mai 2015, p. 43 et s.

DIDIER (P.)

-« Brèves notes sur le contrat-organisation », *in Mél. F. Terré*, D.- PUF- J.-Cl., 1999, p. 635 et s.

-« La théorie contractualiste de la société », *Rev. Soc.*, 2000, p. 95 et s.

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, t. 43, 1999, p. 259 et s.

DUPONT (N.)

-« L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD Civ.*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 459 et s.

-« Brèves précisions sur les conditions de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *JCP E*, 27 nov. 2014, n° 48, p. 34 et s.

DUPUIS (G.), « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, Paris, Imprimerie nationale, 1976, p. 15 et s.

DURRY (G.)

-« La faute commise par l'assureur à l'encontre de l'assuré et ses conséquences », *RTD Civ.*, 1976, p. 781 et s.

-« Les obligations de sécurité portant sur la personne du contractant », *RTD Civ.*, 1977, p. 323 et s.

-« Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *in La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, *RCA*, NS, juin 2001, p. 20 et s.

-« Les déclinaisons de la faute, rapport de synthèse », *RCA*, n° 6, juin 2003, p. 22 et s.

ESMEIN (P.)

-« Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD Civ.* 1933, p. 627 et s.

-« L'obligation et la responsabilité contractuelles », *in Et. G. Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 101 et s.

-« La chute dans l'escalier », *JCP G*, 1956, I, 1321.

-« Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », *in Mél. R. Savatier*, 1965, p. 271 et s.

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD Civ.* 1983, p. 1 et s.

FABRE-MAGNAN (M.)

-« Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996, p. 85 et s.

-« L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Ét. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 et s.

-« Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 573 et s.

-« Obligation de motivation et droit des contrats », *RDC*, 2004, p. 555 et s.

-« De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, Dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats », *D.*, 16 avr. 2015, n° 14, p. 826 et s.

FAGES (B.)

-« Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 39 et s.

-« Des comportements contractuels à éviter », *Dr. et patr.*, mai 1998, n° 60, p. 67 et s.

-« L'abus dans les contrats de distribution », *cah. dr. entr.*, 1998, n° 6, p. 11 et s.

-« L'obligation d'agir en temps utile afin de limiter la dette de la caution », *JCP G*, 1999, II, 10000.

-« Quand la manière d'exécuter rejaillit sur le contenu du contrat », *Dr. et patr.* n° 67, janv. 1999, p. 28 et s.

-« Le contrat est-il encore la « chose » des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, *D.*, 2003, p. 153 et s.

-« Obligation de motivation et droit des contrats, Des motifs de débat », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 563 et s.

-« Existe-t-il un vertrauensschutz en droit français des contrats ? », in *La confiance, 11^e journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 nov. 2012, société de législation comparée, 2013, p. 21 et s.

-« Le processus de formation du contrat », in *La réforme du droit des obligations en France, 5^{èmes} journées franco-allemandes*, (ss. dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 41 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

-« L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janv. 2000, (ss. dir. de) M. Béhar-Touchais, *Economica*, 2001, p. 3 et s.

-« Le changement de circonstances », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 67 et s.

-« Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512 et s.

-(ss. dir. de) *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée éd. coll. droit privé comparé et européen, vol. 4, mars 2007, Rapports présentés au 17^e congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, juill. 2006.

-« Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *RDC*, 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1405 et s.

FAVRE-ROCHEX (A.), « Le silence et l'assureur », *GP*, 19 fév. 1995, p. 5 et s.

FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in *Les prérogatives contractuelles*, coll. *RDC*, mardi 30 nov. 2010, *RDC*, 1^{er} avr. 2011, p. 644 et s.

FERRIER (D.)

-« Une obligation de motiver ? », *RDC*, 1^{er} avril 2004 n° 2, p. 558 et s.

-« Le renforcement du rôle du juge », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 73 et s.

FLÉCHEUX (G.), « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », in *Et. J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 341 et s.

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Clauses conventionnelles de médiation hors d'instance », *JCP G*, 27 oct. 2014, n° 44, p. 1982 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

-« Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, Paris, Economica, 1999, p. 21 et s.

-« Volonté et obligation », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 129 et s.

GABET-SABATIER (C.), « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD Civ.*, 1980, p. 39 et s.

GAILLARD (E.), « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.*, 1985, p. 241 et s.

GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 19 et s.

GAUDU (F.), « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC*, 2004, p. 566 et s.

GAUTHIER (P.-Y.)

-« Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 797 et s.

-« La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.*, 1^{er} oct. 2014, n° 240, p. 70 et s.

GAY (J.-L.), « Recherches sur les origines de la responsabilité contractuelle », in *Ét. G. Le Bras*, t. 2, Paris, S., 1965, p. 1191 et s.

GÉNICON (Th.)

-« Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC*, 2010, p. 44 et s.

-« Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *RDC*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 832 et s.

-« Contrat et protection de la confiance », in *Les principes directeurs du droit des contrats (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Bologne les 19 et 20 octobre 2012)*, *RDC*, janv. 2013, p. 336 et s.

-« Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC*, oct. 2013, p. 1321 et s.

GHESTIN (J.)

-« L'abus dans les contrats », *GP*, 20 aout 1981, doct., p. 379 et s.

-« L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. p. 1 et s.

-« L'exception d'inexécution », Rapport français, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 3 et s.

GJIDARA (S.), « le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du code civil, première partie », *LPA*, 21 juin 2000, n° 123, p. 4 et s.

GOUBEAUX (G.), « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Defr.*, 1979, art. 31987.

GOUT (O.), « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », *D.*, 2003, p. 549 et s.

GRIDEL (J.-P.) et LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, n° 21, 21 mai 2008, I, n° 143, p. 13 et s.

GROUTEL (H.), « Revirement de la Cour de cassation au sujet du silence de l'assureur », *RCA*, 1994, chron. 37.

GUTMANN (D.), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 115 et s.

HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.*, 1982.

HAMEL (J.), « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mél. Dabin*, 1963, t. 2, p. 645 s.

HANNOTIAU (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI*, 1987, p. 393 et s.

HENRIOT (J.), « De l'obligation comme chose », *APD*, t. 24, 1979, p. 235 et s.

HERVIO-LELONG (A.), « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *D.*, 2002. Chr., p. 2069 et s.

HESBERT (J.), « Conformité de la vente dans les règles unifiées internationales et conformité des documents dans les règles et usances relatives aux crédits documentaires », *LPA*, 1^{er} févr. 2002, n° 24, p. 4 et s.

HILLEL (O.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janv. 2000, (ss dir. de) M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 53 et s.

HOUTCIEFF (D.)

-« La sanction de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier », *RDC*, 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 179 et s.

-« L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *RLDC*, 2004, 6, n° 222.

-« Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *RTD Civ.*, 2006, p. 191 et s.

-« Limites du pouvoir de sanction du juge au cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », *JCP G*, n° 38, 19 sept. 2008, 10154, p. 23 et s.

-« La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *D.*, 7 mai 2009, n° 18, p. 1245 et s.

-« Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G*, 2009, 463.

IMBERT (J.), « De la sociologie au droit : la « *fides* » romaine », in *Mél. H. Lévy-Bruhl*, S., 1959, p. 407 et s.

JAMIN (Ch.)

-« Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA*, 6 mai 1998, p. 25 et s.

-« Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *L'avenir du droit, Mél. F. Terré*, D., PUF, Jcl., 1999, p. 125 et s.

-« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Et. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

-« L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », *D.*, 2001, p. 1568 et s.

-« Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ?, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 451 et s.

-« Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.*, 2002, p. 901 et s.

-« Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 7 et s.

-« Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, (ss dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, 2004, p. 160 et s.

JAROSSON (C.), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, (ss dir. de) MESTRE (J.), PUAM, 1990, p. 141 et s.

JEAMMAUD (A.), « Les polyvalences du contrat de travail, in Les transformations du droit du travail », in *Et. G. Lyon-Caen*, D., 1989, p. 308 et s.

JESTAZ (Ph.)

-« Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1983, p. 334 et s.

-« L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mél. P. Raynaud*, 1985, p. 273 et s.

-« Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, Paris, Economica, 1999, p. 87 et s.

JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, (ss dir. de) P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 173 et s.

JOBARD- BACHELLIER (M.-N.) et BRÉMOND (V.), « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD Com.*, 1999, p. 327 et s.

JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Et. F. Gény*, S., t. 2, p. 333 et s.

JOURDAIN (P.)

-« La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 121 et s.

-« L'obligation de sécurité, A propos de quelques arrêts récents », *GP*, 1993, 2, doct., p. 1171 et s.

-« Le fondement de l'obligation de sécurité », *GP*, 1997, 2, doct., p. 1196 et s.

-« Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes Journées René Savatier, Paris, PUF, 1998, p. 65 et s.

-« L'articulation des doubles délais extinctifs en droit français, Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, (ss dir. de) P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 687 et s.

JUILLET (Ch.), « L'évolution contemporaine « du fait du créancier » au sens de l'article 2314 du Code civil », *LPA*, 27 déc. 2007, n° 259.

JUREDIEU (F.), « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », *LPA*, 7 juill. 2008, n° 35.

KAHN (P.)

-« La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC*, 1981, p. 951 et s.

-« Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, n° 2 p. 305 et s.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33 et s.

KULLMANN (J.), « Minimiser son dommage ? », in *Mél. Y. Lambert-Faivre et D.-Cl. Lambert*, D., 2002, p. 243 et s.

LABBÉ (B.), « L'incombance : un faux concept », *RRJ, Droit prospectif*, 2005, p. 183 et s.

LAGARDE (X.)

-« La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, TAHC, LGDJ, 2000, p. 73 et s.

-« Aspects civilistes des relations individuelles de travail », *RTD Civ.* 2002, p. 435 et s.

LAITHIER (Y.-M.)

-« Le déclin du modèle de la résolution judiciaire », *RDC*, 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 86 et s.

-« Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », in *Les principes directeurs du droit des contrats (Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Bologne les 19 et 20 octobre 2012)*, *RDC*, janv. 2013, p. 410 et s.

-« Cession de droits sociaux : le devoir de loyauté du dirigeant l'emporte sur son obligation de confidentialité », *RDC*, avr. 2013, p. 873 et s.

-« L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Réflexions comparatives », *D.*, 2014, p. 33 et s.

-« L'articulation de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution : l'incertitude persiste », *RDC*, 1^{er} juill. 2014, n° 2014/2, p. 181 et s.

-« La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.*, 2 avr. 2015, n° 13, p. 746 et s.

-« Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G*, 25 mai 2015, NS 21, p. 47 et s.

LAMBERT-FAIVRE (Y.)

-« Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 : la réforme des dispositions relatives au contrat d'assurance et à la protection des assurés », *ALD*, 1991, Commentaires législatifs, p. 1 et s.

-« Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.*, 1994, chron., p. 81 et s.

LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », in *Et. P. Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 543 et s.

LATHELIZE-BONNEMAISON (M.), « Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 23 juin 2000, n° 125.

LATINA (M.), « Le nouveau régime des obligations conditionnelles », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 181 et s.

LAUDE (A.), « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 55 et s.

LAVABRE (Ch.), « Eléments essentiels et obligations fondamentales du contrat », *RJDA*, 1997, p. 291 et s.

LE CANNU (P.), « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly*, 1996, p. 11 et s.

LE COURT (B.), « Le silence de l'assureur peut valoir acceptation », *Argus*, 17 oct. 1997, p. 28 et s.

LÉCUYER (H.)

-« Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 44 et s.

-« Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mél. F. Terré*, Paris, D., PUF, *Jcl.*, 1999, p. 643 et s.

LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com.*, 52 (2), avr.-juin 1999, p. 273 et s.

LEQUETTE (S.)

-« Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD Civ.*, 2013, p. 491 et s.

LEQUETTE (Y.)

-« Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. P. Didier*, 2007, *Economica*, p. 237 et s.

-« Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, D., 2012, p. 879 et s.

LE TOURNEAU (Ph.)

-« De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.*, 1987, chron., p. 101 et s.

-« Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*, 1990, ch., p. 21 et s.

-« Les obligations professionnelles », in *Mél. L. Boyer*, 1996, PU sc. Soc. Toulouse, p. 365 et s.

LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD Civ.* 1998, p. 839 et s.
LEVENEUR (L.)

-« Le solidarisme contractuel : un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, (ss dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, 2004, p. 184 et s.

-« Une nouvelle loi de "protection" des consommateurs », *JCP G*, 2005, act. 92.

-« Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions », *JCP N*, n° 50, 12 déc. 2008, p. 1356 et s.

LEVY-LOLMANN (A.), « La bonne foi », *GP*, 1937, 2, doct. 38.

LIBCHABER (R.)

-« La société, contrat spécial », in *Mél. M. Jeantin*, 1999, p. 281 et s.

-« Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113 et s.

-« Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. J.-L. Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, D., 2005, p. 211 et s.

LICARI (F.-X.)

-« Les principales sûretés personnelles du droit allemand », in *Lamy Droit des sûretés*, Fasc. 520, sept. 2008, n° 520-7, d)

-« La réforme du droit de la prescription extinctive : perspectives nationales et transfrontalières », Colloque, Metz, 7 mai 2009, *RLDA*, 2009, p. 42 et s.

LICARI (S.), « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ, Droit prospectif*, n° 2, 2002, p. 703 et s.

LIMPENS (J.), « La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé », in *Mél. R. Savatier*, D., 1965, p. 559 et s.

LUCAS (F.-X.), « Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel », *RDC*, 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1012 et s.

LYON-CAEN (G.)

-« De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD Civ.*, 1946, p. 75 et s.

-« L'obligation implicite », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 109 et s.

LYONNET (B.), « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *GP*, 2000, 2. Doctr. 2119.

MACKAAY (E.), « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : la bonne foi et la justice contractuelle », *RRJ- Droit prospectif*, 2011, n° 4, p. 1605 et s.

MAINGUY (D.), « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in *D.*, (*th. com. Actes*), (ss dir. de) F. Petit, 2015, p. 5 et s.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « Portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle », *JCP E*, 2007, n° 2394.

MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, n° 17, 26 avr. 2000, I 222.

MALKA (D.), « La loyauté dans la négociation du contrat », *GP*, 24 mai 2012, n° 145, p. 61 et s.

MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du Droit », *D.*, 2012, p. 167 et s.

MARAIS (A.), « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 2002, n° 197, p. 7 et s.

MARTY (G.), « Illicéité et responsabilité », in *Et. L. Julliot de la Morandière*, *D.*, 1964, p. 339 et s.

MARTY (R.), « Cautionnement et comportement du créancier », *JCPE*, n° 37, 13 sept. 2007, 2062.

MASSE (C.), « La bonne foi dans les relations entre particuliers, dans l'exécution du contrat, Rapport Général », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 217 et s.

MAZEAUD (D.)

-« La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre », *JCP N*, n° 37, 17 sept. 1993, 101070.

-« La protection du promettant contre la déloyauté du bénéficiaire emprunteur par le jeu de l'article 1178 du code civil », *Defr.*, 15 juin 1995, n° 11, p. 755 et s.

-« Constats sur le contrat, sa vie, son droit », *LPA*, 6 mai 1998, n° 54, p. 8 et s.

-« Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Rapport de synthèse présenté au 94^e congrès des notaires*, *Defr.*, 1998, p. 1137 et s.

-« Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré*, *D.*, PUF, Jcl., 1999, p. 603 et s.

-« La commission Lando : Le point de vue d'un juriste français », in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 2001, p. 141 et s.

-« Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel.. », *D.*, 2003, n° 2, p. 93 et s.

-« Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 295 et s.

-« Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, *D.*, 2003, p. 135 et s.

-« La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, (ss dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, *D.*, 2003, p. 81 et s.

-« La cause », in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, *D.*, 2004, p. 451 et s.

-« Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.*, 2004, 1754.

-« Durées et ruptures », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 129 et s.

-« Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, (ss dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, *Economica*, 2004, p. 66 et s.

-« Regards prospectifs et positifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA*, 7 mai 2004, p. 47 et s.

-« Clause évasive de responsabilité », *RDC*, 2009, n° 4, p. 1359 et s.

-« Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.*, 2005, p. 1828 et s.

-« Le juge et le contrat. Variations sur un couple « illégitime » », in *Mél. J.-L. Aubert*, *D.*, 2005, p. 235 et s.

-« « Sommaires commentés » à la manière de... Éloge d'un genre mineur, aujourd'hui révolu... », in *Mél. Y. Serra*, *D.*, 2006, p. 271 et s.

-« La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC*, 2006, n° 2, p. 363 et s.

-« Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.*, 2010, n° 33, p. 2178 et s.

-« L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution-Rapport français », *RDC*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 1076 et s.

-« Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », in *Les prérogatives contractuelles*, *RDC*, 2011, n° 2, p. 2690 et s.

-« Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Mél. O. Payet*, *D.*, 2011, p. 439 et s.

-« La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.*, 2012, n° 10, p. 659 et s.

-« La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, *D.*, 2012, p. 905 et s.

- « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution.. », *D.*, 2013, n° 39, p. 2617 et s.

-« La cause, une notion dans le vent », *D.*, 2013, n° 10, p. 686 et s.

-« Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.*, 2014, p. 291 et s.

MAZEAUD (D.) et GÉNICON (Th.), « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 2012, n° 4, p. 1469 et s.

MAZEAUD (D.) et WINTGEN (R.), « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.*, 2008, n° 36, p. 2523 et s.

MAZEAUD (H.)

-« Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD Civ.*, 1929, p. 550 et s.

-« La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile », *Chron. D.*, 1954, p. 39 et s.

MEKKI (M.)

-« Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, 16 avr. 2015, n° 14, p. 816 et s.

-« Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *GP*, 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 37 et s.

MESTRE (J.)

-« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 24-25 oct. 1985, journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 41 et s.

-« Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mél. P. Raynaud*, D., 1985, p. 439 s.

-« D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 100 et s.

-« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, 24-25 oct. 1985, t. 15, PUF, 1986 p. 41 et s.

-« L'exception d'inexécution doit demeurer une riposte proportionnée et raisonnable », *RTD Civ.* 1996, p. 395 et s.

-« Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi », *RTD Civ.*, 1996, p. 898 et s.

-« La société est bien encore un contrat », in *Mél. Ch. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 137 et s.

-*L'abus dans le droit des affaires*, (ss. dir. de), dossier *Dr. et patrimoine*, n° 83, juin 2000, p. 37 et s.

-« Bonne foi », in Dossier PEDC : regards croisés avec le droit français, *Droit et Patrimoine*, 1^{er} avr. 2003, n° 114, p. 42 et s.

MESTRE (J.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.), « La présence dans le contrat d'une clause particulière de résiliation fait-elle ou non obstacle à l'exercice d'une résiliation unilatérale aux risques et périls ? », *RLDA*, 1^{er} nov. 2014, n° 98, p. 72 et s.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.*, 1966, p. 216 et s.

MIGNOT (M.)

-« De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier, ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ*, 2004, n° 4, p. 2153 et s.

-« Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defr.*, 28 févr. 2009, n° 4, p. 393 et s.

MOLFESSIS (N.)

-« Le principe de proportionnalité en matière de garanties, Extraits de la conférence des juristes du Groupe Société Générale du 20 décembre 1999 », *Banque & Droit*, n° 71, mai-juin 2000, p. 4 et s.

-« Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G*, n° 7, 16 févr. 2015, n° 199, p. 319 et s.

MORET-BAILLY (J.), « Règles déontologiques et fautes civiles », *D.*, 2002, p. 2820.

MORIN (G.), « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux. Droit et pratique », *DPCI*, mars 1980, t. 6, n° 1, p. 9 et s.

MOULY (J.), « La responsabilité des organisateurs d'activités sportives : obligation particulière de prudence ou obligation implicite de résultat ? », *D.*, 2000, n° 13, jur., p. 287 et s.

MOYSE (J.-M.) et NAVARRO (J.), « La jurisprudence et les conditions suspensives d'obtention des prêts », *JCP E*, I, doct., 1984, p. 66 et s.

MUIR-WATT (H.)

-« Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *L'internationalisation du droit*, *Mél. Y. Loussouarn*, 1994, D., p. 303 et s.

-« Reliance et définition du contrat », in *Mél. Jeantin*, D., 1999, p. 57 et s.

NAJJAR (I.), « La potestativité », *RTD Civ.* 2012, p. 601 et s.

NAUDIN (E.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Causes d'interruption et de suspension », *LPA*, 2 avr. 2009 n° 66, p. 12 et s.

NGUIHE KANTE (P.), « La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé », *RRJ*, 2009, n° 1, p. 317 et s.

NIGGEMANN (F.), « Les obligations de l'acheteur sous la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RDAI*, 1988, p. 27 et s.

NORMAND (J.), « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD Civ.*, 1981, p. 684 et s.

OPHÈLE (C.), « Les déclinaisons de la faute, Faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA*, n° 6, Juin 2003, p. 21 et s.

OPPETIT (B.)

-« Droit et économie », *APD*, t. 37, Droit et économie, 1992, p. 17 et s.

-« Éthique et vie des affaires », in *Mél. Colomer*, 1993, p. 319 et s.

PANCRAZI-TIAN (M.-E.), « Résolution et résiliation judiciaires », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, p. 65 et s.

PARDOEL (C.-D.), « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 13 et s.

PAUL (F.), « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Dr. et patr.*, juin 2002, n° 105, p. 40 et s.

PELLETIER (C.)

-« Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation », *JCP G*, 2005, act. 133.

-« Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 916 et s.

PELLISSIER-TANON (A.), « La déontologie du conseil en gestion de patrimoine : bilan et prospective », *GP*, 22 avr. 2000, n° 113, p. 4 et s.

PERDRIAU (A.)

-« Visa, « chapeau » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G*, 1986, I, 3257.

-« Les dispositifs implicites des jugements », *JCP G*, 1988, I, 3352.

PERIER (M.), « L'éloge du silence », *GP*, 17 août 2010, n° 229, p. 13 et s.

PERROTIN (F.), « Principe de l'estoppel : une fin de non-recevoir en matière de contentieux fiscal », *LPA*, 12 mai 2010, n° 94, p. 3 et s.

PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD Civ.*, 1912, p. 61 et s.

PICOD (Y.)

-« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988, n° 6, I, 3318.

-« La clause résolutoire et la règle morale », *JCP G*, 1990, I, 3447.

-« L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 et s.

-« L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Et. offertes au doyen Ph. Simler*, D., LexisNexis, 2007, p. 395 et s.

-« Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Mél. Ph. Le Tourneau*, D., 2008, p. 805 et s..

-« Bonne foi et droit de la consommation », in *Mél. D. Tricot*, D., 2011, p. 121 et s.

-« La consécration de la cession de dette », in *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015, p. 207 et s.

PIÉRI (G.), « Obligation », *APD*, t. 35, *Vocabulaire fondamental du droit*, S., 1990, p. 221 et s.

PIETTE (G.), « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. Et patr.*, n° 127, juin 2004, p. 44 et s.

PIGNARRE (G.), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD Civ.* 2001, p. 41 et s.

PINNA (A.), « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD Civ.* 2003, p. 31 et s.

PINSOLLE (P.)

-« Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI*, 1998, n° 4, p. 905 et s., spéc. n° 32 et s.

-« Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janv. 2000, (ss dir. de) M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 37 et s.

PLANTARD (J.-P.), « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale : la convention des Nations Unies du 11 avril 1980 », *JDI*, 1988, n° 2, p. 311 et s.

POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.*, avr.-juin 2010, p. 209 et s.

PRIGEANT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.*, 2008, p. 401 et s.

PUTMAN (E.), « La contrainte dans le droit de l'exécution », *RRJ*, 1994, n° 2, p. 341 et s.

RADÉ (C.), « l'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron., p. 301 et s.

RAMPELBERG (R.-M.), « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 51 et s.

RANIERI (F.)

-« Verwirkung et renonciation tacite, Quelques remarques de droit comparé », in *Mél. D. Bastian*, t. 1, *Droit des sociétés*, Litec, 1974, p. 427 et s.

-« Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law », *RIDC*, 1998, n° 4, p. 1055 et s.

-« Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université de Paris V le 13 janv. 2000, (ss dir. de) M. Béhar-Touchais, Economica, 2001, p. 25 et s.

RASKIN (E.), « L'estoppel ou l'accrétion d'une loyauté processuelle consacrée », *GP*, 20 janv. 2013, n° 20, p. 14 et s.

RAY (J.-E.), « Fidélité et exécution du contrat de travail », *RDS*, 5 mai 1991, p. 376 et s.

RÉMY (Ph.)

-« Critique du système français de la responsabilité civile », *Droit et culture*, 1996, p. 31 et s.

-« La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323 et s.

-« Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mél. P. Couvrat. La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 121 et s.

-« Pour ou contre une clause générale de responsabilité délictuelle », in *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays Bas et en France*, LGDJ, 2005, p. 59 et s.

RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 1^{er} janv. 2005, n° 1, p. 13 et s.

REVET (Th.)

-« Objectivation ou subjectivation du contrat, Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'Université de Lille I, (ss. dir. de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, D., 2003, p. 83 et s.

-« L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC*, 1^{er} avr. 2004, n° 2, p. 579 et s.

-« Propos introductifs », in *Les prérogatives contractuelles*, coll. *RDC*, mardi 30 nov. 2010, *RDC*, 1^{er} avr. 2011, p. 639 et s.

-« Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.*, 11 juin 2015, n° 21, p. 1217 et s.

RIEG (A.), « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *APD*, t. 13, 1968, p. 41 et s.

ROBIN (C.), « La *mora creditoris* », *RTD Civ.*, 1998, p. 607 et s.

ROBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, 1^{er} déc. 2005, n° 6, p. 695 et s.

ROCHFELD (J.)

-« Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Et. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

-« Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, (ss. dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, D., 2003, p. 213 et s.

-« Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 47 et s.

-« Le solidarisme à la mode européenne : vers une obligation d'information sur les risques d'atteintes graves à un droit fondamental en raison de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat », *RDC*, avr. 2013, p. 837 et s.

RODIÈRE (R.), « Études sur la dualité des régimes de responsabilité. Première partie- La réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *JCP G*, 1950, I, n° 861.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), « A propos du défaut de diligence », in *Mél. J. Vincent*, D., 1981, p. 9 et s.

RONGEAT-UDIN (F.), et OUDIN (M.), « La réception des Principes UNIDROIT par la Lex Mercatoria : l'exemple de la bonne foi », *RDAL*, 1^{er} déc. 2009, n° 6, p. 697 et s.

ROUBIER (P.)

-« Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, t. 3, 1957, p. 1 et s.

-« Les prérogatives juridiques », *APD*, 1960, p. 74 et s.

ROUHETTE (R.)

-« La force obligatoire du contrat », rapp. Français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 27 et s.

-« Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Mél. R. Rodière*, p. 247 et s.

-« Éléments d'une doctrine du contrat chez Bruno Oppetit », in *Et. B. Oppetit*, Litec, 2010, p. 573 et s.

ROUVIÈRE (F.)

-« La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA*, 31 juill. 2009 n° 152, p. 7 et s.

-« L'obligation comme garantie », *RTD Civ.*, 2011, p. 1 et s.

SACCO (R.), « A la recherche de l'origine de l'obligation », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 33 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le défaut de convocation du dirigeant était une fin de non-recevoir...il ne l'est plus ! », *Dr. et patr.*, 1^{er} sept. 2009, n° 184, p. 115.

SALEILLES (R.), « Exception de refus de paiement ou exception non adimpleti contractus », *Ann. dr. com.* 1892 et 1893.

SALLÉ DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *RTD Civ.*, 1933, p. 1037 et s.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC*, 1^{er} oct. 2013, n° 2013/4, p. 1643 et s.

SAUTEL (O.), « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », *D.*, 1999, p. 487 et s.

SAVAUX (É.)

-« La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD Civ.*, 1999, p. 1 et s.

-« La notion de théorie générale, son application en droit des contrats, Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 4 et s.

SAVAUX (É.) et SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mél. Aubert*, D., 2004, p. 271 et s.

SÉRIAUX (A.), « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, *Ét. J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 777 et s.

SERLOOTEN (P.), « Vers une responsabilité professionnelle ? », in *Mél. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805 et s.

SÈVE (R.), « L'obligation et la philosophie du droit moderne », *APD*, t. 44, 2000, p. 87 et s.

SEUBÉ (J.-B.), « La clause résolutoire ne sanctionne que le manquement à des obligations expressément stipulées », *RDC*, 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 173 et s.

SIMLER (Ph.), « La renonciation par la caution au bénéfice de l'art. 2037 [aujourd'hui article 2314], C. civ. », *JCP G*, 1975, 1, 2711.

SLIM (H.), « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extracontractuelle », in *La responsabilité pour faute*, *RCA*, 2003, chr. n° 18.

STARCK (B.), « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.*, 1974, chron. 157.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

-« La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, (ss dir. de) P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 384 et s.

-« Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier Lamy, Dr. et pat., 2004, n° 126, p. 55 et s.

-« La rupture du contrat », in *Le contrat*, *TAHC*, journées brésiliennes, t. LV, 2005, p. 803 et s.

-« La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, avr. 2007, p. 587 et s.

-« Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2009, n° 1, p. 333 et s.

TALLON (D.)

-« Les remèdes », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 271 et s.

-« La résolution du contrat aux torts réciproques », in *Mél. Freyria*, 1992, p. 232 et s.

-« Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 429 et s.

-« L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.* 1994, p. 223 et s.

-« La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mél. Sayag* 1997, p. 403 et s.

-« L'article 1184 du Code civil, un texte à rénover ? », in *Université Panthéon-Assas, Clés pour le siècle*, D., 2000, p. 253 et s.

TERRÉ (F.)

-« Sur la sociologie juridique du contrat », *APD*, t. 13, 1968, p. 71 et s.

-« Présentation », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 9 et s.

-(ss dir. de) *Pour une réforme du droit des contrats*, D., coll. thèmes et commentaires, 2008.

THIBIERGE-GUELFUGCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, n° 2, 1997, p. 357 et s.

TIFFREAU (P.), « Le silence et le contrat d'assurances », *RGAT*, 1989, p. 761 et s.

TITONE (T.), **COULON (F.)**, et **DARY (M.)**, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E*, n° 23, 9 juin 2001, 1435, p. 25 et s.

TOSI (J.-P.), « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Mél. M. Gobert*, *Economica*, 2004, p. 479 et s.

TRIGEAUD (J.-M.)

- « Justice et fidélité dans les contrats », *APD*, vol. 28, 1983, S., p. 207 et s.
- « Convention », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *APD*, S., 1990, p. 13 et s.
- VASSEUR-LAMBRY (F.)**, « La bonne foi dans les relations individuelles de travail », *LPA*, 17 mars 2000, p. 7 et s.
- VEDEL (G.)**, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*, 1950, I, 851, n° 4 et s.
- VIDAL (J.)**, « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970 : le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP G*, 1971, I, 2390, n° 16 à 18.
- VILLEY (M.)**
 - « Eros et décadence du volontarisme juridique », in *APD, Le rôle de la volonté dans le droit*, 1957, p. 87 et s.
 - « Contre l'humanisme juridique », *APD*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, S., 1968, p. 199 et s.
 - « Métamorphoses de l'obligation », *APD*, t. 15, S. 1970, p. 287 et s.
 - « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ*, 1981, p. 166 et s.
- VINEY (G.)**
 - « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.*, 1994, p. 301 et s.
 - « chronique Responsabilité civile », *JCP G*, 1994, I, 3773.
 - « La responsabilité contractuelle en droit français », in *Il contratto inadempnato, Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, 24-27 settembre 1997, a cura di Letizia Vacca*, G. Giappichelli editore-Torino, 1997, p. 135 et s.
 - « La responsabilité contractuelle en question », in *Ét. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 921 et s.
 - « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 167 et s.
 - « Cohérence et responsabilité civile », *RDC*, 1^{er} juill. 2009, n° 2009/3, p. 1019 et s.
- VIVANT (M.)**, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, (ss dir. de) MESTRE (J.), PUAM, 1990, p. 101 et s.
- WICKER (G.)**
 - « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (ss dir. de) Rémy-Corlay (P.), Fenouillet (D.), Paris, *D.*, 2003, p. 151 et s.
 - « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Mél. Y. Serra*, Paris, *D.*, 2006, p. 455 et s.
 - « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC*, 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 593 et s.
 - « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Et. B. Oppetit*, Litec, 2010, p. 691 et s.

-« La suppression de la cause et les solutions alternatives », *in La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, (ss dir. de) R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud, Société de législation comparée, 2015.

-« La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557 et s.

WICKER (G.) et SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « Les actions ouvertes aux créanciers », *JCP G*, sup. n° 21, 25 mai 2015, p. 68 et s.

WIEDERKEHR (G.), « La légitimité de l'intérêt pour agir », *in Mél. S. Guinchard*, D., 2010, p. 877 et s.

WILLMANN (Ch.)

-« La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E*, 1999, n° 21, p. 900 et s.

-« Violence, contrat et religion », *D.*, 2000, p. 76 et s.

WITZ (Cl.), « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 50 et s.

XAVIER-LUCAS (F.), « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », *in Liberté et droits fondamentaux*, (ss dir. de) R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Paris, D., 11^e éd. 2005, p. 781 et s.

ZAKI (M.-S.), « Définir l'équité », *APD*, t. 35, 1990, p. 87 et s.

B. DROITS ETRANGERS

1. Droit allemand

JUNG (P.), « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », *in La confiance, 11^e journées bilatérales franco-allemandes*, Paris, 22 et 23 nov. 2012, société de législation comparée, 2013, p. 31 et s.

KLINGMÜLLER (E.), „Einfluss des Verhaltens des Versicherten auf die vertraglich zugesagte Gefahrtragung“, *in AIDA, 2. Veltkongress für Versicherungsrecht, IV*, Karlsruhe, 1967, p. 77 et s.

KRAMPE (Ch.), « Obligation comme bien, Droit français et allemand », *in L'obligation*, *APD*, t. 44, 2000, p. 205 et s.

MÄSCH (G.), « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », *RDC*, 1^{er} oct. 2013, n° 2013/4, p. 1643 et s.

SCHIRMER (H.), „Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten“, *in Festschrift für Reimer Schmidt*, Karlsruhe, 1976, p. 821 et s.

SIEG (K.), „Auskunftspflichten und – obliegenheiten des Versicherungsnehmers“, *Zeitschr. Für die ges. Versicherungswissenschaft*, 1993, p. 325 et s.

STAUDER (B.), « Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets corporels en droit allemand de la vente », *in Les ventes internationales de marchandises. Problèmes juridiques d'actualités*, Colloque Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Faculté d'Aix en Provence, 7-8 mars 1980, *Economica*, 1981, p. 123 et s.

2. Droit anglais

ELLAND-GOLDSMITH (M.), « La 'mitigation of damages' en droit anglais », *RDAI*, 1987, p. 347 et s.

OGUS (A.-I.), « Les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (ss dir. de) D. Tallon et D. Harris, LGDJ, 1987, p. 299 et s.

3. Droit argentin

SALERNO (M.-U.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport argentin », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 233 et s.

4. Droit belge

BAZIER (P.), « Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit », *RGDC*, 2012, p. 396 et s.

CAUFFMAN (C.), « Pour la résolution partielle ! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle », in *Droit des contrats. France, Belgique*, 1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 155 et s.

CLEVENBERGH (O.), « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'action : une "incombance" conventionnelle », *RDCB*, 1^{er} nov. 2013, n° 9, p. 838 et s.

DE CONINCK (B.), « La mise en demeure, Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 135 et s.

DE RODE (H)

-« Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance: charge de la preuve et validité », *Bull. Ass.-De Verz.* 1996, 575-593.

-« La notion de déchéance et la faute intentionnelle », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Academia Bruylant, 1998.

ERNST (A.-N.-J.), « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? », *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, t. 1, 1826, p. 250 et s.

FONTAINE (M.)

-« Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles* par X. Dieux, M. Fontaine, P.-A. Foriers, F.-T. Kint, C. Parmentier et P. Van Ommeslaghe, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 163 et s.

-« Les contrats internationaux à long terme », in *Et. R. Houin*, D., 1985, p. 263 et s.

-« Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-La Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 151 et s.

-« Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, *Et. J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 347 et s.

-« Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Waterloo, Kluwer, 2004, p. 305 et s.

FORIERS (P.-A.), « Décharge – réception – quittance », in *La fin du contrat*, Journée d'étude organisée par la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Het Vlaams Peitgenootschap bij de Balie te Brussel et l'Ass. belge des juristes d'entreprise, Abje, Bvbj et Cjb, Bruxelles, 1993, p. 113 et s.

GLANSDORFF (F.), « Dans quelle mesure le droit permet-il de se comporter de manière incohérente ? », *Journ. Procès*, 1990, n° 177, p. 32 et s.

GLANSDORFF (F.), et **DALCQ (C.)**, « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », in *Mél. P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 71 et s.

HOUBBEN (M.)

-« La déclaration de sinistre au sens de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre : nature juridique et sanctions », note sous Mons, 17 janv. 2007, *RGDC*, 2010, p. 184 et s.

-« L'exigence d'action à « bref délai » en matière de garantie des vices cachés : comparaison entre vente, bail et entreprise », *RGDC*, 2011, p. 283 et s.

PERILLEUX (J.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport belge », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 237 et s.

PHILIPPE (D.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 61 et s.

SAMOY (I.), « La dissolution des contrats multipartites. Vers une reconnaissance générale de la résolution partielle temporelle, matérielle et personnelle, grâce au critère de l'(in)divisibilité et fondée sur la fonction modératrice de la bonne foi », in *Questions spéciales du droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 195 et s.

STIJNS (S.)

-« Abus, mais de quel(s) droit(s) ? *Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels* », *JT*, 1990, p. 33 et s.

-« La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre, Rapport belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (ss dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 513 et s.

STIJNS (S.) et **SAMOY (I.)**, « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport belge », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, (ss dir. de) P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 341 et s.

STORME (M.), « Quelques aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances », *Bull. Ass.- De Verz.* 1990, n° 292, p. 444 et s.

VAN OMMESLAGUE (P.)

-« L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? » *RD Com.* 1987, p. 101 et s.

-« Examen de la jurisprudence (1974 à 1982), Les obligations (suite) » *RCJB*, 1988, n° 1, p. 33 et s.

-« La bonne foi dans les relations entre particuliers, dans la formation du contrat, Rapport Général », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 25 et s.

-« La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Et. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 881 et s.

VAN RYN (J.), DIEUX (X.), « La bonne foi dans le droit des obligations », *JT*, 1991, p. 289 et s.

VAN ZUYLEN (J.), « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Ann. Dr.*, 2011, p. 335 et s.

WÉRY (P.)

-« L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge Paris I- Louvain la Neuve, (dir. de) M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 205 et s.

-« Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Ph. Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 132 et s.

-« L'article 1370 du Code civil et la nomenclature des sources des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, de Keure-la Charte, 2007, p. 9 et s.

5. Droit brésilien

WALD (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport brésilien », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 251 et s.

6. Droit italien

LANTELLA (L.), « Note semantiche sulle definizioni di « obligatio », *Studi Grosso*, IV, 1971, p. 202 et s.

SACCO (R.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport italien », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 133 et s.

7. Droit japonais

KITAMURA (I.), MORITA (H.), OMURA (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport japonais », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 301 et s.

8. Droit néerlandais

DANKERS-HAGENAARS (D.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport néerlandais », in *La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 311 et s.

STORME (M. E.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport néerlandais », *in La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 163 et s.

9. Droit polonais

POPIOTEK (W.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport polonais », *in La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 325 et s.

10. Droit portugais

MENEZES- CORDEIRO (A.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport portugais », *in La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 337 et s.

11. Droit québécois

LLUELLES (D.), « La bonne foi dans l'exécution des contrats et la problématique des sanctions », *Revue du barreau canadien*, 2004, vol. 82, p. 181 et s.

12. Droit suisse

SHÖNLE (H.), « La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport suisse », *in La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 193 et s.

STAUDER (B. et H.), « *Conformité et garantie en droit suisse de la vente* », *in Les ventes internationales de marchandises. Problèmes juridiques d'actualités*, Colloque Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires, Faculté d'Aix en Provence, 7-8 mars 1980, Economica, 1981 p. 161 et s.

YUNG (W.), « Devoirs généraux et obligations », *in Mél. Schönenberger*, Fribourg, 1968, p. 163 et s.

13. Droit turc

OGUZMAN (K.), POROY (R.), « La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport turc », *in La bonne foi*, TAHC, journées louisianaises, t. 43, Litec, 1992, p. 351 et s.

IV. ARTICLES D'ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

ALBIGES (Ch.), « Équité », *Rép. Civ. D.*, sept. 2011.

DROSS (W.), *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2^e éd., 2011.

ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 4^e éd., 2001.

ESPAGNON (M.), « Droit à réparation, Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle, Généralités, Domaine des responsabilités délictuelle et contractuelle entre contractants », *Jcl. civ.*, art. 1146 à 1155, Fasc. 16-10, LexisNexis, nov. 2012.

BARRET (O.), « Promesse de vente », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015.

BOUT (R.), « Obligation naturelle », *Rép. Civ. D.*, mars 2013.

BOUCARD (H.), « Responsabilité contractuelle », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015.

CADIET (L.) et LE TOURNEAU (Ph.), « Abus de droit », *Rép. Civ. D.*, juin 2015.

CERIT de Nancy, « Clauses de dédit-formation », *Bull. soc. Fr. Lefebvre*, 1990, p. 569 et s.

DELEBECQUE (Ph.), « Clauses d'allègement des obligations », *Jcl. Contrats-Distribution*, fasc. 110, LexisNexis, avr. 2012.

DESHAYES (O.), « L'exception d'inexécution », *Rép. Civ. D.*, janv. 2011.

FAUCHÈRES (J.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Rép. Civ. D.*, 1979.

HOUTCIEFF (D.), « Cautionnement », *Jcl. Encyclopédie des Huissiers de Justice*, Fasc. 20, LexisNexis, juill. 2015.

JOURDAIN (P.), « Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Imputabilité », *Jcl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 121-10, LexisNexis, 3 juin 2015.

LE GOFFIC (C.), « Procédés de désorganisation, Débauchage de personnel », *Jcl. Concurrence-Consommation*, fasc. 223, LexisNexis, 2014.

LÉGIER (G.), « Responsabilité contractuelle », *Rép. Civ. D.*, août 1989.

LE TOURNEAU (Ph.) et POUMARÈDE (M.)
 -« Bonne foi », *Rép. Civ. D.*, oct. 2014.
 -« Contrats et obligations, Classification des obligations, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat et l'obligation de sécurité », *Jcl. civ., Art. 1136 à 1145*, fasc. 30, LexisNexis, juin 2015.

LICARI (F.-X.), *Lamy Droit des sûretés*, Fasc. 520-41, sept. 2008.

OPHÈLE (C.), « Cession de créance », *Rép. Civ. D.*, oct. 2014.

PÉTEL-TEYSSIÉ (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Rép. Proc. civ. D.*, juin 2013.

PETIT (B.) et ROUXEL (S.), « Contrats et obligations, Obligation d'information », *Jcl. civ., Art. 1136 à 1145*, fasc. 50, LexisNexis, juin 2015.

PICOD (Y.)
 -« Obligations », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015.
 -« Contrats et obligations, Effet obligatoire des conventions, Exécution de bonne foi des conventions », *Jcl. civ., Art. 1134 et 1135*, fasc. unique, LexisNexis, juin 2015.

PICOD (Y.) et ROBINNE (S.), « Concurrence (Obligation de non-concurrence) », *Rép. de Droit du travail*, juin 2015.

RADÉ (C.), « Droit à réparation, Conditions de la responsabilité contractuelle, Dommage », *Jcl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 170, août 2014.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « Déchéance », *Rép. Civ. D.*, 1971.

ROUVIÈRE (F.), « Cession de dette », *Rép. Civ. D.*, avr. 2015.

SIMLER (Ph.), « Cautionnement, Extinction par voie principale, Bénéfice de cession d'actions ou de subrogation, Déchéance pour défaut de proportionnalité », *Jcl. civ., Art. 2288 à 2320*, Fasc. 70, LexisNexis, juin 2015.

STORCK (M.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires », *Jcl. civ., Art. 1184*, Fasc. 49-2, LexisNexis, oct. 2013.

TAISNE (J.-J.), « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition », *Jcl. civ., Art. 1175 à 1180*, fasc. 44 à 46, LexisNexis, 24 janv. 2011.

V. DICTIONNAIRES

Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, (ss dir. de) M. Canto-Sperber, PUF, 2004.

Dictionnaire des concepts philosophiques, (ss dir. de) M. Blay, Larousse in extenso, 2013.

Dictionnaire juridique français-allemand et allemand-français, (ss dir. de) R. Piccard (R.), E. Thilo, et E. Steiner, Zurich Schulthess et C^o A., 1950.

Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, (ss dir. de) A. Rey, 2001.

Glossaire genevois ou recueil étymologique des termes dont se compose le dialecte de Genève avec les principales locutions défectueuses en usage dans cette ville, Genève et Paris, 2^{ème} éd., 1827.

Grand Dictionnaire universel Allemand, Harrap's, 1^{er} éd., 2012.

Vocabulaire juridique, (ss dir. de) G. Cornu, Ass. H. Capitant, quadrige, 10^{er} éd., 2014.

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, (ss dir. de) A. Lalande, Quadrige, PUF, 3^{er} éd., 2010.

VI. OUVRAGES PHILOSOPHIQUES, SOCIOLOGIQUES ET RELIGIEUX

La Bible, Ancien Testament, I, trad. Œcuménique, texte intégral, Le Livre de Poche, Société Biblique Française et éd. du Cerf, Paris, 1978.

ARISTOTE, *Éthique de nicomaque*, trad., préf. et notes par J. Voilquin, éd. Garnier Flammarion, 1965.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, 1979.

BENTHAM (J.), *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t.1, *Traité de législation civile et pénale*, trad. E. Dumont, Bruxelles, 3^{ème} éd., 1840.

BENTHAM (J.)

-*Déontologie ou Science de la morale*, prés. F. Dagognet, encre marine, 2006.

-*Introduction aux Principes de la morale et de la législation*, Librairie philosophique J. Vrin, 2011.

BOURGEOIS (L.), *La solidarité*, Septentrion, 1998.

CANTO-SPERBER (M.), et **OGIEN (R.)**, *La philosophie morale*, PUF, 1^{er} éd., 2004.

CICÉRON

-*De officiis*, [Des devoirs, (44-43 av. J.-C.)], Les Belles Lettres, 1^{er} éd., 2014.

-*De finibus*, [Des fins des biens et des maux, Livre III (été 45)], Les Belles Lettres, 1^{er} éd., 2002.

COMTE (A.)

-*Cours de philosophie positive*, Hermann, 1975.

- Discours sur l'esprit positif*, préf. J. Vrin, Paris, Librairie philosophique, 1995.
- D'AGUESSEAU (H.-F.)**, *Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes*, Œuvres 1977.
- DELATTRE (M.)**, *Le devoir*, Paris, Quintette, 1991.
- FREYBURGER (G.)**, *Fides, Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Les belles lettres, 1986.
- GODIN (Ch.)**, *La justice*, Questions de philosophie, éd. du temps, 2001.
- HALEVY (E.)**, *La formation du radicalisme philosophique*, t. I, PUF, 1995.
- HEGEL (G.W.F.)**
 -*Phénoménologie de l'esprit*, t. 2, Folio Essais, 2002
 -*Principes de la philosophie du droit*, PUF, 2^e éd., 2003.
- KANT (E.)**
 -*La critique de la raison pratique*, GF Flammarion, 2003.
 -*Les fondements de la métaphysique des mœurs*, Nathan, 2010.
- LE SENNE (R.)**, *Traité de morale générale*, PUF, 1942.
Les stoïciens, trad. par E. Brehier, (ss. dir. de) P.-M. Schuhl, Gallimard, 1962.
- PLATON**
 -*La République*, trad. et prés. par G. Leroux, GF Flammarion, Paris, 2004.
 -*Le Gorgias*, Nathan, 2007.
- RAWLS (J.)**, *Théorie de la justice*, Points, 2009.
- ROUSSEAU (J.-J.)**, *Du contrat social*, Garnier Flammarion, 1966.
- SAINT THOMAS D'AQUIN**
 -*Du gouvernement royal*, livre II, chap. II, trad. M. Senellart, in *Machiavélisme et raison d'État*, coll. Philosophies, PUF, 1989
 -*Somme Théologique*, trad. fr. par A. M. Roguet, Cerf, 4 t., 1984-1986.
- VILLEY (M.)**, *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit*, Précis D., 4^e éd., 1986.

VII. ARRETS CITES ET NOTES SOUS ARRETS

JURISPRUDENCE FRANCAISE

Juridictions de droit privé

- Cass. civ., 12 juill. 1852, *DP*, 1852, 1, 202.
 Cass. req., 26 juin 1860, *DP*, 1860, 1, 440.
 Cass. civ., 12 juill. 1864, *DP*, 1864, 1, p. 376.
 Cass. civ., 29 nov. 1865, *S.*, 1966, 1, 21, *D.* 1966, 1, 27.
 CA Rouen, 23 janv. 1867, *S.*, 1867, 2, p. 218.
 Cass. civ., 2 avr. 1872, *DP*, 1872, 1, 363.
 Cass. civ., 1^{er} mai 1872, *DP*, 1872, 1, p. 112.
 Cass. civ., 19 nov. 1872, *S.*, 1873, 1, p. 193.
 CA Paris, 27 mars 1873, *DP*, 1874, 2, 129, *S.*, 1874, 1, 477.
 Cass. req., 5 janv. 1876, *D.* 1876, I, p. 267.

CA Poitiers, 1^{er} févr. 1881, *S.*, 1881, 2, p. 27.
 Cass. civ., 14 avr. 1891, *DP*, 91, 1, 329, note PLANIOL (M.), *S.*, 1894, 1, 391, *Grands arrêts*, n° 176.
 CA Paris, 27 mars 1895, *DP*, 1895, 2, p. 319.
 Cass. req., 23 févr. 1898, *D.*, 1898, 1, p. 159.
 Cass. civ., 2 juill. 1900, *DP*, 1901, 1, p. 294.
 Cass. req., 2 janv. 1901, *Gaz. Trib.*, 10 janv. 1901.
 Cass. req., 18 juin 1902, *D.*, 1903, 1, p. 342 et s.
 Cass. req., 18 avr. 1904, *S.*, 1904, 1, 444.
 Cass. civ., 25 avr. 1904, *DP*, 1904, 1, p. 601, note GUENEE (L.).
 Cass. civ., 28 nov. 1905, *D.*, 1909, 1, 193.
 Cass. civ., 17 janv. 1906, *S.*, 1909, 1, p. 205, *D.* 1906, 1, p. 262.
 Cass. civ., 4 janv. 1910, *DP*, 1911, 1, p. 104, *S.*, 1911, 1, p. 521.
 Cass. civ., 21 nov. 1911, *S.*, 1912, 1, p. 73, note LYON-CAEN (G.).
 Cass. civ., 5 mai 1920, *S.*, 1922, 1, 298.
 Cass. civ., 22 nov. 1921, *S.*, 1923, 1, 81.
 CA Alger, 23 juill. 1924, *RTD Civ.*, 1924, p. 995, n° 11, obs. DEMOGUE (R.).
 Cass. req., 19 janv. 1925, *DH*, 1925, 1977.
 CA Nancy, 26 juin 1925, *DP*, 1927, 2, p. 25, note LALOU (H.).
 Cass. req., 30 nov. 1926, *DP*, 1928, 1, p. 49, note JOSSERAND (L.).
 Cass. civ., 10 janv. 1928, *DP*, 1929, 1, 126.
 Cass. civ., 28 nov. 1928, *DH*, 1929, p. 2.
 Cass. civ., 15 nov. 1933, *GP*, 1934, 1, 68.
 CA Toulouse, 23 oct. 1934, *DP*, 1935, 2, p. 49.
 Cass. req., 18 déc. 1934, *GP*, 1935, 1, 271.
 Cass. req., 5 févr. 1935, *S.*, 1935, 1, 47 ; *RTD Civ.*, 1935, 648, obs. DEMOGUE (R.).
 Cass. civ., 27 juill. 1937, *D.*, 1938, 1, 5, note SAVATIER (R.) ; *S.*, 1938, 1, 321, note MARTY (G.) ; *GP*, 1937, 2, 376.
 Cass. civ., 20 avr. et 23 mai 1939, *GP*, 1939, 2, 268.
 Cass. civ., 13 juin 1939, *DH*, 1939, p. 417.
 Cass. civ., 17 déc. 1941, *DC*, 1942, 113, note CARBONNIER (J.).
 Cass. civ., 30 déc. 1941, *DH*, 1942, 98.
 Cass. civ., 20 juill. 1942, *Bull. civ.*, n° 195.
 Cass. civ., 22 févr. 1944, *D.*, 1945, p. 293, note FLOUR (J.).
 Cass. civ., 14 mai 1946, *D.*, 1946, 281.
 Cass. civ., 4 déc. 1946, *RGAT*, 1947, p. 63, *D.*, 1947, 25.
 Cass. civ., 30 nov. 1949, *GP*, 1950, 1, p. 38.
 Trib. civ. Lille, 2 déc. 1949, *D.*, 1950, p. 566 et s., note SAVATIER (R.).
 Cass. com., 24 avr. 1950, *Bull. civ.* III, n° 139, p. 97.
 Cass. civ., 24 oct. 1951, *D.*, 1952, 105, note BESSON (B.).
 T. civ. Seine, 20 févr. 1952, *D.*, 1952, p. 353.
 Cass. com., 3 déc. 1952, *Bull. civ.* n° 376.
 Cass. civ. I, 6 oct. 1953, *RTD Civ.* 1954, 138, obs. HÉBRAUD (P.).

CA Paris, 25 mars 1954, *D.*, 1954, Jur. 295 ; *JCP G*, 1954, II, 8094, obs. RODIERE (R.) ; *RTD Civ.*, 1954, 499, obs. MAZEAUD (H. et L.).

Cass. civ. II, 17 févr. 1956, *D.*, 1956, 17, note ESMEIN (P.).

Cass. civ., 14 mars 1956, *Époux Bernard*, Bull. civ. I, n° 133, p. 107.

Cass. com., 13 mars 1957, Bull. II, n° 102, *RTD com.*, 1958, p. 125 et s., obs. BECQUE (J.) et CABRILLAC (H.).

Cass. civ. I, 23 oct. 1958, Bull. civ. I, n° 448.

Cass. crim., 24 févr. 1959, *JCP G*, 1959, II, 11095, note PIERRON (J.).

Cass. civ. I, 26 oct. 1960, Bull. civ. I, n° 463.

Cass. civ. I, 16 janv. 1961, Bull. civ. I, n° 34, p. 27.

Cass. civ. I, 27 févr. 1961, Bull. civ. I, n° 128.

Cass. civ. I, 18 avr. 1961, Bull. civ. 1961, I, n° 210.

Cass. civ. II, 13 déc. 1961, n° 60-10855, Bull. II, n° 861, p. 607.

CA Paris, 13 mars 1962, *D.*, 1962, p. 458.

Cass. civ. I, 4 avr. 1962, Bull. civ. I, n° 200.

Cass. civ. II, 6 juin 1962, n° 60-13005, Bull. II, n° 500, p. 357-358, *JCP*, 1963, II, 13191, § II, 1^{ère} colonne, note MOTULSKY (H.).

Cass. civ. II, 28 nov. 1962, *GP*, 1963, 1, 163.

Cass. com., 7 janv. 1963, *Bailleux c. Jarety*, Bull. civ. III n° 16, p. 14.

Cass. civ., 10 janv. 1963, *D.*, 1963, 404.

Cass. com., 25 févr. 1964, Bull. civ. IV, n° 99.

Cass. civ. II, 4 mars 1964, n° 62-10357, Bull. II, n° 201, p. 149.

Cass. civ. I, 16 juill. 1964, Bull. Civ. I, n° 388.

Cass. civ. II, 23 oct. 1964, Bull. civ. 1964, II, n° 641.

Cass. civ. I, 30 avr. 1965, n° 63-13613, *D.*, 1965, 709.

Cass. civ. I, 7 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 519, p. 392, *D.*, 1966, somm., p. 78.

Cass. civ. I, 7 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 520, p. 393, *JCP G*, 1966, II, 14535.

Cass. com., 12 mai 1966, Bull. civ. n° 243.

Cass. com., 13 juill. 1966, Bull. civ. III, n° 338.

Cass. com., 12 janv. 1967, n° 64-12927, Bull. Civ. III, n° 30.

Cass. civ. II, 7 avr. 1967, *JCP G*, 1968, II, 15510, note DUPICHOT (J.).

Cass. com., 12 juin 1967, Bull. civ. IV, n° 239.

Cass. civ. I, 13 juin 1967, n° 64-11340.

Cass. soc., 2 nov. 1967, Bull. civ. IV, n° 747.

Cass. civ. II, 20 nov. 1968, Bull. civ. II, n° 277.

TGI Aix-en-Provence, 6 déc. 1968, *GP*, 1969, 1, p. 111 ; *RTD Civ.* 1969, p. 353, obs. CORNU (G.).

Cass. civ. I, 6 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 3.

Cass. civ. I, 4 févr. 1969, n° 67-11387.

Cass. civ. I, 7 mai 1969, n° 67-12919, *RGAT*, 1969, p. 484, note BESSON (A.).

Cass. civ. I, 1^{er} juill. 1969, Bull. civ. I, n° 260.

Cass. civ. I, 6 oct. 1969, Bull. 1969, I, n° 285, p. 225.

Cass. civ. I, 24 févr. 1970, Bull. civ. I, n° 67.

Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10276, Bull. mixte, n° 1, p. 1 ; *D.*, 1970, jur. 201, note COMBALDIEU (R.).

Cass. civ. III, 5 mars 1970, Bull. civ. III, n° 173.

Cass. civ. I, 3 juin 1970, *D.*, 1971, 373, note CHAUVEAU (P.).

Cass. com., 19 oct. 1970, n° 69-12616.

Cass. civ. III, 20 nov. 1970, Bull. civ. III, n° 624.

Cass. com., 2 févr. 1971, Bull. IV, n° 34.

Cass. civ. III, 11 févr. 1971, n° 69-12590.

Cass. civ. III, 25 févr. 1971, n° 69-13732, Bull. civ. III, n° 136.

Cass. civ. III, 5 mars 1971, Bull. civ. III, n° 175, p. 128.

Cass. soc., 24 mars 1971, Bull. civ. V, n° 238.

Cass. soc., 7 juill. 1971, Bull. civ. V, n° 520.

Cass. civ. III, 10 juill. 1971, Bull. III, n° 549.

Cass. com., 18 oct. 1971, *JCP G*, 1972, II, 17053.

Cass. civ. I, 16 nov. 1971, n° 70-11242.

TGI Chartres, 2 févr. 1972, *GP*, 1972, 1, p. 412.

Cass. soc., 3 févr. 1972, n° 70-40463, Bull. civ., V, n° 94.

Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, p. 90 ; *JCP G*, 1973, II, 17543, note SCHMIDT (J.) ; *RTD Civ.* 1972, p. 779, obs. DURRY (G.).

Cass. soc., 1^{er} juin 1972, Bull. civ., V, n° 398, p. 366.

Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12508, Bull. civ. V, n° 425.

Cass. com., 4 juill. 1972, n° 71-11194.

Cass. civ. III, 3 oct. 1972, Bull. civ., 1972, III, n° 491.

Cass. civ. III, 15 nov. 1972, n° 70-13748, Bull. civ. I, n° 607.

CA Limoges, 2^e ch., 18 janv. 1973, *JCP G*, 1973, II, 17339, note MAZEAUD (H.).

Cass. civ. I, 31 janv. 1973, Bull. civ. I, n° 40.

Cass. civ. III, 6 mars 1973, n° 72-10454.

CA Rouen, 18 mai 1973, *D.*, 1973, 752 ; *RTD Civ.* 1974, 164, obs. CORNU (G.).

Cass. civ. I, 13 juin 1973, n° 72-12148.

Cass. civ. III, 13 juin 1973, n° 71-11675.

Cass. civ. III, 16 oct. 1973, *Epx Rémond c. Epx Rouillard*, Bull. civ. III, n° 529, p. 386.

Cass. com., 19 nov. 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 329.

Cass. com., 21 janv. 1974, n° 72-12982, *GP*, 1975, 1, jur., p. 21, note LACHAUD (J.).

Cass. com., 5 févr. 1974, n° 72-12990.

Cass. civ. III, 23 avr. 1974, n° 73-11437.

Cass. com., 6 mai 1974, *JCP G*, 1974, II, 17859, note BURST (J.-J.).

Cass. com., 10 juill. 1974, Bull. IV, n° 227.

Cass. com., 21 oct. 1974, n° 73-11099.

Cass. soc., 13 févr. 1975, Bull. civ. V, n° 69, p. 66.

Cass. civ. I, 9 avr. 1975, *RGAT*, 1976, 186 ; *RTD Civ.* 1976, p. 781 et s., n° 5, note DURRY (G.).

Cass. civ. I, 21 mai 1975, n° 74-10.361, Bull. civ. I, n° 165 ; *RGAT*, 1976, p. 175, note BESSON (A.).

Cass. civ. I, 27 mai 1975, *RGAT*, 1976, 67, note BESSON (A.) ; *RTD Civ.* 1976, 781, obs. DURRY (G.).

Cass. civ. I, 22 oct. 1975, n° 74-13217.

Cass. civ. I, 17 févr. 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 68.

Cass. civ. I, 12 avr. 1976, *Bull. civ.* I, p. 98.

Cass. civ. I, 11 mai 1976, *D.*, 1978, 269, note TAISNE (J.-J.) ; *Defr.* 1977, 456, obs. AUBERT (J.-L.).

Cass. civ. III, 12 mai 1976, *Bull. civ.* III, n° 203.

Cass. civ. I, 25 mai 1976, n° 75-10186.

Cass. civ. III, 31 mai 1976, n° 75-10509.

Cass. civ. III, 29 juin 1976, *Sté Sinvemi*, *Bull. civ.* III, n° 465, *RTD Civ.*, 1977, 340, obs. CORNU (G.).

Cass. civ. III, 15 déc. 1976, *Jacquet c. Serre*, *Bull. civ.* III, n° 465, p. 354.

Cass. com., 21 mars 1977, *Bull. civ.* 1977, IV, n° 89.

Cass. civ. III, 11 juill. 1977, *Bull. civ.* III, n° 306, *GP*, 1977, 2, pan. p. 364.

Cass. soc., 25 janv. 1978, *D.*, 1978, 259.

Cass. civ. III, 1^{er} févr. 1978, n° 76-12490.

Cass. civ. I, 15 févr. 1978, *Def.*, 1978, art. 31860, p. 1350, obs. AUBERT (J.-L.).

Cass. civ. III, 15 févr. 1978, *Bull. civ.* III, n° 82.

Cass. soc., 21 févr. 1978, *D.*, 1978, IR, 387.

Cass. com., 12 juin 1978, *D.*, 1979, inf. rap., p. 144.

Cass. civ. I, 14 juin 1978, n° 77-10384.

Cass. civ. III, 12 oct. 1978, n° 77-11740.

Cass. civ. III, 30 oct. 1978, *JCP G*, 1979, II, 19178, note GHESTIN (J.).

Cass. civ. I, 10 janv. 1979, *Bull. civ.* I, n° 17, p. 13.

Cass. civ. III, 6 févr. 1979, *Bull. civ.* III, n° 34.

Cass. com., 19 juin 1979, *D.*, 1979, inf. rap. 538.

Cass. civ. I, 20 juin 1979, *Bull. civ.* n° 190.

Cass. com., 2 oct. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 241, p. 195.

Cass. soc., 10 oct. 1979, *D.*, 1980, IR, 110.

Cass. civ. I, 26 févr. 1980, n° 78-15824.

Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-15051, *Bull. civ.* IV, n° 166.

Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16463.

Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16462, *Bull. civ.* IV, n° 167.

Cass. com., 7 mai 1980, n° 77-14009.

Cass. soc. 8 juill. 1980, *Bull. civ.* V., n° 617.

CA Paris, 20 oct. 1980, *JCP G*, 1981, II, 19602, concl. JEOL (M.), note TERRÉ (F.) ; *D.* 1981, Jur. 44, concl. JEOL (M.) ; *Rev. soc.*, 1980, 774, note VIANDIER (A.).

TGI Rouen (1^{ère} ch.), 15 janv. 1981, *GP*, 1982, 1, somm., p. 7.

Cass. com., 20 janv. 1981, n° 79-16521, *Bull. civ.* IV, n° 41.

Nancy (ord. Conseiller mise en état), 11 févr. 1981 ; *JCP G*, 1982, IV, 208 ; *RTD Civ.* 1982, 654, obs. PERROT (R.).

Cass. civ. I, 18 févr. 1981, *GP*, 1981, 2, pan. 174, obs. CHABAS (Ch.).

Cass. soc., 3 avr. 1981, Bull. civ. V, n° 250.
 Cass. civ. I, 13 mai 1981, n° 80-10876.
 Cass. com., 27 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 252.
 Cass. civ. I, 2 juin 1981, *JCP G*, 1982, II, 19912, note DEJEAN DE LA BATIE.
 Cass. civ. II, 1^{er} juill. 1981, *GP*, 1981, 751, note VIATTE (J.).
 Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981 ; *GP*, 1981, 627, note VIATTE (J.) ; *D.* 1981, 637, concl. CABANNES (J.) ; *RTD Civ.*, 1981, 677, obs. NORMAND (J.) et 905, obs. PERROT (R.) ; *RTD Com.*, 1981, 721, obs. BÉNABENT (A.) et DUBARRY (J.-Cl.) ; chron. BÉNABENT (A.), *D.*, 1982, 55.
 Cass. civ. II, 2 oct. 1981, *GP*, 1982, 1, 107, note VIATTE (J.).
 Cass. civ. III, 14 oct. 1981, Bull. civ. III, n° 158.
 Cass. com., 19 oct. 1981, n° 78-14297, *D.*, 1982, IR, p. 202, obs. SERRA (Y.).
 Cass. com., 30 nov. 1981, n° 80-11415.
 Cass. com., 21 déc. 1981, Bull. civ. IV, n° 450.
 Cass. com., 6 janv. 1982, Bull. civ. IV, n° 7.
 Cass. civ. I, 7 janv. 1982, n° 80-16530.
 Cass. soc., 30 mars 1982, Bull. civ. V, n° 232, p. 171.
 Cass. crim., 28 juin 1982, Bull. crim., n° 175.
 Cass. civ. III, 6 juill. 1982, n° 81-11711, Bull. civ. III, n° 168.
 CA Paris, 21 juill. 1982, *D.*, 1982, IR, p. 430.
 CA Paris, 14 oct. 1982, *D.*, 1983, IR, p. 494.
 CA Nancy, 29 nov. 1982, *D.* 1985, p. 354, note LAPOYADE-DESCHAMPS (Ch.).
 Cass. civ. I, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n° 361.
 Cass. com., 28 févr. 1983, n° 81-14921.
 Cass. civ. III, 22 mars 1983, Bull. civ. 1983, III, n° 81, p. 64.
 Cass. civ. I, 28 juin 1983, n° 82-11289.
 Cass. civ. I, 18 oct. 1983, Bull. civ. 1983, I, n° 237.
 Cass. com., 25 oct. 1983, Bull. civ. IV, n° 277, p. 240.
 Cass. civ. I, 26 oct. 1983, n° 82-13560.
 Cass. civ. I, 8 nov. 1983, *GP*, 1984, 1, 384, note TARABEUX (F.).
 Cass. com., 8 nov. 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 298.
 CA Aix-en-Provence, 15 déc. 1983, Bull. Aix-en-Provence 1983, n° 119.
 Cass. civ. II, 18 janv. 1984, *GP*, 1984, pan. 145, obs. GUINCHARD (S.).
 Cass. com., 18 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 24, p. 20 ; *RTD Civ.* 1985, 161, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. III, 29 févr. 1984, Bull. civ. 1984, III, n° 56, p. 42.
 CA Bordeaux, 1^{er} mars 1984, *JCP N*, 1984, II, p. 153, note RAFFRAY (J.-G.).
 Cass. civ. I, 20 mars 1984, n° 82-16653.
 Cass. com., 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115 ; *RTD Com.* 1985, p. 91, obs. BÉNABENT (A.) et DUBARRY (J.-C.).
 Cass. civ. I, 3 avr. 1984, n° 83-10195.
 CA Paris, 15 juin 1984, Bull. avoués 1984, n° 91, p. 97.
 Cass. civ. I, 2 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 241, p. 204.

Cass. civ. III, 21 nov. 1984, Bull. civ. III, n° 196, p. 152.
 Cass. civ. I, 19 janv. 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 308.
 Cass. civ. I, 5 févr. 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 54.
 CA Paris, 2^e ch. B, 6 févr. 1985, J.-D. n° 1985-021097.
 Cass. civ. II, 20 juin 1985, n° 83-14776, Bull. civ. II, n° 123.
 Cass. civ. I, 3 juill. 1985, Bull. civ., I, n° 211, *JCP G*, 1986, IV, 320.
 Cass. civ. II, 9 oct. 1985, Bull. civ. 1985, II, n° 147, p. 97.
 Cass. soc., 13 nov. 1985, Bull. civ. V, n° 524, p. 381.
 Cass. civ. I, 19 nov. 1985, Bull. civ. I, n° 308, *RTD Civ.*, 1986, 771, obs. HUET (J.).
 Cass. com., 3 déc. 1985, Bull. civ. 1985, IV, n° 287.
 Cass. civ. III, 16 avr. 1986, *SA COFRAR C. Dame Coudret et autres*, *GP*, 1986, 2, pan. jurispr., p. 223.
 Cass. crim., 22 mai 1986, Bull. crim. n° 167.
 Cass. com., 27 mai 1986, *RTD Civ.*, 1987, p. 88, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 10 juin 1986, Bull. civ. I, n° 164.
 CA Paris, 18 juin 1986, *Lustucru*, Bull. Joly, 1986, 853, note LE CANNU (P.).
 Cass. civ. II, 9 juill. 1986, *JCP G*, 1986, IV, p. 278.
 Cass. civ. I, 22 juill. 1986, *Aguini c. Amoretti*, Bull. civ. I, n° 223, p. 212.
 Cass. com., 28 oct. 1986, Bull. civ. IV, n° 185, p. 169.
 Cass. crim., 9 oct. 1986, n° 85-91040.
 Cass. com., 6 janv. 1987, n° 85-16823, Bull. civ. IV, n° 7.
 Cass. civ. III, 8 avr. 1987, n° 85-17596.
 Cass. civ. I, 28 avr. 1987, n° 85-13674, Bull. civ. I, n° 134.
 Cass. civ. III, 29 avr. 1987, n° 84-17021, Bull. civ. III, n° 93, *RTD Civ.* 1988, p. 536, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 19 mai 1987, Bull. civ. I, n° 154.
 Cass. civ. III, 27 mai 1987, Bull. civ. III, n° 108, *GP*, 1987, II, pan. 212, *RTD Civ.* 1988, 121, obs. MESTRE (J.).
 Cass. com., 7 juill. 1987, n° 85-17598.
 Cass. civ. I, 16 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 230.
 Cass. soc., 5 nov. 1987, Bull. civ. V, n° 619.
 Cass. civ. III, 16 déc. 1987, n° 86-14417.
 Cass. civ. II, 10 févr. 1988, n° 86-18190, *JCP G*, 1988, IV, 143 ; *RTD Civ.* 1988, 577, obs. PERROT (R.).
 Cass. civ. III, 13 avr. 1988 ; *JCP G*, 1989, II, 21302, note MARTIN (R.) ; *RTD Civ.* 1989, p. 743, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 26 avr. 1988, *RGAT*, 1989, p. 123, note KULLMANN (J.).
 Cass. com., 3 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 150.
 Cass. civ. III, 18 mai 1988, *D.*, 1988, IR, p. 154.
 Cass. civ. I, 25 mai 1988, n° 86-16760, Bull. civ. I, n° 149.
 Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-16937, Bull. civ. IV, n° 189, *RTD Civ.*, 1989, p. 71, obs. MESTRE (J.).
 Cass. soc., 9 juin 1988, n° 85-40571.

Cass. civ. I, 21 juin 1988, n° 86-18556.
 Cass. civ. I, 28 juin 1988, n° 86-11005.
 Cass. com., 28 juin 1988, *JCP G*, 1988, IV, 319.
 Cass. civ. I, 15 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 319.
 CA Versailles, 9 févr. 1989, *Banque*, 1989, p. 863, note RIVES-LANGE (J.-L.).
 Cass. civ. I, 21 févr. 1989, n° 87-13223.
 Cass. civ. I, 7 mars 1989, n° 86-13563 et 86-14995.
 Cass. civ. I, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118.
 Cass. civ. I, 7 mars 1989, n° 87-10266.
 Cass. com. 7 mars 1989, n° 87-17212, Bull. civ. IV, n° 79.
 CA Paris, 10 mars 1989, *GP*, 1989, I, p. 544, note JAMIN (C.).
 Cass. civ. I, 20 mars 1989, n° 86-14262.
 Cass. civ. I, 10 mai 1989, n° 87-14294.
 Cass. civ. I, 18 mai 1989, *RCA*, 1989, n° 267.
 Cass. civ. III, 31 mai 1989, n° 88-11435, Bull. civ. III, n° 121.
 Cass. civ. I, 7 juin 1989, Bull. civ. I, n° 232.
 Cass. civ. III, 7 juin 1989, Bull. civ. III, n° 134.
 Cass. civ. III, 20 juin 1989, *Loyers et copr.*, 1990, comm. 383.
 Cass. civ. I, 21 juin 1989, n° 86-19230.
 Cass. civ. I, 28 juin 1989, n° 86-18410, Bull. civ. I, n° 265.
 Cass. civ. I, 28 juin 1989, n° 86-19318.
 Cass. civ. I, 28 juin 1989, n° 87-20.211.
 Cass. civ. I, 28 juin 1989, *GP*, 1989, 2, pan. 171.
 Cass. civ. III, 5 juill. 1989, *JCP G*, 1989, IV, 337.
 Cass. soc., 5 juill. 1989, *D. soc.*, 1989, 829, note SAVATIER (J.).
 Cass. civ. I, 12 juill. 1989, *D.* 1989, IR, 216 ; *JCP G*, 1990, II, 21546, note DAGORNE-LABBÉ (Y.) ; *RTD Civ.*, 1990, 468, obs. MESTRE (J.) ; *Defr.* 1990, art. 34750, p. 358, obs. AUBERT (J.-L.).
 Cass. com., 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 286, p. 193.
 Cass. civ. I, 29 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 365.
 Cass. civ. I, 29 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 371.
 Cass. civ. III, 13 déc. 1989, n° 88-15823.
 Cass. civ. I, 27 févr. 1990, n° 88-12544.
 Cass. civ. I, 27 févr. 1990, n° 88-14364, Bull. civ. I, n° 52.
 Cass. com., 27 mars 1990, *JCP G*, 1990, II, 21537, note GUYON (Y.).
 Cass. com., 27 mars 1990, *D.*, 1991, p. 503, note BONNARD (J.).
 Cass. civ. I, 25 avr. 1990, Bull. civ. I, n° 87, Bull. Joly, 1990, 798, note LE CANNU (P.).
 Cass. civ. II, 28 mai 1990, Bull. civ., 1990, II, n° 11, p. 60.
 Cass. civ. I, 16 juin 1990, Bull. civ. I, n° 162.
 CA Paris, 19 juin 1990, *Cts. Tollemer c. de Bouillé, D.*, 1991, jurispr. 515, note PICOD (Y.) ; *RTD Civ.*, 1992, p. 92, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 26 juin 1990, n° 88-12937, Bull. civ. I, n° 181.
 Cass. soc., 26 sept. 1990, n° 88-41375, Bull. civ. V, n° 387.

Cass. civ. II, 10 oct. 1990, Bull. Civ. II, n° 191, p. 97.
 Cass. civ. III, 16 oct. 1990, n° 89-16185.
 Cass. com., 23 oct. 1990, Bull. civ. IV, n° 256.
 Cass. civ. I, 6 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 229, p. 165.
 Cass. civ. I, 11 déc. 1990, n° 89-15248.
 Cass. soc., 16 janv. 1991, n° 89-41052.
 Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-17899.
 Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-16446, Bull. civ. IV, n° 43.
 Cass. civ. I, 12 févr. 1991, n° 88-18149.
 Cass. civ. I, 19 févr. 1991, n° 89-19999.
 Cass. com., 26 févr. 1991, Bull. civ. IV, n° 87 ; *JCP G*, 1992, II, n° 21914, note LEVY (L.).
 Cass. civ. III, 27 févr. 1991, n° 89-15659.
 CA Montpellier, 1^{re} ch., 14 mars 1991, J.-D. n° 1991-034526.
 Cass. civ. I, 19 mars 1991, Bull. civ. I, n° 96 ; *D.*, 1991, p. 568, note VELARDOCCHIO (D.) ; *RTD Civ.*, 1992, p. 102, obs. MESTRE (J.).
 Cass. com., 25 mars 1991, n° 88-19546.
 Cass. civ. III, 27 mars 1991, *Société Alsacienne des supermarchés*, n° 89-16975, Bull. civ. I, n° 108.
 CA Paris, 8^e ch. B., 11 avr. 1991, *JCP G*, 1991, IV, 361.
 Cass. civ. I, 22 mai 1991, Bull. civ. I, n° 163.
 Cass. com., 22 mai 1991, n° 89-13817.
 Cass. civ. I, 22 mai 1991, n° 89-21042, Bull. civ. I, n° 169, *RGAT*, 1991, p. 484, note BESSON (A.).
 CA Paris, 8^e ch. B., 20 sept. 1991, *D.*, 1991, IR, p. 238.
 Cass. civ. I, 28 oct. 1991, Bull. civ. I, n° 282.
 Cass. civ. I, 5 nov. 1991, n° 89-15179, *RTD Civ.*, 1991 (2), avr.-juin 1992, p. 383.
 Cass. civ. I, 19 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 316.
 Cass. soc., 27 nov. 1991, J.-D. n° 1991-003213, Bull. civ. 1991, V, n° 537.
 Cass. com., 3 déc. 1991, *RJDA*, 1992, n° 63.
 Cass. civ. II, 15 janv. 1992, *Rev. arb.*, 1992, 646, note COHEN (D.).
 Cass. soc., 22 janv. 1992, *D. soc.*, 1992, 266, *RJS*, 1992, 198, n° 327.
 Cass. crim., 30 janv. 1992, n° 90-86931.
 Cass. civ. III, 12 févr. 1992, Bull. civ. III, n° 43, p. 26.
 Cass. civ. II, 19 févr. 1992, *JCP G*, 1993, II, 22170, note CASILE-HUGHES (C.).
 Cass. soc., 25 févr. 1992, *Sté Expovit*, Bull. civ. V, n° 122, *D.*, 1992, p. 390, note DEFOSSEZ (M.) ; *som. com.*, p. 294, obs. LYON-CAEN (A.) ; *RTD Civ.* 1992, p. 761, n° 5, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. II, 26 févr. 1992, n° 90-18308, Bull. civ. II, n° 67.
 Cass. civ. I, 10 mars 1992, Bull. civ. I, n° 80.
 Cass. com. 17 mars 1992, *CCC*, 1992, n° 93, note LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. I, 31 mars 1992, *JCP G*, 1992, IV, 1663 ; *D.* 1993, 149, note ANCEL (P.) et RONDEAU-RIVIER (M.-C.).

Cass. com., 31 mars 1992, *RJDA*, 1992, n° 552, p. 447 ; *RTD Civ.*, 1992, 760, obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 7 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 149.

Cass. civ. I, 13 avr. 1992, n° 89-15576.

Cass. civ. I, 22 avr. 1992, n° 89-16034.

Cass. civ. III, 23 avr. 1992, *JCP G*, 1992, IV, 204.

Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45300, Bull. civ. V, n° 309 ; *D.*, 1992, jur., p. 350, note SERRA (Y.) ; *JCP G*, 1992, II, n° 21889, note AMIEL-DONAT (J.).

Cass. ass. plén., 15 mai 1992, n° 90-12705, Bull. ass. plén., n° 6.

Cass. civ. III, 3 juin 1992, n° 90-20422, *GP*, 1992, 2, p. 656, obs. BARBIER (J.-D.).

CA Riom, 10 juin 1992, *RJDA*, 1992, n° 893 ; *RTD Civ.* 1993, p. 343, obs. MESTRE (J.).

CA Paris, 11 juin 1992, *D.* 1992, somm. 391, obs. D. F.

Cass. com. 16 juin 1992, n° 90-18441, *Dr. soc.*, sept. 1992, n° 177, note BONNEAU (Th.), *Bull. Joly*, 1992, 944, note LE CANNU (P.).

Cass. civ. I, 16 juill. 1992, n° 90-20332, J.-D. n° 1992-002705, *CCC*, déc. 1992, p. 7.

Cass. civ. III, 17 juill. 1992, Bull. civ. III, n° 254, *D.*, 1992, Somm. 399, obs. AUBERT (J.-L.).

CA Rouen, 15 sept. 1992, *JCP G*, 1993, II, 21981, note MARTIN (R.) ; *RTD Civ.* 1993, p. 355, obs. MESTRE (J.).

CA Paris, 2 oct. 1992, *D.*, 1993, IR, p. 39.

Cass. civ. I, 20 oct. 1992, n° 90-18997.

Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19872.

Cass. com., 3 nov. 1992, *CCC*, 1993, n° 45 ; *JCP G*, 1993, II, 22164, note VIRASSAMY (G.), *RTD Civ.*, 1993, p. 124 et s., obs. MESTRE (J.), *Defr.*, 1993, 1377, obs. AUBERT (J.-L.).

Cass. com., 12 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 352, *RTD Civ.*, 1993, 116, obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 15 déc. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n° 410.

Cass. civ. III, 16 déc. 1992, Bull. civ. III, n° 323, p. 199.

Cass. civ. I, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 42, p. 28.

Cass. civ. I, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 44, p. 29.

CA Rouen, 10 févr. 1993, *JCP G*, 1993, IV, 1985 ; I, 3725, n° 10, obs. BILLIAU (M.).

Cass. com., 2 mars 1993, Bull. civ., IV, n° 83, p. 57, *RTD Civ.* 1994, p. 346, obs. MESTRE (J.) ; *D.*, 1994, somm., obs. KULLMANN (J.).

Trib. mixte com. Basse Terre, 17 mars 1993, *D.*, 1993, jur. 449, note DIENER (P.) ; *RTD Civ.* 1994, 95, obs. MESTRE (J.) ; *D.*, 1994, chr. 347, note DIENER (P.) ; *D.*, 1995, chr. 34, obs. MESTRE (J.).

Cass. civ. I, 31 mars 1993, *RGAT*, 1993, p. 784, note KULLMANN (J.).

Cass. civ. I, 31 mars 1993, n° 91-11866.

Cass. civ. II, 5 avr. 1993, Bull. civ. II, n° 141, p. 74.

Cass. civ. III, 5 mai 1993, *CCC*, 1993, n° 173, obs. LEVENEUR (L.), *RTD Civ.* 1994, p. 353, n° 7, obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-14774.

Cass. com., 25 mai 1993, n° 91-15183.

Cass. com., 25 mai 1993, n° Lexbase : A5698ABN.
 Cass. civ. I, 9 juin 1993, Bull. Joly, 1993, p. 921, note LE CANNU (P.)
 Cass. civ. II, 9 juin 1993, Bull. civ. II, n° 204, p. 110.
 Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-14741.
 Cass. civ. I, 23 juin 1993, n° 90-22.011.
 Cass. civ. II, 30 juin 1993, Bull. civ. II, n° 241.
 Cass. civ. I, 7 juill. 1993, n° 91-20395, Bull. civ. I, n° 252.
 Cass. civ. I, 3 nov. 1993, n° 91-17491, *RCA*, 1994, n° 28.
 Cass. com. 23 nov. 1993, *Bull. Joly*, 1994, 168, note COURET (A.) ; *Dr. sociétés* mars 1994, comm. 56, obs. Le NABASQUE (H.).
 Cass. civ. I, 1^{er} déc. 1993, n° 89-12854, Bull. inf. C. cass. 1^{er} févr. 1994, n° 101, p. 5 ; *D.* 1994, 434, note BERR (C.-J.) et GROUTEL (H.).
 Cass. civ. III, 15 déc. 1993, n° 91-10199, Bull. civ. III, n° 174, *D.*, 1994, p. 462, note STORCK (M.).
 Cass. com., 4 janv. 1994, n° 92-14121, Bull. civ. IV, n° 4, *D.* 1995, jur., p. 205, note SERRA (Y.), *RTD Civ.* 1994, p. 349, obs. MESTRE (J.).
 Cass. com., 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 13.
 Cass. com., 11 janv. 1994, n° 91-17691.
 Cass. com., 5 avr. 1994, *VAG France c. Ets. Gauthier*, Bull. civ. IV, n° 149 ; *CCC*, août-sept. 1994, comm. 159, p. 5, obs. LEVENEUR (L.) ; *RTD Civ.*, 1994, p. 604, obs. MESTRE (J.) ; *D.*, 1995, somm. comm. p. 69, obs. FERRIER (D.) ; 90, obs. MAZEAUD (D.) ; 355, obs. VIRASSAMY (G.) ; *JCP G*, 1994, I, 3803, n° 7, obs. JAMIN (Ch.) ; 20 janv. 1998, Bull. civ. IV, n° 40.
 Cass. soc., 6 avr. 1994, Bull. civ. V, n° 134.
 Cass. soc., 7 avr. 1994, *RTD Civ.*, 1994, p. 862, obs. MESTRE (J.).
 Cass. com., 26 avr. 1994, Bull. civ. IV, n° 158, p. 125.
 Cass. civ. I, 27 avr. 1994, n° 92-10484.
 Cass. civ. I, 9 mai 1994, n° 92-12990.
 Cass. com., 17 mai 1994, n° 92-13103.
 Cass. com., 31 mai 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 194 ; *RTD Civ.*, 1995, p. 108, obs. MESTRE (J.) ; *JCP G*, 1994, I, 3803, obs. VIRASSAMY (G.).
 Cass. civ. I, 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 211.
 Cass. civ. III, 13 juill. 1994, n° 92-14298.
 Cass. soc., 21 juill. 1994, *D.* 1994, IR, p. 202.
 Cass. com., 4 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 276.
 Cass. civ. I., 5 oct. 1994, n° 92-17487.
 Cass. com., 25 oct. 1994, *CCC*, 1995, n° 3, obs. LEVENEUR (L.) ; 28 oct. 1986, Bull. civ. IV, n° 185, p. 169.
 Cass. civ. I, 22 nov. 1994, Bull. civ. I, n° 340.
 CA Dijon, ch. soc., 20 déc. 1994, J.-D. n° 052976 et n° 048163.
 Cass. civ. III, 4 janv. 1995, Bull. civ. III, n° 1, p. 1.
 Cass. civ. I, 17 janv. 1995, n° 93-13075, *D.*, 1995, jur., p. 353, note JOURDAIN (P.).
 Cass. civ. I, 31 janv. 1995, *Epoux Bourdon*, Bull. civ. I, n° 57.

Cass. soc., 15 févr. 1995, *RJS*, mars 1995, n° 204.
 Cass. com., 21 févr. 1995, *RTD Civ.*, 1995, p. 618, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. III, 1^{er} mars 1995, n° 93-16062.
 Cass. civ. I, 14 mars 1995, n° 93-14458.
 Cass. civ. I, 14 mars 1995, Bull. civ. I, n° 129.
 CA Paris, 7 avr. 1995, *D.* 1995, IR, p.163 ; *Rev. Soc.* 1995, p.771, obs. GUYON (Y.).
 Cass. com., 11 avr. 1995, *CCC*, 1995, n° 125, obs. LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. III, 11 mai 1995, *D.* 1996, som. p. 124, note MARTINE (E.).
 Cass. civ. I, 16 mai 1995, *JCP G*, 1996, II, 22736, note LUCAS (F.-X.).
 Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-44078, Bull. civ. V, n° 164.
 Cass. civ. I, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 235.
 Cass. civ. I, 27 juin 1995, n° 92-19212.
 Cass. civ. I, 10 juill. 1995, n° 93-10877.
 Cass. civ. I, 10 juill. 1995, n°93-13672.
 Cass. civ. I, 18 juill. 1995, Bull. civ. I, n° 322, p. 225.
 TGI de Belfort, 25 juill. 1995, *JCP G*, 1996, II, 22724, note PAULIN (C.).
 CA Grenoble, ch. com., 13 sept. 1995, *Calato c/ Sté française de factoring international factor France*, J.-D. n° 048167.
 CA Paris, 13 sept. 1995, *D.*, 1995, IR, p. 259.
 Cass. crim., 25 sept. 1995, Bull. crim. n° 277.
 CA Nancy, 4 oct. 1995, J.-D. n° 049795 .
 CA Paris, 6 oct. 1995, *RJDA*, 2/96, p. 157, n° 211.
 Cass. soc., 10 oct. 1995, *RJS*, nov. 1995, n° 1111, chron. SAVATIER (R.), p. 770.
 Cass. civ. I, 30 oct. 1995, n° 92-13254.
 Cass. com., 28 nov. 1995, *Rev. arb.*, 1996, n° 4, p. 613.
 Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 espèces), *D.*, 1996, p. 13, note AYNÈS (L.) ; *JCP G*, 1996, II, 22565, note GHESTIN (J.) ; *JCP E*, 1996, II, 776, note LEVENEUR (L.) ; *Defr.* 1996, 747, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *RTD Civ.*, 1996, 153, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 5 déc. 1995, Bull. civ. n° 453.
 Cass. civ. I, 5 déc. 1995, n° 94-11135.
 Cass. com., 5 déc. 1995, *RTD Civ.* 1996, 899, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ I, 12 déc. 1995, n° 92-14943.
 Cass. civ. I, 12 déc. 1995, n° 93-18753, 93-19460, Bull. civ. I, n° 459, p. 320.
 Cass. civ. I, 19 déc. 1995, n° 93-18939, Bull. civ. I, n° 479.
 Cass. com., 3 janv. 1996, *JCP G*, 1996, II, 22658, n. GIBRILA (D.).
 Cass. civ. I, 16 janv. 1996, n° 93-19610.
 Cass. civ. III, 17 janv. 1996, n° 93-15538.
 Cass. civ. I, 23 janv. 1996, *CGE c. OPHLM du Val d'Oise*, Bull. civ. I, n° 36, p. 23.
 Cass. soc., 14 févr. 1996, Bull. civ. V, n° 55.
 Cass. com., 20 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 60, p. 47.
 Cass. civ. I, 27 févr. 1996, n° 93-21845.
 Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-14313.
 CA Paris, 1^{er} mars 1996, *RTD Civ.*, 1996, p. 901, obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 5 mars 1996, *RTD Civ.*, 1996, p. 904, obs. MESTRE (J.).
 Cass. civ. I, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 118.
 CA Orléans, 12 mars 1996, J.-D. n° 1996-041588.
 Cass. civ. III, 20 mars 1996, n° 93-20316.
 Cass. soc., 9 avr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 145.
 Cass. civ. I, 10 avr. 1996, n° 94-11174.
 CA Rennes, 1^{re} ch. A, 7 mai 1996, J.-D. n° 1996-043205.
 Cass. civ. I, 4 juin 1996, *Bull. I*, n° 239.
 Cass. civ. I, 11 juin 1996, *Defr.*, 1996, art. 36381, p. 1007, obs. MAZEAUD (D.) ; *RCA*, 1996, comm. n° 300 ; *CCC*, 1996, comm. 164, obs. LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. I, 25 juin 1996, n° 94-17633, *Bull. civ. I*, n° 269.
 Cass. civ. III, 26 juin 1996, n° 94-18525.
 Cass. com., 2 juill. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 198, p. 170, *Defr.* 1996, p. 1364, n° 146, obs. MAZEAUD (D.) ; *JCP G*, 1996 I, 3983, n° 14, obs. JAMIN (Ch.).
 Cass. civ. I, 3 juill. 1996, n° 94-14800, *D.* 1997, jur. 500, note REIGNE (Ph.) ; *RTD Civ.*, 1996, 903, obs. MESTRE (J.) ; *JCP G*, 1997, I, 4015, obs. LABARTHE (F.) ; *Defr.* 1996, p. 1015, obs. DELEBECQUE (Ph.).
 Cass. civ. I, 10 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 318, *D.*, 97, som. 173, obs. DELEBECQUE (Ph.).
 Cass. soc., 30 oct. 1996, *Dr. soc.*, 1997, 110, obs. MARRAUD (C.).
 Cass. civ. I, 13 nov. 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 394.
 Cass. civ. I, 19 nov. 1996, n° 94-20202, *Bull. civ. I*, n° 404.
 Cass. com., 26 nov. 1996, *JCP G*, 1997, II, 22271, n. REIGNIE (Ph.) ; *D.* 1997, jur., 493, n. GIBRILA (D.).
 Cass. civ. I, 7 janv. 1997, n° 94-21869.
 Cass. civ. I, 28 janv. 1997, n° 94-19747, *Bull. civ. I*, n° 35.
 CA Paris, 14 févr. 1997, *JCP G*, 1998, II, 10000, note FAGES (B.).
 Cass. civ. I, 18 févr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 61, *JCP E*, 1997, II, 944, n. LEGEAIS (D.), *CCC*, 1997, comm. 74, obs. LEVENEUR (L.).
 CA Reims, 27 févr. 1997, J.-D. n° 1997-041793.
 Cass. com., 11 mars 1997, n° 95-13926.
 Cass. com., 11 mars 1997, n° 95-16853.
 Cass. civ. I, 18 mars 1997, n° 95-12576.
 Cass. civ. I, 29 avr. 1997, *GP*, 1997, 2, somm. p. 534.
 Cass. com., 29 avr. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 111, p. 98 ; *D.*, 1997, 459, note SERRA (Y.) ; *JCP G*, 1997, I, 4068, I, obs. VINEY (G.) ; *RTD Civ.*, 1998, p. 218, obs. LIBCHABER (R.).
 Cass. civ. III, 30 avr. 1997, n° 95-17598, *Bull. civ. III*, n° 96, *D.*, 1997, p. 475, obs. MAZEAUD (D.).
 Cass. com., 3 juin 1997, *D.*, 1998, 113, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 1997, 935, obs. MESTRE (J.) ; *RTD Com.*, 1998, 405, obs. BOULOUC (B.).
 Cass. civ. I, 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 202.
 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14105, *Bull. civ. IV*, n° 188, p. 165.
 Cass. civ. I, 24 juin 1997, n° 95-10629.

Cass. civ. I, 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998, somm. comm., 110, obs. MAZEAUD (D.) ; *Defr.*, 1997, 1251, obs. AYNÈS (L.).

Cass. civ. III, 2 juill. 1997, n° 95-16632.

Cass. soc., 8 juill. 1997, *Bull. Civ. V*, n° 251.

Cass. civ. I, 16 juill. 1997, *Bull. civ. I*, n° 242, p. 162.

CA Paris, 2 oct. 1997, *RJDA*, 1998, n° 297.

CA Paris, 10 oct. 1997, *RJDA*, 1998, n° 135.

Cass. civ. I, 21 oct. 1997, n° 95-19136, *Bull. civ. I*, n° 288.

Cass. civ. I, 28 oct. 1997, n° 95-20421, *Bull. civ. I*, n° 293, *JCP G*, 1997, II, 22962, rapp. SARGOS (P.).

Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-43792.

Cass. civ. III, 13 nov. 1997, *RTD Civ.*, 1998, 124 et 696, obs. GAUTIER (P.-Y.).

Cass. civ. I, 18 nov. 1997, *Bull. civ. I*, n° 318.

Cass. soc., 25 nov. 1997, *Bull. civ. V*, n° 400.

Cass. civ. I, 9 déc. 1997, *Banque et droit*, mai-juin 1995, n° 41.

Cass. com., 9 déc. 1997, n° 94-21392.

Cass. com., 9 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 323.

Cass. civ. I, 16 déc. 1997, *JCP G*, 1998, II, 10018, concl. SARGOS (P.) ; *D.*, 1998, jur., 287, note LAMBERT-FAIVRE (Y.).

Cass. com., 20 janv. 1998, *CCC*, 1998, comm. n° 56, obs. LEVENEUR (L.), *D.*, 1998, p. 413, note JAMIN (Ch.), *D.*, 1999, somm., p. 114, obs. MAZEAUD (D.), *JCP G*, 1999, II, 10085, obs. CHAZAL (J.-P.), *RTD Civ.*, 1998, p. 675, obs. MESTRE (J.).

CA Versailles, 23 janv. 1998, *JCP E*, 1999, n° 21, p. 900, note WILLMANN (Ch.).

Cass. com., 24 févr. 1998, *Bull. Joly*, 1998, 527, obs. PRIETO (C.).

Cass. civ. I, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 85.

Cass. soc. 10 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 129.

Cass. civ. III, 18 mars 1998, *CCC*, 1998, comm. 85, LEVENEUR (L.).

Cass. com., 7 avr. 1998, *Bull. IV*, n° 126 ; *RTD Civ.*, 1999, 79, obs. MESTRE (J.).

Cass. civ. I, 28 avr. 1998, n° 96-04068, *Bull.* n° 157.

Cass. civ. I, 3 juin 1998, *Bull. civ. I*, n° 199, *JCP G*, 1999, II, 10010, note RZEPECKI (N.).

Cass. civ. III, 10 juin 1998, n° 96-17843.

CA Paris, 19 juin 1998, *Bull. Joly Soc.*, 1998, p. 1152, note COURET (A.), *RTD Civ.*, 1999, p. 100, obs. MESTRE (J.).

Cass. civ. I, 7 juill. 1998, n° 96-14192.

Cass. civ. III, 22 juill. 1998, *Bull. civ.* n° 172.

CA Paris, 1^{re} ch. G., 9 sept. 1998, *SA Dargaud éditeur c/ Uderzo et a.*, *JCP G*, 1999, II, 10181, note LUCAS (A.).

Cass. civ. I, 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 292.

Cass. civ. I, 13 oct. 1998, n° 96-21485, *Bull. civ. I*, n° 300, *D.*, 1999, jur., p. 197, note JAMIN (Ch.) ; somm., p. 115, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *Defr.*, 1999, p. 374, note MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 1998, p. 506, obs. RAYNARD (J.) ; *RTD Civ.*, 1999, p. 394, obs. MESTRE (J.).

Cass. com., 27 oct. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 256.

CA Paris, 6^e ch. B., 29 oct. 1998, RG n° 1997/22236.

Cass. soc., 29 oct. 1998, n° 96-42863.

Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, *Guillotet*, Bull. civ. 1998, ass. plén., n° 4 et 5, p. 6 et 7.

Cass. civ. I, 17 nov. 1998, n° Lexbase : A8648AHR.

Cass. com., 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; *D.*, 1999, IR, 9 ; *CCC*, 1999, p. 14 et s., note MALAURIE-VIGNAL (M.) ; *Defr.*, 1999, art. 36953, p. 371, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.* 1999, p. 98 et s., obs. MESTRE (J.) et 646, obs. GAUTIER (P.-Y.) ; *JCP G*, 1999, I, 143, n° 6, obs. JAMIN (Ch.) et II, 10210, obs. PICOD (Y.).

Cass. civ. II, 2 déc. 1998, n° 96-22197.

Cass. civ. III, 13 janv. 1999, Bull. civ. 1999, III, n° 14, *Defr.*, 2000, p. 729, obs. MAZEAUD (D.).

Cass. Soc., 20 janv. 1999, n° 96-45669.

Cass. civ. III, 27 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 19.

Cass. civ. I, 2 févr. 1999, *JCP G*, 1999, IV, n° 1579.

Cass. civ. III, 2 févr. 1999, *CCC*, 1999, n° 171, obs. LEVENEUR (L.).

CA Grenoble, 4 févr. 1999, *D.*, 1999, somm., p. 363, obs. WITZ (Cl.).

Cass. civ. I, 9 févr. 1999, n° 97-10195.

CA Paris, 11 févr. 1999, *SA Fiat Auto (France)*, *JCP G*, 2000, II, 10244, note CHAZAL (J.-P.).

Cass. civ. I, 16 févr. 1999, n° 96-21997.

Cass. civ. I, 16 févr. 1999, Bull. civ. I, n° 52, p. 34.

CA Paris, 4 mars 1999, *Me Amauger c/ SA Groupe Volkswagen France*, *JCP G*, 2000, II, 10244, note CHAZAL (J.-P.).

CA Paris, 26 mars 1999, *SA Automobiles Peugeot c/ SA Safari Senlis*, *JCP G*, 2000, II, 10244, obs. CHAZAL (J.-P.) ; *RTD Civ.*, 2001, 137, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. com., 30 mars 1999, n° 96-15144.

Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41013, Bull. civ. V, n° 144.

Cass. civ. I, 13 avr. 1999, Bull. civ. I, n° 132, p. 86.

Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 101, *D.*, 2000, somm. comm., p. 96, obs. HONORAT (A.).

Cass. civ. I, 26 mai 1999, n° 97-14315.

Cass. civ. III, 13 juill. 1999, n° 97-20110.

Cass. civ. I, 15 juill. 1999, Bull. civ. I, n° 251.

Cass. com., 26 oct. 1999 n° Lexbase : A3077AT7.

Cass. civ. I, 19 oct. 1999, Bull. civ. I, n° 287.

Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-14444.

Cass. civ. I, 9 nov. 1999, n° 97-16287.

Cass. civ. I, 1^{er} déc. 1999, n° 97-20207, *D.*, 2000, n° 13, p. 287, note MOULY (J.).

Cass. civ. I, 11 janv. 2000, n° 98-20446.

Cass. civ. I, 11 janv. 2000, Bull. civ. I, n° 6, p. 3.

Cass. civ. I, 8 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 43.

Cass. com., 15 févr. 2000, *D.*, 2000, somm. comm., 364, obs. DELEBECQUE (Ph.) ; *Defr.*, 2000, 1118, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2000, 325, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

CA Paris, 10 mars 2000, *JCP E*, 2001, p. 422, note VIOLET (F.) ; *JCP G*, 2001, II, 10470, note VIOLET (F.).

Cass. com. 14 mars 2000, *JCP E*, 2000, p. 1430, note TALLON (D.).

Cass. civ. I, 28 mars 2000, n° 97-18737.

CA Paris, 28 mars 2000, RG n°1999/13192.

Cass. civ. II, 30 mars 2000, Bull. civ. II, n° 55, p. 37.

Cass. civ. I, 18 avr. 2000, n° 98-15360, Bull. civ. I, n° 115, *JCP E*, 2000, n° 50, p. 2005, note VIRASSAMY (G.) ; *RJDA*, 2000, n° 741 ; *RTD Civ.*, 2000, p. 832, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. com., 18 avr. 2000, n° 96-22319.

Cass. civ. I, 3 mai 2000, n° 98-11381, Bull. civ. I, n° 131.

Cass. civ. II, 11 mai 2000, J.-D. n° 2000-001926.

Cass. soc. 16 mai 2000, Bull. civ. V, n° 184.

Cass. civ. I, 23 mai 2000, n° 98-18513.

Cass. civ. III, 24 mai 2000, n° 98-18049, Bull. civ. III, n° 110.

Cass. soc., 31 mai 2000, n° 99-42859.

Cass. civ. I, 14 juin 2000, n° 98-17494.

Cass. civ. II, 6 juill. 2000, CCC, janv. 2001, n° 2, obs. LEVENEUR (L.) ; *RTD Civ.*, 2001, 359, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *Rev. arb.*, 2001, 749, obs. JARROSSON (Ch.).

Cass. soc., 11 juill. 2000, Bull. V, n° 275 ; *JCP E*, 2001, 379, note PUIGELIER (C.).

Cass. com., 17 oct. 2000, n° 97-18746.

CA Paris, 24 oct. 2000, *D. aff.*, 2001, p. 302.

Cass. civ. I, 7 nov. 2000, *D.* 2001, 256, obs. BILLIAU (M.) et JAMIN (C.) ; somm. comm., 1137, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2001, p. 137, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; 29 mai 2001, *RTD Civ.*, 2001, 590, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

CA Paris, 10 janv. 2001, J.-D. n° 134468, *Pereira c/ SA Espace Gym. Center*.

Cass. civ. I, 23 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 11, *RTD Civ.*, 2001, 359, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *Rev. arb.* 2001, 749, obs. JARROSSON (Ch.).

Cass. soc., 6 févr. 2001, *Société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria c/ Mme Francine Bardagi et al.*, Bull. civ. V, n° 43.

Cass. civ. I, 13 févr. 2001, Bull. I, n° 33.

Cass. civ. I, 20 févr. 2001, n° 99-15170, Bull. civ. I, n° 40, *D.*, 2001, p. 1568, note JAMIN (Ch.) ; *Defr.* 2001, p. 705, note SAVAUX (É.) ; *RTD Civ.*, 2001, p. 363, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

CA Douai, 15 mars 2001, CCC, 2001, comm. n° 125, obs. MALAURIE (M.).

Cass. civ. I, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 98, *D.*, 1998, som., p. 3240, obs. MAZEAUD (D.) ; *Defr.*, 2001, p. 1048, note SAVAUX (É.) ; *RTD Civ.*, 2001, p. 584, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. civ. III, 3 avr. 2001, J.-D. n° 2001-009202.

Cass. com., 25 avr. 2001, *Dr. et pat.*, 2001, 109, obs. CHAUVEL (P.).

Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-14486.

Cass. com., 25 avr. 2001 n° Lexbase : A2814ATE.

Cass. soc., 2 mai 2001, Bull. civ. V, n° 141, p. 111.

Cass. soc., 10 mai 2001, *Sté Métropolight c/ Harter*, Bull. Civ. V, n° 159.
 Cass. com., 22 mai 2001, n° 95-14909.
 CA Paris, 14^e ch. A, 23 mai 2001, *Rev. arb.*, 2003, 403, note JARROSSON (Ch.).
 Cass. civ. I, 29 mai 2001, n° 99-12478, *RTD Civ.*, 2001, 590.
 Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-13629, *JCP G*, 2002, II, 10043, obs. LICARI (F.-X.).
 CA Paris, 4 juill. 2001, Bull. inf. C. cass. n° 549, 2002, n° 125.
 Cass. civ. I, 11 juill. 2001, n° 99-20636.
 Cass. com., 17 juill. 2001, Bull. civ. 2001, IV, n° 151, p. 143.
 CA Versailles, 4 oct. 2001, *JCP E*, 2001, pan. 2038.
 Cass. com. 9 oct. 2001, Bull. civ. 2001, IV, n° 160, p. 152.
 Cass. civ. I, 6 nov. 2001, n° Lexbase : A0630AXM.
 Cass. com., 22 janv. 2002, n° Lexbase : A8316AXB.
 Cass. com., 22 janv. 2002, n° 98-12197.
 Cass. civ. III, 30 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 17.
 Cass. com., 12 févr. 2002, J.-D. n° 2002-013065, *CCC*, 2002, n° 90, note LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. I, 26 févr. 2002, n° 99-19053, Bull. civ. I, n° 68.
 Cass. civ. I, 12 mars 2002, n° 99-17209, *Hebdo éd. aff.*, 28 mars 2002, n° 16, note BAKOUCHE (D.).
 Cass. soc., 9 avr. 2002, Bull. V, n° 124.
 Cass. com., 6 mai 2002, J.-D. n° 2002-014206, *JCP G*, 2002, II, 10146, note STOFFEL-MUNCK (Ph.), *D.*, 2002, 1754, obs. CHEVRIER (E.) et 2842, obs. MAZEAUD (D.), *RTD Civ.*, 2002, 810, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), *CCC*, 2002, comm. n° 134, obs. LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. I, 7 mai 2002, Bull. I, n° 124.
 Cass. civ. I, 7 mai 2002, Bull. I, n° 126.
 CA Paris, 17 mai 2002, *JCP E*, 2003, 1510 ; *JCPE*, 2004, 29, 1, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.).
 Cass. soc., 4 juin 2002, n° 00-40894.
 Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n° 211.
 Cass. com., 2 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 113 ; *D.* 2003, p. 93, note MAZEAUD (D.) ; *JCP G*, 2003, II, 10023, note MAINGUY (D.) ; *RDC*, 2003, p. 50, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; p. 152, obs. BÉHAR-TOUCHAIS (M.) ; *RTD Civ.*, 2002, p. 811, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).
 Cass. civ. I, 3 juill. 2002, n° 99-20217, Bull. civ. I, n° 183.
 Cass. civ. I, 10 juill. 2002, n° 00-13669, Bull. civ. I, n° 192.
 Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45135, n° 00-45387, n° 99-43334, 99-43335 et 99-43336, Bull. civ. V, n° 239, *JCP E*, 2002, 1511, note CORRIGNAN-CARSIN (D.).
 Cass. civ. III, 2 oct. 2002, Bull. civ. n° 196.
 Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136.
 CA Versailles, 7 nov. 2002, *RJDA*, 2003, n° 378.
 Cass. civ. III, 4 déc. 2002, n° 01-03567.
 Cass. soc., 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 368.
 CA Paris, 25^e ch. A, 6 déc. 2002, *JCP E*, 2003, 1203, n° 3.

Cass. civ. I, 10 déc. 2002, n° 00-18726.
 Cass. com., 17 déc. 2002, n° 98-21918.
 Cass. civ. I, 4 févr. 2003, n° 00-16694.
 Cass. civ. I, 4 févr. 2003, J.-D. n° 2003-017451.
 Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, Bull. ch. mixte, n° 1 ; *JCP G*, 2003, I, 134, n° 4, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), 142, n° 13-19, obs. VIRASSAMY (G.), et 164, n° 9, obs. SERAGLINI (C.) ; *Proc.* 2003, n° 96, obs. CROZE (H.) ; *RDC*, 2003, 182, obs. CADIET (L.), et 189, obs. LAGARDE (X.) ; *D.*, 2003, 1386, note ANCEL (P.) et COTTIN (M.), et somm. 2480, obs. CLAY (T.) ; *LPA*, 12 mars 2003, n° 51, p. 13, note BERNHEIM (L.) ; *GP*, 30 mars-1^{er} avr. 2003, 8, note MONTERAN (Th.) ; *RTD Civ.*, 2003, 294, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) et 349, obs. PERROT (R.) ; *Rev. arb.* 2003, 403, note JAROSSON (Ch.).
 Cass. com., 25 févr. 2003, J-D n° 2003-018064, *CCC*, 2003, comm. 104, note LEVENEUR (L.).
 Cass. civ. II, 27 févr. 2003, Bull. civ. II, n° 44 ; *Proc.*, 2003, n° 111, obs. PERROT (R.).
 Cass. com., 23 avr. 2003, *CCC*, 2003, comm. n° 137, obs. LEVENEUR (L.), *D.*, 2003, somm. comm., 2433, obs. FERRIER (D.).
 Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 00-44811, Bull. civ. V, n° 152.
 Cass. civ. I, 6 mai 2003, Bull. civ., I, n° 108 ; *JCP G*, 2003, I, 186, n° 14-19, obs. VIRASSAMY (G.) et 2004, II, 10021, note COLSON (R.) ; *RDC*, 2003, 182 obs. CADIET (L.) et 189, obs. LAGARDE (X.) ; *RTD Civ.*, 2003, p. 499, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).
 CA Reims, 16 juin 2003, RG n° 02/01159.
 Cass. civ. I, 17 juin 2003, *Procédures*, 2003, n° 213 et *RTD Civ.*, 2004, p. 136, obs. PERROT (R.).
 Cass. civ. II, 19 juin 2003, n° 00-22302.
 Cass. civ. II, 19 juin 2003, n° 01-13289, *JCP G*, 2003, II, 10170, note CASTETS-RENARD (C.).
 Cass. civ. III, 24 sept. 2003, Bull. civ. III, n° 161, *CCC*, 2003, n° 174, note LEVENEUR (L.) ; *Dr. et patr.*, juill.-août 2004, p. 40, ét. AYNÈS (L.) ; *RTD Civ.*, 2003, 707, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.), *RDC*, 2004, 644, obs. MAZEAUD (D.).
 CA Paris, 15 oct. 2003, J.-D. n° 2002/08911.
 Cass. soc., 21 oct. 2003, Bull. civ. V, n° 258.
 Cass. civ. II, 23 oct. 2003, n° 01-17806.
 Cass. civ. I, 28 oct. 2003, *RDC*, 2004, p. 273, obs. AYNÈS (L.).
 Cass. civ. I, 28 oct. 2003, n° 01-03662, Bull. civ. I, n° 211, *RDC*, 2004 note MAZEAUD (D.).
 Cass. civ. I, 4 nov. 2003, n° 01-14942, Bull. civ. I, n° 220.
 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-12041, J.-D. n° 2003-020823, *JCP G*, 2004, I, 188, n° 30, obs. SIMLER (Ph.).
 Cass. civ. III, 3 déc. 2003, n° 02-18033, *RDC*, 2004, p. 280 et s., note STOFFEL-MUNCK (Ph.).
 Cass. civ. III, 10 déc. 2003, n° 02-14990.
 Cass. com., 17 déc. 2003, n° 01-13419, Bull. civ. IV, n° 206, p. 228.
 Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11692.

CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2004, Bull. Aix, 2004-2, p. 56, note WEILLER (L.) ; *RTD Civ.* 2004, 508, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. civ. I, 27 janv. 2004, Bull. I, n° 23 ; *JCP G*, 2005, I, 183, n° 3, obs. CLAY (T.) ; *Proc.* 2004, n° 47, obs. PERROT (R.).

Cass. civ. I, 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 27, *JCP G*, 2004, II, 10149, note TREPPOZ (É.) ; *CCC*, 2004, n° 55, note LEVENEUR (L.).

Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21.480, *JCP G*, 2004, I, 149, n° 10, obs. ROCHFELD (J.) ; *RTD Civ.*, 2004, p. 731, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. civ. III, 25 févr. 2004, *D.*, 2004, somm. 1631, obs. CARON (Ch.) ; *Loyers et copr.* 2004, comm. 102, obs. VIAL-PEDROLETTI (B.) ; *Lamy dr. civ.*, 2004, 344, obs. LEBORGNE (A.).

Cass. civ. I, 10 mars 2004, *RGDA*, 2004, p. 562 et 644, chron. KULLMANN (J.).

Cass. civ. I, 16 mars 2004, n° 01-15804, Bull. civ. I, n° 86, *D.*, 2004, 1754, note MAZEAUD (D.), *JCP G*, 2004, I, 173, n° 22 s. note GHESTIN (J.), *RLDC*, 2004/6, n° 222, note HOUTCIEFF (D.), *RTD Civ.*, 2004, 290, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. civ. III, 24 mars 2004, *RDC*, 2004, p. 976, obs. COLLART-DUTILLEUL (F.).

Cass. civ. III, 24 mars 2004, *RJDA*, 2004, 795.

Cass. civ. I, 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 114.

CA Colmar, 1^{re} ch. civ. B., 28 avr. 2004, RG n° 1B 02/03500.

Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-15054.

Cass. civ. II, 6 mai 2004, Bull. civ. II, n° 205.

Cass. com., 12 mai 2004, Bull. civ. 2004, IV, n° 86 ; *RDC*, 2004, p. 943, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *D.*, 2005, p. 150, obs. FERRIER (D.) ; *JCP E*, 2004, n° 41, p. 1592, note LACHIÈZE (C.) ; *JCP G*, 2004, II, 10184, note SONET (A.) ; *CCC*, 2004, comm. 104, obs. LEVENEUR (L.) ; *RDLC*, 2004/1, p. 67, obs. FASQUELLE (D.).

Cass. civ. I, 18 mai 2004, n° 03-12284.

Cass. civ. I, 2 juin 2004, Bull. I, n° 158.

CA Paris, 3 juin 2004, *Rev. arb.*, 2004, 683, note CALLE (P.).

Cass. civ. II, 3 juin 2004, *Dr. et patr.*, nov. 2004, n° 131.

Cass. civ. II, 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 296, n° 02-18649.

Cass. civ. I, 15 juin 2004, n° 00-16392, *RTD Civ.*, 2004, 508, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. civ. III, 23 juin 2004, Bull. civ. III, n° 132.

Cass. civ. I, 29 juin 2004, n° 02-19445.

Cass. civ. I, 30 juin 2004, n° 01-00475.

Cass. civ. I, 30 juin 2004, *CCC*, 2004, comm. n° 151, obs. LEVENEUR (L.).

Cass. civ. III, 29 sept. 2004, *RTD Civ.*, 2004, 774, obs. PERROT (R.).

Cass. civ. III, 20 oct. 2004, *RDC*, 2005, p. 345, obs. COLLART-DUTILLEUL (F.).

Cass. com. 3 nov. 2004, n° 02-17919, *RDC*, 2005, 1130, obs. BÉHAR-TOUCHAIS (M.) ; *D.* 2005, 579 note NAUDIN (E).

Cass. civ. I, 9 nov. 2004, n° 01-03772.

Cass. civ. II, 13 janv. 2005, Bull. II, n° 3.

Cass. civ. II, 20 janv. 2005, n° 03-20193.

Cass. soc., 25 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 18 ; *D.*, 2005, IR, 458 ; *RJS*, 2005, 255, n° 344.

Cass. civ. I, 1^{er} févr. 2005, Bull. I, n° 64 ; *JCP G*, 2005, I, 141, n° 8-14, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) et I, 183, n° 4, obs. CLAY (T.) ; *JCP G*, 2006, I, 179, n° 8, obs. BEGUIN (J.) ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 144, p. 93, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *RTD Civ.*, 2005, p. 393, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *RDC*, 2005, 718, obs. FENOUILLET (D.) et 1141, obs. LAGARDE (X.).

Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, *JCP G*, 2005, I, 183, n° 3, obs. CLAY (T.) ; *Proc.* 2005, n° 120 ; *RTD Civ.*, 2005, 450, obs. PERROT (R.) ; *RDC*, 2005, 1143, obs. LAGARDE (X.) ; *Dr. et patr.*, 2005, n° 144, obs. AMRANI-MEKKI (S.) ; *Rev. arb.*, 2008, 142, obs. TRICOIT (J.-Ph.).

Cass. soc., 2 mars 2005, n° 02-47546.

Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15783, Bull. civ. IV, n° 44 ; *D.*, 2005, AJ, 883, obs. DELPECH (X.) ; pan. 2843, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *RDC*, 2005, 1015, obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2005, 392, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *RTD Com.*, 2005, 397, obs. LEGEAIS (D.).

Cass. civ., 15 mars 2005, J.-D. n° 2005-027571, *D.*, 2005, p. 1462 note CATHIARD (O.) ; *RTD Civ.*, 2005, p. 381, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. soc., 30 mars 2005, Bull. civ. V, n° 110.

CA Pau, 11 avr. 2005, J.-D. n° 2005-276943.

Cass. civ. II, 21 avr. 2005, *JCP G*, 2005, II, 10153, note CROZE (H.) ; *Proc.*, 2005, n° 267, obs. PERROT (R.).

Cass. civ. III, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103.

Cass. soc., 11 mai 2005, n° 03-43040.

Cass. com., 18 mai 2005, n° 03-20820, J.-D. n° 2005-028442, *CCC*, n° 7, juill. 2005, comm. 134, MALAURIE-VIGNAL (M.).

Cass. ass. plén., 24 juin 2005, Bull. civ. n° 7.

Cass. civ. III, 29 juin 2005, Bull. civ. III, n° 146.

Cass. civ. I, 5 juill. 2005, n° 04-15808.

Cass. civ. I, 6 juill. 2005, n° 01-15.912, J.-D. n° 2005-029326 (tribunal franco-iranien), *D.*, 2005, 2174 ; *JCP G*, 2005, I, 179, n° 6, obs. ORTSCHIEDT (J.) ; *Rev. arb.*, 2005, 993, note PINSOLLE (Ph.) ; *GP*, 25 févr. 2005, note TRAIN (F.-X.) ; *JDI*, 2006, 608, note BÉHAR-TOUCHAIS (M.) ; *D.*, 2006, 1424, note AGOSTINI (E.) ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 602, obs. MUIR WATT (H.)

Cass. civ. III, 6 juill. 2005, n° 04-13381, Bull. civ. III, n° 154.

Cass. civ. I, 12 juill. 2005, n° 03-10921.

Cass. civ. III, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166.

Cass. com., 20 sept. 2005, J.-D. n° 2005-029785, Bull. civ. 2005, IV, n° 176, *JCP E*, 2005, 1145, note LEGEAIS (D.).

Cass. com., 27 sept. 2005, *JCP E*, 2006, n° 1207, note FAURE-ABBAD (M.).

Cass. com., 27 sept. 2005, *D.*, 2005, IR, 2526.

CA Paris, 30 sept. 2005, *D.*, 2005, AJ, 2740, obs. DELPECH (X.) ; *JCP E*, 2005, 1617, note VIANDIER (A.).

Cass. civ. I, 4 oct. 2005, n° 02-15981.

Cass. civ. II, 20 oct. 2005, n° 03-13932, *JCP G*, 2006, I, 133, n° 14, obs. CADIET (L.).

Cass. civ. I, 2 nov. 2005, Bull. I, n° 394.

Cass. civ. I, 2 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 397.

Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19217, Bull. civ. IV, n° 208, *JCP G*, 2006, II, n° 10021, note SIMLER (Ph.), *RTD Civ.*, 2005, p. 305, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

CA Riom, 11 janv. 2006, J.-D. n° 295338.

Cass. civ. III, 8 févr. 2006, n° 04-17898, *Loyers et copr.*, avr. 2006, comm. n° 83, obs. BRAULT (Ph.-H.).

Cass. civ. I, 21 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 91.

Cass. civ. I, 21 févr. 2006, n° 02-21240 ; *RTD Civ.*, 2006, p. 314, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.) ; *JCP E*, 2007, 1348, n° 5, obs. MAINGUY (D.) ; *JCP G*, 2006, IV 1584.

Cass. civ. II, 7 mars 2006, Bull. civ. 2006, II, n° 63.

CA Toulouse, 9 mars 2006, J.-D. n° 2006-299563.

CA Paris, 14 mars 2006, *RJDA*, oct. 2006, n° 1038.

Cass. civ. III, 14 mars 2006, n° 04-10627.

CA Riom, ch. com., 29 mars 2006, *Estival c/ SRL Gruppo 80 Kriziapoi*, J.-D. n° 2006-304787.

Cass. civ. I, 3 mai 2006, n° 05-10411.

Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-42210, Bull. civ. V, n° 169.

Cass. civ. I, 16 mai 2006, n° 03-12537.

Cass. civ. I, 16 mai 2006, n° 03-16253, Bull. civ. I, n° 253.

Cass. civ. III, 31 mai 2006, Bull. Civ. III, n° 136.

CA Lyon, 1^{er} juin 2006, *D. soc.*, 2006, n° 125, *JCP E*, 2007, 1049, n° 4, note CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.).

Cass. com., 20 juin 2006, *JCP G*, 2006, IV, 2572.

Cass. civ. I, 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 369 ; *D.*, 2006, IR, 2052, obs. DELPECH (X.) ; *Rép. proc. civ.* Sept. 2006, *Cahiers de l'actualité*, p. 22, obs. DELPECH (X.).

Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255, Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; *RLDC*, 2007/34, n° 2346, note BRUN (Ph.) ; *RLDA*, 2006/11, n° 656, note JACQUES (Ph.), *D.*, 2006, p. 2825, note VINEY (G.) ; *JCP G*, 2006, II, n° 10181, avis GARIAZZO (A.), note BILLIAU (M.).

CA Paris, 14^e ch. B., 13 oct. 2006, *Rev. arb.*, 2008, 149, obs. TRICOIT (T.).

CA Lyon, ch. soc., 30 oct. 2006, J.-D. n° 2006-321111.

Cass. civ. I, 7 nov. 2006, n° 04-13454.

Cass. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12863, Bull. mixte, n° 9, p. 29.

Cass. com., 28 nov. 2006, *RTD Civ.*, 2007, 345, obs. MESTRE (J.) et FAGES (B.).

Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-15818.

Cass. civ. II, 11 janv. 2007, n° 06-11478.

Cass. civ. I, 16 janv. 2007, Bull. civ. I, n° 19.

Cass. civ. I, 23 janv. 2007, n° 05-12722.

Cass. civ. III, 23 janv. 2007, n° 05-18523.

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13189.

Cass. civ. I, 13 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 59.

Cass. soc., 27 févr. 2007, n° 05-44984, Bull. civ. V, n° 32.

Cass. civ. I, 13 mars 2007, n° 06-10229, *JCP G*, 2007, I, n° 161, spéc. n° 12, obs. GROSSER (P.).

Cass. com., 20 mars 2007, *JCP G*, 2007, I, 179, n° 10, obs. CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.) ; II, 10103, note HOVASSE (H.).

Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10452.

Cass. civ. I, 3 avr. 2007, n° 06- 12831, Bull. civ. I, n° 142.

Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-12282, Bull. civ. IV, n° 128.

Cass. civ. I, 15 mai 2007, n° 06-15318.

Cass. civ. III, 23 mai 2007, n° 06-11889.

Cass. com., 5 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 157.

CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, J.-D. n° 2007-342525.

Cass. com., 10 juill. 2007, Bull. civ. IV, n° 188, *D.*, 2007, 2839, note STOFFEL-MUNCK (Ph.) et 2844, note GAUTIER (P.-Y.) ; *JCP G*, 2007, II, 10154, note HOUTCIEFF (D.) ; *CCC*, 2007, n° 294, note LEVENEUR (L.) ; *Defr.*, 2007, 1454, obs. SAVAUX (É.) ; *RDC*, 2007, 1107, obs. AYNÈS (L.) et 1110 obs. MAZEAUD (D.) ; *RTD Civ.*, 2007, 773, obs. FAGES (B.).

Cass. civ. III, 12 sept. 2007, Bull. civ. III, n° 143.

CA Nancy, 26 sept. 2007, J.-D. n° 2007-350306 ; *D.*, 2008, 1120, note BOUTONNET (M.) ; *JCP G*, 2008, II, 10091, note LAMOUREUX (M.) ; *RLDC*, 2008/5, n° 2969, note CACHARD (O.) ; *RTD Civ.*, 2008, 295, obs. FAGES (B.).

Cass. civ. I, 30 oct. 2007, n° 06-13366, Bull. I, n° 329 ; *D.*, 2008, pan. 507, obs. PENNEAU (J.) ; *Rev. arb.*, 2008, 148, obs. TRICOIT (T.).

CA Paris, 8 nov. 2007, *D.*, 2008, p. 180, obs. CLAY (T.) ; *LPA*, 25 mars 2008, p. 3, obs. CLAVEL (S.).

Cass. civ. II, 8 nov. 2007, n° 06-19765.

Cass. civ. II, 8 nov. 2007, n° 07-11219.

Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15128.

Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-19076, *Proc.*, 2008, comm. 18, obs. ROLLAND (B.).

Cass. com., 18 déc. 2007, Bull. civ. n° 265.

Cass. civ. I, 20 déc. 2007, J.-D. n° 2007-041982, Bull. civ. I, n° 393.

Cass. civ. II, 20 déc. 2007, n° 07-10060.

Cass. com., 8 janv. 2008, n° 05-13735.

CA Paris, 30 janv. 2008, *GP*, 29 mars 2008, n° 89, p. 38.

Cass. civ. III, 30 janv. 2008, n° 07-10133.

CA Paris, 7 févr. 2008, J.-D. n° 2008-363366 ; *Rev. arb.*, 2008, p. 501, note RACINE (J.-B.).

CA Grenoble, ch. com., 13 févr. 2008, J.-D. n° 366563.

CA Paris, 28 févr. 2008, J.-D. n° 2008-359055 ; *D.*, 2008, p. 1325, note MEESE (R.).

Cass. civ. I, 13 mars 2008, n° 05-12551, Bull. civ. I, n° 76.

Cass. civ. II, 15 mai 2008, n° 07-13508.

Cass. civ. I, 22 mai 2008, n° 07-14808.

Cass. soc., 4 juin 2008, n° 04-40609, Bull. civ. V, n° 123.

Cass. civ. II, 10 juill. 2008, Bull. civ. 2008, II, n° 177.

Cass. civ. I, 18 sept. 2008, n° 06-14637.

Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-10025 ; *RTD Civ.*, 2009, p. 320, obs. FAGES (B.).

Cass. civ. III, 24 sept. 2008, n° 07-13989 ; *RTD Civ.*, 2008, p. 675, obs. FAGES (B.) ; *D.* 2008, p. 2497, note FOREST (G.) ; *JCP G*, 2008, IV, n° 2659, *RDC*, 2008, n° 20, p. 2290, note SAVAUX (É.), *RLDC*, 2008/54, n° 3175.

Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-13133, J.-D. n° 2008-045589 ; J.-D. n° 07-16056 ; J.-D. n° 2008-04590 et n° 07-16379 ; J.-D. n° 2008-045613.

Cass. civ. I, 30 oct. 2008, n° 07-19736, J.-D. n° 2008-047451.

Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-17776.

Cass. civ. I, 27 nov. 2008, n° 07-18142.

Cass. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12307, Bull. civ. n° 3.

Cass. civ. I, 17 déc. 2008, n° 07-20468, *D.*, 2009, AJ, p. 166, obs. EGEA (V.).

Cass. civ. I, 22 janv. 2009, n° 06-15370.

Cass. civ. II, 22 janv. 2009, n° 07-20878.

CA Paris, 28 janv. 2009, *RJDA*, 2009, n° 586, *RTD Civ.*, 2009, p. 529, obs. FAGES (B.).

Cass. civ. III, 28 janv. 2009, n° 07-20891, *D.*, 2009, 2008, note HOUTCIEFF (D.) ; *RDC*, 2009, p. 999, obs. MAZEAUD (D.) ; *RDI*, 2009, 254, obs. MALINVAUD (P.) ; *RTD Civ.* 2009, 317, FAGES (B.).

Cass. civ. III, 28 janv. 2009, n° 07-20891.

Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-21827.

Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12415, J.-D. n° 2009-047014 ; *CCC*, 2009, comm. 123, obs. LEVENEUR (L.) ; *RTD Civ.* 2009, p. 318, obs. FAGES (B.) ; *RDC*, 2010, p. 44, obs. GÉNICON (Th.).

Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-21238 ; n° 07-17711 ; n° 07-20061 et 08-10911.

Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *D.*, 2009, 723 ; *D.*, 2009, 1245, note HOUTCIEFF (D.).

Cass. com., 10 mars 2009, n° 07-20632, J.-D. n° 2009-047377.

Cass. civ. III, 25 mars 2009, n° 08-11326, *D.*, 2009, 1020 ; *RTD Civ.*, 2009, 317, obs. FAGES (B.).

Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20991, *D.*, 2010, p. 233, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *JCP G*, 2009, doct., n° 273, spéc. n° 33, obs. GROSSER (P.) ; *RTD Civ.*, 2009, p. 320, obs. FAGES (B.).

Cass. civ. I, 8 avr. 2009, n° 08-10.678.

Cass. civ. I, 30 avr. 2009, n° 08-11093, *Defr.*, 2009, 1289, obs. LIBCHABER (R.), *RDC*, 1^{er} oct. 2009, n° 4, p. 1363 et s., obs. MAZEAUD (D.).

Cass. civ. II, 7 mai 2009, n° 08-11391.

Cass. civ. II, 7 mai 2009, n° 08-17325, 08-16500 et 08-16501.

Cass. civ. III, 19 mai 2009, n° 08-16002, *LEDC*, oct. 2009, p. 6, obs. DESHAYES (O.), *RDC*, 1^{er} janv. 2010, n° 1, p. 52, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; 10 juill. 2013, n° 12-13851, *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 27, obs. DESHAYES (O.).

Cass. soc., 27 mai 2009, *D.*, 2009, AJ, 1615 ; *RJS*, 2009, 624, n° 689 ; *JCP S*, 2009, 1338 ; *JCP E*, 2009, 1830.

Cass. civ. I, 28 mai 2009, n° 08-14421 ; *RTD Civ.*, 2010, p. 720, obs. FAGES (B.).

Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17843, *Rev. soc.*, 2010, p. 87 et s., note DOM (J.-Ph.) ; *D.* 2010, p. 287 et s., obs. LAMAZEROLLES (E.) ; *RTD Civ.*, 2009, p. 741 et s., obs.

GAUTHIER (P.-Y.) ; *JCP E*, 2009, n° 1767, obs. DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.) ; *Dr. soc.*, 2009, comm. 175, note COQUELET (M.-L.) ; *Dr. soc.*, 2009, comm. 180, note MORTIER (R.).

Cass. civ. III, 10 juin 2009, *RDC*, 2010, p. 125, obs. SEUBÉ (J.-B.).

Cass. civ. II, 25 juin 2009, n° 08-16206.

Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-14944, *D.*, 2010, p. 233, obs. FAUVARQUE-COSSON (B.) ; *JCP G*, 2009, doct., n° 273, spéc. n° 33, obs. GROSSER (P.).

Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-17789.

Cass. civ. II, 9 juill. 2009, *Bull. civ.* 2009, II, n° 189.

Cass. civ. I, 24 sept. 2009, n° 08-14524, *J.-D.* n° 2009-049606 ; *RDC*, 2010, p. 44, obs. GÉNICON (Th.).

Cass. civ. III, 6 oct. 2009, n° 08-12361.

Cass. civ. II, 8 oct. 2009, n° 08-18492.

Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274.

Cass. civ. I, 30 oct. 2009, *RJDA*, 8-9/09, n° 697.

Cass. civ. II, 10 nov. 2009, n° 08-21447.

Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-21175.

Cass. civ. III, 9 déc. 2009, n° 04-19923, *D.*, 2010, n° 8, p. 476, note BILLEMONT (J.) ; n° 18, p. 1103, obs. MONGE (A.-C) et NESI (F.) ; *AJDI*, 2010, 311, note DUMONT-LEFRAND (M.-P.) ; *RTD Civ.*, 2010, 105, obs. FAGES (B.) ; *RDC*, 2010, p. 561, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; p. 666, MAZEAUD (D.) et SEUBÉ (J.-B.) ; *Dr. et pat.*, n° 194, juill.-aout 2010, p. 103, AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.) ; *GP*, 8 avr. 2010, p. 20, 11257, HOUTCIEFF (D.).

Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-20898.

Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-70423.

Cass. com., 26 janv. 2010, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 18 ; *D.* 2010, p. 2178, note MAZEAUD (D.).

Cass. civ. I, 3 févr. 2010, n° 08-21288, *Sté Merial c/ Sté Klocke Verpackung – Service GMBH*, *J.-D.* n° 2010-051391 ; *JCP E*, 25 févr. 2010, n° 8, p. 21 et s., note ORTSCHIEDT (J.) ; *D.*, 2010, 448, obs. DELPECH (X.) ; *GP*, 28 mai 2010, n° 148-149, p. 39 et s., note TRAIN (F.-X.) ; *JCP G*, 07 juin 2010, n° 23, p. 1176 et s., note HOUTCIEFF (D.).

Cass. civ. II, 4 févr. 2010, *JCPG*, 2010, 428, obs. KULLMANN (J.).

Cass. civ. II, 25 févr. 2010, n° 09-11352, *RDC*, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 814 obs. LAITHIER (Y.-M.).

Cass. civ. III, 17 mars 2010, n° 09-13158.

Cass. civ. I, 6 mai 2010, *D.*, 2010, 1279, obs. DELPECH (X.).

Cass. civ. III, 6 mai 2010, n° 09-14690, *J.-D.* n° 2010-005824.

Cass. com., 11 mai 2010, n° 09-13080.

Cass. civ. III, 26 mai 2010, n° 09-15317, *J.-D.* n° 2010-007177, *Bull. civ.* III, n° 103.

Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-12602.

Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67814.

Cass. civ. III, 23 juin 2010, n° 09-15939, *J.-D.* n° 2010-010092.

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841.

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, *JCP G*, 2010, 1056, FAVARIO (T.)
 Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-68053.
 Cass. civ. III, 15 sept. 2010, n° 09-10339.
 Cass. civ. I, 16 sept. 2010, n° 09-15370.
 Cass. civ. III, 6 oct. 2010, n° 09-69914.
 Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69203.
 Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-16881.
 Cass. com., 30 nov. 2010, n° 10-30274.
 Cass. civ. III, 15 déc. 2010, n° 10-10473.
 Cass. civ. II, 16 déc. 2010, n° 09-71575, *Bull. civ.* 2010, II, n° 212 ; *JCP G*, 2011, doct. 666, n° 12, obs. CLAY (T.) ; *RTD Civ.*, 2011, p. 170, note PERROT (R.) ; *Dr. des contrats*, L'essentiel, 1^{er} févr. 2011, n° 2, p. 6, obs. GUERLIN (G.) ; *RDC*, 2011, p. 916, obs. PELLETIER (C.).
 Cass. civ. III, 9 févr. 2011, n° 10-11573, *RDC*, 2012, p. 125, PIMONT (S.) ; *RLDC*, 1^{er} avr. 2011, n° 81, p. 15 et s., note PAULIN (A.).
 Cass. civ. I, 17 févr. 2011, n° 10-13980, *D.*, 2011, p. 676, obs. ROUQUET (Y.).
 Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13299, *Dr. et pat.*, 1^{er} févr. 2012, n° 211, p. 71-73, STOFFEL-MUNCK (Ph.).
 Cass. com., 15 mars 2011, n° 09-13299.
 Cass. civ. III, 16 mars 2011, n° 10-10503.
 Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12.187, *RDC*, 2012, p. 884, obs. PELLETIER (C.).
 Cass. civ. III, 11 mai 2011, n° 10-12875.
 Cass. civ. I, 9 juin 2011, n° 10-20206, SEUBÉ (J.-B.), *JCP E*, 2012, n° 1027.
 Cass. civ. III, 22 juin 2011, n° 10-12798 ; *RTD Civ.*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 534, FAGES (B.).
 Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71113 ; J.-D. n° 2011-014300 ; *Bull. civ.* 2011, IV, n° 118 ; *JCP G*, 2011, 901, DISSAUX (N.) ; *JCP G*, 2011, doct. 1259, n° 7, obs. SIMLER (Ph.).
 Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-25386.
 Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22888, *JCP G*, 2011, n° 1250, note HOUTCIEFF (D.) ; *RTD Civ.*, 2011, p. 760, obs. FAGES (B.), *D.*, 2011, obs. DELPECH (X.), p. 2345.
 Cass. civ. I, 6 oct. 2011, n° 10-19190 et 10-30797.
 Cass. civ. II, 6 oct. 2011, n° 10-15370.
 Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 10-16649.
 Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27838, *RDC*, 2012, p. 787, obs. GÉNICON (Th.).
 Cass. civ. III, 30 nov. 2011, n° 10-25451 ; *JCP N*, 6 avr. 2012, n° 14, p. 37, RANDOUX (D.).
 Cass. civ. I, 1^{er} déc. 2011, n° 10-22767.
 Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-30896.
 Cass. civ. I, 15 déc. 2011, n° 10-17691.
 Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-25586.
 Cass. civ. III, 11 janv. 2012, n° 10-22924.
 CA Nîmes, ch. com. 2B, 8 mars 2012, n° 11/0310, 11/04190 et 11/04452.
 Cass. com., 21 mars 2012, n° 11-14174 ; *D.*, 2012, 946, obs. ROUQUET (Y.) ; *D.*, 2013, 863, obs. DAMAS (N.) ; *RDC*, 2012, 763, obs. LAITHIER (Y.-M.) ; 806, obs. DESHAYES (O.) ; *GP*, 4 juill. 2012, n° 186, p. 18, obs. HOUTCIEFF (D.).

Cass. civ. I, 12 juill. 2012, n° 10-19476.

Cass. civ. II, 22 nov. 2012, n° 11-25056, J.-D. n° 2012-026759.

Cass. civ. III, 5 déc. 2012, n° 11-24448, *RDC*, 1^{er} juill. 2013, n° 3, p. 945, note LATINA (M.), p. 1021, note GOLDIE-GÉNICON (C.).

Cass. civ. I, 13 déc. 2012, n° 11-19098.

Cass. civ. III, 5 févr. 2013, n° 12-12124.

Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-26539.

Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-24812, Bull. civ. IV, n° 84

Cass. civ. III, 22 mai 2013, n° 12-16217, *RDC*, 1^{er} mars 2014 n° 1, p. 22, note LAITHIER (Y.-M.).

Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-13360, D, *Sté Odalys*.

Cass. civ. I, 19 juin 2013, n° 12-18478.

Cass. civ. III, 25 juin 2013, n° 11-27904 ; *GP*, 9 oct. 2013, n° 282, p.17, HOUTCIEFF (D.).

Cass. civ. I, 3 juill. 2013, n° 12-21126, J.-D. n° 2013-13830, Bull. civ. 2013, I, n° 144, *JCP G*, 2013, doct. 1256, n° 6, obs. SIMLER (Ph.).

Cass. civ. III, 10 juill. 2013, n° 12-13851, *RDC*, 1^{er} mars 2014 n° 1, p. 27, obs. DESHAYES (O.).

Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-19356, Bull. civ. IV, n° 128, *JCP G*, 2014, n° 4, 568, obs. STOFFEL-MUNCK (Ph.) et BLOCH (C.).

Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20830.

Cass. civ. I, 2 oct. 2013, n° 12-19887, *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 27, obs. DESHAYES (O.) ; *RDC*, 1^{er} juill. 2014, n° 2, p. 171, note GÉNICON (T.).

Cass. civ. III, 9 oct. 2013, n° 12-23379.

Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-25523, *RDC*, n° 3, sept. 2014, p. 406, note BARTHEZ (A.-S.).

Cass. civ. III, 20 nov. 2013, n° 12-29021, *LPA*, 21 janv. 2014, n° 15, p. 10, note HISQUIN (J.-M.).

Cass. civ. II, 6 févr. 2014, n° 13-11767, J.-D. n° 2014-111835, *RCA*, 2014, n° 177.

CA Aix-en-Provence, 8 ch. A, 6 mars 2014, n° 10/12732, 13/4416 et 13/22188, *Bull. Joly entr. en diff.*, 1^{er} juill. 2014, n° 4, p. 257 et s., note DELATTRE (Ch.).

Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29453, *RDC*, 2014, p. 345, note LAITHIER (Y.-M.), *JCP G*, 27 oct. 2014, 1116, n° 44, p. 1970 et s. note GHESTIN (J.) ; *JCP E*, 14 mai 2015, 1224, n° 20, p. 19 et s., ét. DELANGLE (Ch.).

Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27004, *D.*, 2014, p. 176, obs. FRICERO (N.) ; *JCP G*, 2014, 607, obs. CROZE (H.), et 711, note SABARD (O.) ; *JCP E*, 2014, 1290, obs. DISSAUX (N.) ; *LPA*, 2014, n° 181, p. 14, note TRICOIT (J.-P.).

Cass. com., 3 juin 2014, n° 12-17089.

Cass. com., 24 juin 2014, n° 11-27450 et 13-26332.

Cass. civ. I, 2 juill. 2014, n° 13-10076, *JCP E*, n° 4, 22 janv. 2015, n° 1037, p. 36 et s., note VANULS (C.).

Cass. civ. I, 2 juill. 2014, n° 13-17599, *JCP G*, 13 oct. 2014, p. 1827, note DAGORNE-LABBÉ (Y.).

Cass. civ. I, 24 sept. 2014, n° 13-14534, J.-D. n° 2014-021768.

Cass. com., 1^{er} oct. 2014, n°13-11805.
 Cass. civ. I, 29 oct. 2014, n° 13-19729, *D.*, 2015, n° 4, p. 242 et s., note EPSTEIN (A.-S.).
 Cass. civ. I, 29 oct. 2014, n° 13-21980, *D.*, 22 janv. 2015, n° 3, p. 188 et s., note MAZEAUD (V.) ; *JCP E*, n° 4, 22 janv. 2015, p. 40 et s., note DUPONT-LE BAIL (N.).
 Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-10776, *D.*, 23 avr. 2015, n° 15, p. 891 et s.
 Cass. civ. I, 13 nov. 2014, n° 13-21018, J.-D. n° 2014-027228, *JCP E*, n° 3, 19 janv. 2015, p. 84 et s., 49, note DOUCHY-LOUDOT (M.).
 Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Sté Proximo c/ Sté d'architecture et d'urbanisme Arnal-Lafon-Cayron et a.*, J.-D. n° 2014-030449.
 Cass. civ. I, 15 janv. 2015, n° 13-21180, *D.*, 14 mai 2015, n° 18, p. 1075, note GISCLARD (Th.).
 Cass. civ. I, 15 janv. 2015, n° 13-23489, *D.*, 29 janv. 2015, n° 4.
 Cass. civ. II, 29 janv. 2015, n° 14-10544, *JCP G*, n° 12, 23 mars 2015, p. 530, note FOSSIER (Th.).
 Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28262.
 Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-27117, J.-D. n° 2015-002983 ; *JCP G*, n° 19-20, 11 mai 2015, p. 941, note DAGORNE-LABBÉ (Y.).
 Cass. ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13709, *D.*, 12 mars 2015, n° 10.
 Cass. civ. II, 5 mars 2015, n° 13-14364, *D.*, 11 juin 2015, n° 21, p. 123.
 Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14447, *RLDC*, 6 juill. 2015, n° 128, note JUILLET (Ch.).

Juridictions de droit public

CC, 127 DC 19-20 janv. 1981, *D.*, 1982, p. 441, note DEKEUWER (A.).
 CC., 10-11 oct. 1984, *RSC*, 1985, p. 341, obs. BOULOC (B.).
 CC, D° n° 99-419, § 61, JO 16 nov. 1999, p. 16962.
 CC, 11 juin 2010, QPC, *D.*, 2010, 1557, obs. GALLEMEISTER (I.) et 2086, obs. SAINTE ROSE (J.) et PEDROT (Ph.).

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, GAJA*, *D.*, 15^e éd., n° 31.
 CE, 11 mai 1928, *DP*, 1929, 3, 6 et concl. ANDRIEUX (A.) ; *S.*, 1928, 3, 97, concl. ANDRIEUX (A.) et HAURIOU (M.).
 CE Sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol, Lebon* p. 380 ; *AJDA*, 1983, p. 259, concl. LABETOULLE (D.).
 CE, 22 sept. 1993, *Université de Nancy, RD pub.*, 1994, p. 1888.
 CE 29 oct. 2007, avis n° 307736, *D.*, 2008, 1381, note MAISONNEUVE (M.).
 CE, Avis, 1^{er} avr. 2010, *SAS Marsadis*, req. n° 334465.
 CE, 3 déc. 2010, n° 334622.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

CEDH, 3^e section, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, req., n° 341430/96, § 45.
 CEDH, 29 janv. 2013, *Zolotas c/ Grèce*, req., n° 66610/09.

CCI, n° 2291/1975, *Clunet*, 1976, p. 989, obs. DERAÏNS (Y.).
CCI, n° 6219/1990, *Clunet*, 1990, p. 1047, note DERAÏNS (Y.).

JURISPRUDENCE ETRANGERE

Droit allemand

Reichsgericht, 22 sept. 1924, *Juristische Wochenschrift* 1924, p. 196, note V. TUHR (A.).
Obergericht des Kantons Luzern (Trib. sup. du canton de Lucerne), 8 janv. 1997.
Bundesgerichtshof, 25 juin 1997, *D.*, 1998, somm. p. 309, obs WITZ (Cl.) et 25 nov. 1998, *D.*, 1999, p. 356, obs WITZ (Cl.).
Oberlandesgericht Saarbrücken (Tribunal régional supérieur de Sarrebruck), 3 juin 1998, *D.*, 1999, p. 356.
Oberlandesgericht Oldenburg (Tribunal régional supérieur d'Oldenbourg), 5 déc. 2000, *D.*, 2002, som. 314.

Droit belge

Cass. belge, 8 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 819.
Cass. belge, 9 avr. 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887.
Cass. belge, 19 sept. 1983, *Pas.*, 1984, I, 55.
Cass. belge, 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, 1061, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1188, *JT*, 1990, 442, *RCJB*, 1990, 595, note HEENEN (J.), *RDC*, 1991, 207, note CNUDDE (S.), *RW*, 1990-91, 1085, note *JLMB*, 1990, 881, note HENRY (P.), *Ann. Dr. Lg.*, 1990, 283, note MOREAU-MARGREVE (I.), *Res. Jur. Imm.*, 1991, 121, *T. Not.*, 1990, 402.
Cass. belge, 8 févr. 2001, *Pas.*, 2001, 244, *Arr. Cass.*, 2001, 245, *JT*, 2002, 475, *RW*, 2001-02, 778, note VAN OEVELEN (A.), *RGDC*, 2004, 396 et *T. Not.* 2001, 473, note DEWULF (C.).
Cass. belge, 19 juin 2009, *RDC*, 2009, p. 737, obs. SZYCHOWSKA (K.) ; *DA QR* 2010/94, obs. PHILIPPE (D.)

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

– A –

Absolue (contrainte) : 189.

Abus :

- dans la fixation du prix : 90, 302, 315.
- dans la rupture des pourparlers V. *Pourparlers*.
- dans la rupture unilatérale du contrat : 308, 610 et s.
V. aussi *Résolution unilatérale* et *Unilatéralisme*.
- du droit d’agir en justice : 506 et s., 556, 562.

Abus de droit :

- et atteinte à l’utilité du contrat : 280, 294.
- et contrôle de l’équité : 90.
- et devoir de bonne foi V. *Bonne foi (devoir de-)*.
- et incombance : 298 et s.
- Sanctions : 303 et s.

Acceptation des risques : 241, 390 et s.

Accessoire :

- Caractère de l’incombance : 244.
- Obligation de garantie : 218.
- Typologie du devoir : 209 et s.

Acte juridique unilatéral :

- Abus de droit V. *ce mot*.
- Nullité : 462.
- V. aussi *ce mot*.
- Unilatéralisme V. *ce mot*.

Action en justice :

- Intérêt légitime à agir V. *ce mot*.
- Fin de non-recevoir V. *ce mot*.

Actions interrogatoire et provocatoire : 487.

Action oblique :

- et devoir contractuel : 366.

- et incombance contractuelle : 489.

Action paulienne :

- et devoir contractuel : 366.
- et incombance contractuelle : 489.

Adhésion (contrat d’-) : 90.

Affectation : 74.

V. aussi *Effet réel du contrat*.

Agréation : 152 et s., 170, 255, 422, 426, 441, 453, 470.

Aléa :

- et droit potestatif : 221 et s.
- et événement extérieur aux parties : 217 et s.
- et garantie : 217 et s.
- et incombance : 215 et s.
- et obligation conditionnelle : 220.
- et risques : 223 et s.

Aléatoire (contrat) :

- et créance de garantie : 219.
- V. aussi *Assurance (contrat d’-)* et *Cautionnement (contrat d’-)*.

Apparence :

- Mandat : 453.

Assujettissement contractuel :

- et devoir contractuel : 117 et s.
- et incombance contractuelle : 147 et s.
- Fondement juridique : 97 et s.
- Force obligatoire de l’engagement : 107 et s.
- Norme contractuelle : 104 et s., 107 et s.
- Rapport dual d’obligation : 103, 107 et s.
- Sens : 111 et s.

Assurance (contrat d’-) :

- et aléa : 219.
- et incombances : 157.

Astreinte : 361.

Atteinte à l'intégrité physique V. *Sécurité (devoir de-)*.

Autonomie de la volonté (théorie de l') : 6, 15, 289 et s., 325, 406.

– B –

Bail (contrat de-) : 74, 158, 218, 220, 222, 345, 459, 589, 605.

– et droit potestatif : 222 et s.

– et incombance : 158.

Bonne foi (devoir de-) :

– Contenu : 120.

– Essor : 16.

– et abus de droit : 77, 90, 128, 155, 208, 241, 280, 298 et s., 319, 325 et s., 364, 410.

– et but du contrat : 279 et s.

– et clause résolutoire V. *ce mot*.

– et cohérence contractuelle : 121, 325.

– et légitimité de l'intérêt à agir : 539 et s.

– et notion de cause : 294.

– Fondement juridique : 119 et s.

– Portée juridique : 122 et s.

– Régime juridique :

-- Exception d'inexécution V. *ce mot*.

--Exécution forcée en nature V. *ce mot*.

--Fin de non-recevoir V. *ce mot*.

--Résolution V. *ce mot*.

--Responsabilité contractuelle V. *ce mot*.

– C –

Caducité : 464.

Cambiaire (recours) : 160.

Cas fortuit ou de force majeure : 137, 242, 245, 585, 596, 604.

– et déchéance : 453.

– et responsabilité contractuelle : 390 et s.

Cause :

– et contenu contractuel : 292 et s.

– et devoir contractuel : 284 et s.

– et exception d'inexécution : 349.

– et exécution du contrat : 291.

– et fondement du contrat : 289.

– et incombance contractuelle : 266, 601.

– et projet de réforme : 287 et s.

– et résolution du contrat : 579 et s.

– et utilité du contrat : 283 et s.

– Historique : 285 et s.

– Notion : 285 et s.

Cautionnement (contrat de -) :

– et aléa : 219.

– et cause : 265 et s., 600 et s.

– incombances du créancier : 159, 499.

Cession de contrat : 62.

Cession de créance : 58.

Cession de dette : 59.

Charge :

– et incombance : 52.

– et prérogative : 84 et s.

– Preuve : 405, 449.

Classification juridique : 21 et s.

– des devoirs contractuels : 201 et s.

– des incombances contractuelles : 247 et s.

V. aussi *Typologie*.

Clause :

– de garantie de passif V. *Garantie de passif (Clause de-)*.

– d'essai : 170.

Clause de conciliation ou de médiation : 522 et s.

Clauses de non-obligation : 195 et s.

Clauses de responsabilité :

– et devoir contractuel : 402 et s.

– et incombance contractuelle : 262.

Clause illicite :

– et stipulation d'un devoir : 132.

– et stipulation d'une incombance : 172.

Clauses limitatives de responsabilité : 406.

Clause pénale : 407 et s.

– Domaine : 408.

– et déchéance : 498.

- Finalité : 409.
- Inexécution du contrat : 407 et s.
- Intérêts : 410 et s.

Clause réputée non écrite : 463.

Clause résolutoire :

- et devoir contractuel de bonne foi : 251, 280, 314, 325, 328, 548.
- et incombance contractuelle : 314, 325, 328.
- et sanction du mauvais comportement contractuel : 605 et s.

Codébiteurs solidaires : 433.

Cohérence comportementale :

- en droit français : 323 et s., 507 et s.
- et devoir de bonne foi : 539 et s.
- et incombance : 327 et s., 544 et s.

V. aussi *Fin de non-recevoir* et *Intérêt légitime à agir*.

Computation des délais : 474.

Condition mixte :

- et aléa : 220.
- et condition potestative : 220.
- et incombance : 163 et s.
- Fondement de l'article 1178 C. civ. : 165 et s.

Confiance légitime : 322.

Confidentialité (clause de-) : 131.

V. aussi *Secret (Devoir de-)*.

Conflit de devoirs : 189.

Conseil (devoir de-) : 144.

Contrat :

- aléatoire V. *Aléatoire (contrat)*.
- Cession V. *Cession de contrat*.
- Contenu : 19, 68 et s., 104 et s., 121, 126 et s., 140, 146 et s., 271 et s., 301 et s., 372 et s.
- d'adhésion V. *Adhésion (contrat d'-)*.
- d'assurance V. *Assurance (contrat d'-)*.
- d'entreprise : 160.
- de bail V. *Bail (contrat de-)*.
- de cautionnement V. *Cautionnement (contrat de-)*.
- de coopération : 134 et s.

- Définition : 73.
- de société V. *Société (contrat de-)*.
- de travail V. *Travail (contrat de-)*.
- de vente V. *Vente (contrat de-)*.
- Effets : 67 et s.
- Effet réel : 74.
- Effets personnels : 75 et s.
- et obligation : 69 et s.
- Fondement : 15, 94 et s.
- Forçage : 15, 127.
- Force obligatoire : 107 et s.
- Formation : 19, 123, 163, 290 et s.
- médical : 143, 387, 391 et s., 614.
- Objet : 70 et s.
- Organisation : 134.

V. aussi *Inexécution contractuelle*, *Obligation*, *Responsabilité contractuelle*, *Résolution*.

Coopération (devoir de-) :

- Contenu : 135.
- et contrat de coopération : 134.
- Sources légales : 136.

Créance :

- Cession V. *Cession de créance*.

Culpa in contrahendo : 19.

CVIM : 151 et s., 231, 314, 453, 471, 476.

– D –

Décharge :

- de la caution : 80, 159, 244, 252, 266, 328, 440, 449, 499, 545, 600 et s.

V. aussi *Déchéance*.

Déchéance : 414 et s.

- Autonomie : 456 et s.
- Avantages : 313 et s.
- Caractère objectif : 424 et s.
- Caractère préventif : 420 et s.
- Caractère punitif : 422 et s.
- Conditions : 437 et s.
- Définition : 455.

- Diversité : 415 et s.
- Enjeu fiscal : 434.
- V. aussi *Fiscalité*.
- et caducité : 464.
- V. aussi *ce mot*.
- et clause pénale : 498.
- V. aussi *ce mot*.
- et exception d’inexécution : 483 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- et exclusion d’un droit : 459.
- et exécution forcée : 486 et s.
- et fin de non-recevoir : 545 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- et forclusion : 472 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- et incombance : 416 et s.
- et nullité : 460 et s.
- et préjudice : 440.
- et prescription extinctive : 467 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- et proportionnalité : 441.
- et responsabilité contractuelle : 491 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- et volonté tacite : 425 et s.
- Mise en œuvre : 442 et s.
 - Modes : 443 et s.
 - Limites : 451 et s.
- Nature juridique : 419 et s.
- Non-rétroactivité : 450.
- V. aussi *Rétroactivité*.
- Notion : 418 et s.
- Objet : 428 et s.
- Preuve : 449.
- Principe de légalité : 438.
- Principe de personnalité : 439.
- Régime juridique : 436 et s.
- Relèvement : 454.

Déchéance du terme : 594.

Délai :

- et déchéance : 470.

- et forclusion : 473 et s.
- et incombance : 233 et s.
- et prescription : 467 et s.

Délai de grâce : 367.

Délai de préavis : 308.

Délai préfix : 232, 444, 473 et s., 511.

Demeure V. *Mise en demeure*.

Déontologie : 143, 189, 276.

Dette :

- et devoir : 50.

V. aussi *Cession de dette*.

Devoir :

- Définition : 2.
- Droit comparé : 16.
- et droit : 6 et s., 88 et s.
- Historique : 3 et s.

Devoir contractuel :

- Caractère catégorique : 187 et s.
- Caractère essentiel V. *Essentiel (caractère)*.
- Caractère permanent : 183 et s.
- Conflit de devoirs : 189.
- de bonne foi V. *Bonne foi (devoir de-)*.
- de conseil V. *Conseil (devoir de-)*.
- de coopération V. *Coopération (devoir de-)*.
- de faire et de ne pas faire : 202 et s.
- de moyens et de résultat : 389 et s.
- de renégociation V. *Renégociation (devoir de-)*.
- de sécurité V. *Sécurité (devoir de-)*.
- Définition : 177 et s., 200, 296.
- Effet du contrat : 76 et s.
- Éléments caractéristiques : 182 et s.
- et cohérence du comportement : 507 et s.
- et équilibre contractuel : 88 et s.
- et exécution du contrat : 19.
- et faute contractuelle : 190 et s.
- et légitimité de l’intérêt à agir : 538 et s.
- et notion de cause : 284 et s.
- V. aussi *Notion de cause*.
- et obligation civile : 29 et s.

- et utilité du contrat : 271 et s.
- Exception d’inexécution : 342 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- Exécution forcée en nature : 354 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- Extinction : 64 et s.
- Finalité : 269 et s.
- Fondement juridique : 117 et s.
- général : 118 et s.
- V. aussi *Bonne foi (devoir de-) et Sécurité (devoir de-)*.
- Liberté contractuelle : 130 et s.
- Nature juridique : 26 et s., 47 et s.
- Notion : 23 et s.
- Objet : 181 et s.
- principal et accessoire : 209 et s.
- Régime juridique : 60, 62, 64 et s., 339 et s., 504 et s.
- Résolution du contrat : 570 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- Responsabilité contractuelle : 369 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- spécial : 129 et s.
- et nature du contrat : 133.
- et qualité de professionnel : 143 et s.
- et stipulation des parties V. *Liberté contractuelle*.
- Transmission : 60, 62.
- Typologie : 201 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- Devoir juridique** : 8 et s.
- Devoir moral** : 3 et s.
- Devoir procédural** : 556.
- Diligence** : 233.
- V. aussi *Délai*.
- Dol** : 120, 123, 196, 208, 378, 386 et s., 398, 404, 410, 461, 492, 500, 542, 587.
- Dommages contractuel** : 394 et s.
- corporel : 396.
- Dol : 398.

- Enjeu fiscal : 399.
- moral : 395.
- prévisible : 397.

Dommages-intérêts :

- Clause pénale V. *ce mot*.
- Fiscalité V. *ce mot*.
- Mise en demeure V. *ce mot*.

Droit allemand : 10 et s., 19, 242, 319, 424.

Droit anglais : 16, 240, 320, 539.

V. aussi *Duty to mitigate damages* et *Estoppel*.

Droit belge : 13, 240, 251, 461.

Droit canadien : 16.

Droit de créance :

- accessoire : 218, 263 et s.
- principal : 219, 265 et s.

Droit international : 16, 139, 151 et s., 321, 527, 610.

Droit potestatif : 221 et s.

Droit de préemption : 158, 222, 225, 255, 311.

Droit subjectif : 88 et s., 99.

***Duty to mitigate damages* :**

- et incombance : 240 et s.
- et responsabilité civile : 241 et s.

– E –

Effets du contrat : 27 et s.

Élément préalable :

- Incombance : 236
- Prévention de l’abus : 297 et s.

Entreprise (contrat d’-) : 160

Équilibre contractuel : 83 et s.

Équité : 90, 126 et s., 140, 273, 285, 375 et s.

Essentiel (caractère) :

- Incombance contractuelle : 259 et s.
- Devoir contractuel : 195 et s.

Estoppel : 16, 320, 426, 527, 539, 548.

Exception d’inexécution : 341 et s., 479 et s.

- Domaine : 343 et s.
- Effets sur le devoir contractuel : 350 et s.

- et bonne foi : 344 et s.
- et déchéance : 480 et s.
- et gravité de l'inexécution : 345.
- et inexécution anticipée : 348.
- et manquement à l'incombance contractuelle : 480 et s.
- et manquement au devoir contractuel : 342 et s.
- et obligation contractuelle : 341 et s.
- Fondement juridique : 349.

Exclusion d'un droit : 459.

Exécution forcée en nature : 354 et s., 485 et s.

- Astreinte V. *ce mot*.
- Destruction : 362 et s.
- Domaine : 356 et s.
- et action oblique : 366.
- et devoir contractuel : 357 et s.
- et devoir de bonne foi : 367.
- et fraude paulienne : 363.
- et incombance contractuelle : 486 et s.
- et résiliation abusive du contrat : 364.
- Injonction de faire V. *ce mot*.
- Substitution (procédé de-) : 365.

– F –

Fait ou faute de la victime : 241 et s.

V. aussi *Mora creditoris* et *Duty to mitigate damages*.

Faute : 191 et s.

Faute contractuelle : 193, 370 et s.

- aggravée : 388.
- Controverses : 385 et s.
- et devoir : 190 et s., 370 et s.
- et incombance : 239.
- ordinaire : 387.
- Preuve : 389 et s.
- relativité (principe de-) : 380 et s.
- Unité : 386 et s.

Faute délictuelle : 377 et s.

Fiction de volonté : 103, 254 et s., 326, 425 et s., 432.

Fin de non-recevoir : 507 et s.

- Autorité de la chose jugée : 566.
- Controverses : 513 et s.
- Définition : 512 et s.
- et débat au fond : 518.
- et déchéance : 545 et s.

V. aussi *ce mot*.

- et devoir contractuel de bonne foi : 539 et s.
- et droit d'agir en justice : 517.
- et illégitimité de l'intérêt à agir : 530 et s.

V. aussi *Intérêt légitime à agir*.

- et incohérence comportementale : 527 et s.
- et incombance contractuelle : 544 et s.
- et pouvoir du juge : 526 et s.

– et prescription : 565.

– et procès : 516.

– Notion : 511 et s.

– Régime : 550 et s.

--Décision : 559 et s.

--Demande : 551 et s.

– Sources : 520 et s.

– Voies de recours : 567.

Fiscalité :

– et déchéance : 434.

– et indemnité contractuelle : 399.

Force majeure V. *Cas fortuit ou de force majeure*.

Force obligatoire du contrat : 96 et s.

Forclusion : 473 et s.

– et déchéance : 473 et s.

– et point de départ du délai : 474.

– Régime : 475.

Formalité : 14, 52, 231, 250 et s., 421, 472, 526.

Fraude paulienne : 107, 113, 363.

– G –

Garantie de passif ou de créance (clause de-) : 169.

Garantie des vices cachés : 153.

Garantie d'éviction : 154.

– H –

Hardship (clause de-) : 139.

Hypothétique (contrainte) : 236 et s.

– I –

Impartialité du juge : 563.

Imprévision (théorie de la révision du contrat pour-) :

- Contenu : 141.
- Droit international des contrats : 139.
- Exposé : 137 et s.
- et devoir de renégocier : 137 et s.
- Fondement : 140.

Incombance :

- Définition : 2.
- Droit allemand : 10 et s.
- Droit belge : 13.
- Droit français : 14.
- Droit suisse : 12.
- Droit néerlandais : 13.
- et obligation : 1, 10 et s., 29 et s.

Incombance contractuelle :

- accessoire (caractère) : 244.
- caractères partagés : 244 et s.
- caractères propres : 229 et s.
- de faire et de ne pas faire : 249 et s.
- Déchéance V. *ce mot*.
- Définition : 177 et s., 246, 331.
- de résultat (caractère) : 245.
- Droit international : 151 et s.
- Effet du contrat : 81 et s.
- Éléments caractéristiques : 214 et s.
- essentiel (caractère) V. *ce mot*.
- et abus de droit : 298 et s.
- et aléa quant à l'exercice d'un droit : 215 et s.

V. aussi *Élément préalable*.

- et clause abusive : 172.
- et cohérence du comportement : 317 et s., 545 et s., 548.
- et condition résolutoire : 312.
- et diligence : 233 et s.
- et droit accessoire : 263 et s.
- et droit principal : 265 et s.
- et équilibre contractuel : 91.
- et exception d'inexécution : 480 et s.

V. aussi *ce mot*.

- et exécution du contrat : 19.
- et exécution forcée en nature : 486 et s.

V. aussi *ce mot*.

- et faute contractuelle : 239 et s.

V. aussi *ce mot*.

- et fiction de volonté : 254 et s.
- et fin de non-recevoir : 507 et s.
- et formalité : 250 et s.

V. aussi *Mise en demeure*.

- et légitimité de l'intérêt à agir : 544 et s.
- et négligence : 232.
- et obligation civile : 29 et s.
- et prévention de l'abus : 297 et s.
- et responsabilité contractuelle : 491 et s.

V. aussi *ce mot*.

- et résolution du contrat : 593 et s., 607 et s., 615.

V. aussi *ce mot*.

- Extinction : 64 et s.
- Finalité : 297 et s.
- Fondement juridique : 146 et s.
- hypothétique (caractère) : 235 et s.
- Liberté contractuelle : 168 et s.
- Nature juridique : 26 et s., 51 et s.
- Notion : 23 et s.
- Objet : 213 et s.
- ponctuel (caractère) : 230 et s.
- Régime juridique : 61, 64 et s., 258 et s., 414 et s., 504 et s.

V. aussi *Déchéance, Fin de non-recevoir et Résolution judiciaire*.

- Transmission : 61 et s.
- Sources : 149 et s.
- Superposition : 171.
- Typologie : 247 et s.

V. aussi *ce mot*.

Indemnité contractuelle : 398 et s.

- Enjeu fiscal : 399.

Inexécution contractuelle : 341 et s.

Inextinguible (caractère) :

- Devoir contractuel : 64 et s.
- Incombance contractuelle : 64 et s.

Information :

- et devoir de conseil : 143.
- et incombance : 54.

Injonction de faire : 360.

Intérêt légitime à agir : 530 et s.

- Critiques : 532 et s.
- et incohérence du contractant : 537 et s.
- et devoir contractuel de bonne foi : 539 et s.
- et incombance contractuelle : 544 et s.
- Fin de non-recevoir V. *ce mot*.
- Notion : 531 et s.
- Sens retenu : 535 et s.

Intérêts moratoires : 251, 398.

V. aussi *Mise en demeure*.

Intransmissible (caractère) :

- Devoir contractuel : 60.
- Incombance contractuelle : 61.

Irrecevabilité V. *Fin de non-recevoir*.

– J –

Juge des référés : 308, 364, 524, 619.

– L –

Lésion V. *Proportionnalité du cautionnement*.

Lettre de change : 160, 261.

V. aussi *Cambiaire (recours)*.

Libéralité : 74, 312.

Liberté contractuelle : 48, 131 et s., 168 et s., 307, 407, 449, 604 et s.

Lien de causalité :

- et minimisation du dommage : 242.
- et responsabilité contractuelle : 383, 395.

Loyauté V. *Devoir contractuel de bonne foi, Devoir contractuel de coopération*.

– M –

Mandat apparent V. *Apparence (mandat)*.

Mauvaise foi V. *Bonne foi (devoir de-)*.

Mesures préventives : 305 et s.

V. aussi *Motivation (Obligation de) et Délai de préavis*.

Minimisation des pertes V. *Duty to mitigate damages*.

Mise en demeure : 251.

Mixte (condition) :

- et aléa : 220, 226.
- et déchéance : 497 et s.
- et incombance contractuelle : 163 et s.

V. aussi *Condition*.

Mode de preuve V. *Preuve*.

Mora creditoris : 156, 160, 314, 548.

Moral, ale, aux V. *Devoir moral, Contrainte comportementale*.

Moratoire V. *Mise en demeure*.

Motivation (obligation de) : 307.

Moyens V. *Devoir contractuel de moyens ou de résultat*.

Mutuus dissensus : 610.

– N –

Négligence : 227 et s., 232, 414, 422.

Nemo auditur... : 527 et s.

Non concedit venire contra factum proprium :
319, 547.

Non-concurrence (clause de-) : 205.

Normativisme (doctrine) : 104 et s.

Notaire : 144, 189, 379.

Novation : 59 et s.

Nullité : 460 et s.

– O –

Objet :

- du contrat : 43, 70.
- du devoir contractuel : 271 et s.
- de l'incombance contractuelle : 213 et s.
- de l'obligation civile : 36 et s., 42 et s., 70.

Obligation :

- Catégories : 201 et s.
- conditionnelle V. *Condition*.
- d'information V. *Information*.
- de donner, de faire ou de ne pas faire : 203 et s.
- de garantie V. *Garantie de passif ou d'actif*, *Garantie des vices cachés*, *Garantie d'éviction*.
- de moyens ou de résultat : 374, 387.
- de somme d'argent : 356.
- Définition : 1, 33 et s.
- Nature juridique : 31 et s.
- Notion de prestation : 41 et s.
- et contrat : 69 et s.
- Extinction : 63.
- Historique : 34 et s.
- Inexécution V. *Inexécution contractuelle*.
- monétaire : 204, 409.
- naturelle : 55.
- réelle : 89.
- Régime général : 57 et s.
- Sources : 71.
- Transmission V. *Cession de contrat, de créance, de dette*.

Offres réelles V. Mora creditoris.

Ordre public : 48, 60, 132, 160, 172, 192, 196 et s., 260 et s., 287, 405, 444, 453, 609.

Option V. Droit potestatif.

– P –

Pacte de préférence : 73, 363.

Paie ment :

- Consignation V. *Offres réelles*.
- Délai de grâce V. *ce mot*.
- Offres réelles V. *ce mot*.

Paie ment de l'indu : 432.

Patrimoine : 38, 43, 50, 205, 366, 431, 489.

Peine :

- Déchéance : 422 et s.
- V. aussi *ce mot*.
- Peine privée : 423, 492.

Péremption : 454, 474 et s.

Personne morale : 73.

Perte d'un droit V. Déchéance.

Ponctuel (caractère) : 229 et s.

Porte-fort (contrat de) : 211.

Potestatif, ve :

- Droit V. *Droit potestatif*.
- Condition V. *Condition potestative*.

Pourparlers : 19, 123, 280, 319.

Pouvoir : 84 et s.

Préavis V. Délai de préavis.

Préemption (droit de-) V. Droit de préemption.

Préjudice :

- économique : 396.

V. aussi *Dommage contractuel*.

Prérogative : 83 et s.

V. aussi *Droit subjectif*, *Pouvoir*.

Prérogative contractuelle : 301 et s.

V. aussi *Droit potestatif*.

Prescription extinctive : 467 et s.

- Finalité : 470.
- et déchéance : 471.
- et forclusion : 472.

- Objet de la perte : 469.

Prestation : 41 et s.

V. aussi *Objet de l'obligation*.

Preuve :

- de l'incombance : 449.
- Faute contractuelle : 389 et s.

V. aussi *Charge*.

Principal, aux :

- Typologie des devoirs contractuels : 209 et s.
- Caractère de l'incombance contractuelle : 244.

V. aussi *Accessoire*.

Principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui : 321.

Procéduralisation : 299 et s., 612.

Procédure civile V. *Fin de non-recevoir, Forclusion, Prescription*.

Produits défectueux : 401, 405.

Professionnels :

- Devoir de conseil : 143 et s.
- Responsabilité : 379.

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : 18, 59, 73, 123, 127, 138, 251, 287, 302, 345, 348, 406, 489, 571 et s., 603 et s.

Promesse pour autrui V. *Porte-fort (clause de-)*.

Proportionnalité du cautionnement : 461.

Prosélytisme : 49.

Protêt : 160, 261.

– Q –

Qualification juridique : 20.

Quasi-contrats V. *Paiement de l'indu*.

– R –

Réfaction : 303, 307, 313, 430, 439, 546, 588.

Régime :

- général de l'obligation : 58 et s.
- Contrainte comportementale : 60 et s.

Relevé :

- de forclusion : 472, 475.
- et déchéance : 454.

Renégociation :

- Clause : 139.
- Devoir contractuel : 137 et s.
- et but du contrat : 281.

V. aussi *Imprévision (Théorie de la révision du contrat pour-)*.

Renonciation : 453, 559.

Renonciation tacite : 157, 254 et s., 319, 325, 424 et s., 432.

V. aussi *Fiction de volonté*.

Repentir (droit de) : 280.

Répétition de l'indu V. *Paiement de l'indu*.

Résolution judiciaire : 573 et s.

- aux torts de la partie fautive : 591.
- Domaine : 577 et s.
- et cause du contrat : 579 et s.
- et condition résolutoire : 578.
- et déchéance : 594 et s.
- et devoir contractuel : 575 et s.
- et devoir de bonne foi : 588.
- et devoir de sécurité : 589.
- et incombance contractuelle : 592 et s.
- et inexécution contractuelle : 584 et s.
- Gravité de l'inexécution : 585 et s.
- Gravité de l'effet : 573.

Résolution unilatérale : 610 et s.

- Admission : 610
- Conditions : 611 et s.
- Effets : 617 et s.
- Gravité du manquement : 613.
- Devoir contractuel : 614.
- Incombance contractuelle : 155, 615.
- Unilatéralisme V. *ce mot*.

Résolutoire (clause-) :

- Condition résolutoire potestative : 608.
- Devoir contractuel : 605 et s.
- Incombance contractuelle : 607.

– Liberté contractuelle : 604.

Responsabilité (clauses de-) :

- Clause de non-responsabilité V. *ce mot*.
- Clause limitative de responsabilité V. *ce mot*.

Responsabilité contractuelle : 369 et s., 491 et s.

- Aménagement : 402 et s.
- Autonomie : 400 et s.
- Conditions : 370 et s.
 - Faute contractuelle : 371 et s.

V. aussi *ce mot*.

- Dommage contractuel : 394 et s.

V. aussi *ce mot*.

- Contenu du contrat : 373 et s.
- et déchéance : 491 et s.
- et devoir contractuel : 369 et s.
 - de bonne foi : 378.
 - de sécurité : 377.
- et incombance contractuelle : 495 et s.
- et qualité de professionnel : 379.
- et responsabilité délictuelle : 400 et s.

Responsabilité délictuelle : 380 et s.

Responsabilité précontractuelle : 19.

Résultat V. *Devoir de moyens et de résultat*.

Réticence dolosive : 123.

Rétroactivité : 450, 464, 574.

Révision pour imprévision V. *Imprévision*
(*théorie de la révision du contrat pour-*).

Risque d'arbitraire du juge (critique du) : 282.

Risques liés à un aléa : 223 et s.

– S –

Sanction :

- Contrainte comportementale : 60 et s., 335 et s.
- Devoir contractuel : 339 et s., 504 et s.
- Incombance contractuelle : 414 et s., 504 et s.

Secret (devoir de-) : 145.

Sécurité (devoir de-) :

- de moyens ou de résultat : 392 .
- Devoir contractuel général : 118 et s.
- et but du contrat : 278.

– Fondement : 125 et s.

– Régime juridique :

- Exception d'inexécution V. *ce mot*.
- Exécution forcée en nature V. *ce mot*.
- Fin de non-recevoir V. *ce mot*.
- Résolution V. *ce mot*.
- Responsabilité contractuelle V. *ce mot*.

Servitude : 152.

Silence : 157 et s., 162, 255 et s., 425.

Sinistre (incombance de déclaration du-) : 10, 13, 14, 65, 80, 91, 157, 219, 224 et s., 232, 236, 238, 422, 425, 431, 434, 439 et s., 449, 453, 459, 489, 545, 601.

Société (contrat de-) : 161.

Solidarisme contractuel : 17 et s.

Subrogatoire (recours) : 159, 494, 499, 601.

Surendettement : 367.

Surveillance (devoir de-) :

- des fonds V. *Sécurité (devoir de-)*.

Synallagmatique (contrat) :

- Cause : 349.
- Exception d'inexécution : 343 et s.
- Résolution : 577 et s.

– T –

Tiers : 380 et s.

Travail (contrat de-) : 162.

TVA : 399.

V. aussi *Fiscalité*.

Typologie :

- des devoirs contractuels : 201 et s.
- des incombances contractuelles : 247 et s.

– U –

Uniform Commercial Code : 16.

Unilatéralisme : 155, 280, 300, 302, 315, 571, 611.

Utilitarisme : 273 et s.

- et science juridique : 273.
- et contrat : 274

Utilité du contrat : 272 et s.

– et intérêt du contrat : 275.

– et devoirs contractuels : 276 et s.

– V –

Vente (contrat de-) :

– Droit international : 152 et s.,

– Garantie des vices cachés : 152 et s.,

– Garantie d'éviction : 154.

Vices du consentement : 19, 123, 307, 461.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
PREMIERE PARTIE - LES NOTIONS DE DEVOIR ET D'INCOMBANCE CONTRACTUELS.....	43
TITRE I - DES CONTRAINTES COMPORTEMENTALES IMPOSEES AU CONTRACTANT	47
Chapitre I - Une nature commune.....	49
Section I - Des notions distinctes de l'obligation.....	50
§1- Une différence de nature avec l'obligation	50
A- La nature patrimoniale de l'obligation civile.....	50
1. L'évolution de la notion d'obligation	51
2. La caractérisation de la notion d'obligation.....	56
a. La prestation comme objet de l'obligation.....	57
b. La valeur comme objet de la prestation	59
B- La nature purement comportementale des devoirs et des incombances	61
1. La nature purement comportementale du devoir.....	61
2. La nature purement comportementale de l'incombance	66
§2- Des différences de régime avec l'obligation	73
A- Le caractère intransmissible à titre principal du devoir et de l'incombance	73
B- Le caractère inextinguible à titre principal du devoir et de l'incombance	79
Section II - Des effets de la conclusion du contrat.....	82
§1- L'identification du contenu non-obligationnel du contrat.....	83
A- La distinction de l'obligation et du contrat	83
1. L'obligation comme effet du contrat.....	84
2. L'obligation comme l'un des effets du contrat	86
B- Des effets personnels non-obligationnels du contrat.....	89
1. Le devoir comme effet de la conclusion du contrat	90
2. L'incombance comme effet de la conclusion du contrat	92
§2- Des instruments de l'équilibre contractuel.....	94
A- Un nécessaire équilibre entre prérogative et contrainte	94
B- Un équilibre assuré au moyen de devoirs et d'incombances contractuels	97
Chapitre II - Un fondement commun	105
Section I - Force obligatoire du contrat et assujettissement contractuel.....	106
§1- Le fondement de l'assujettissement contractuel.....	106
A- Les origines en doctrine classique	107
B- Les analyses modernes	108
1. Exposé des analyses.....	109
a. L'assujettissement du débiteur fondé sur une analyse dualiste de l'obligation	109
b. L'assujettissement du contractant fondé sur une analyse normativiste du contrat	110
2. L'assujettissement fondé sur la force obligatoire de l'engagement.....	112
§2- Le sens de l'assujettissement contractuel.....	116
Section II - Assujettissement contractuel et devoir et incombance contractuels	119
§1- Les devoirs nés de l'assujettissement contractuel	119
A- Les devoirs contractuels généraux.....	120
1. Le devoir contractuel de bonne foi	120
2. Le devoir contractuel de sécurité	125
B- Les devoirs contractuels spéciaux.....	131
1. Les devoirs contractuels spéciaux issus des stipulations des parties.....	131
2. Les devoirs contractuels spéciaux liés à la nature du contrat	134
a. Le devoir de coopération	135
b. Le devoir de renégocier	138
3. Les devoirs contractuels spéciaux liés à la qualité de professionnel	145

§2- Les incombances nées de l'assujettissement contractuel	151
A- Les incombances résultant de dispositions spécifiques à certains contrats	153
1. Les incombances issues de la <i>CVIM</i>	153
a. Les incombances de la <i>CVIM</i> avec équivalents en droit interne	154
b. Les incombances de la <i>CVIM</i> sans équivalent en droit interne	156
2. Les incombances de droit interne issues d'une source légale	160
B- L'incombance issue de la stipulation d'une condition mixte	172
C- Les incombances de source volontaire	176
1. Exemples d'incombances de source volontaire	177
2. Les limites à la stipulation des incombances	181
TITRE II - DES CONTRAINTES COMPORTEMENTALES DISTINCTES	185
Chapitre I - Un objet distinct	187
Section I - Objet du devoir contractuel	188
§1- Les éléments caractéristiques du devoir contractuel	188
A- Une contrainte permanente	188
B- Une contrainte catégorique	191
1. Le devoir contractuel comme contrainte catégorique	192
2. Le manquement au devoir constitutif d'une faute	195
C- Une contrainte essentielle	199
§2- Essai de typologie des devoirs contractuels	203
A- Devoirs de faire et de ne pas faire	204
1. Absence de remise en cause de la distinction appliquée aux obligations	204
2. Exposé de la distinction appliquée aux devoirs contractuels	209
B- Devoirs principaux et accessoires	212
Section II - Objet de l'incombance contractuelle	218
§1- Les éléments caractéristiques de l'incombance contractuelle	218
A- La particularité de la situation juridique impliquant une incombance	218
1. Un aléa portant sur l'exercice d'un droit	219
a. L'aléa portant sur la survenance d'un évènement extérieur aux parties	219
b. L'aléa résultant de l'existence d'un droit potestatif	224
2. Un aléa source de risques pour le cocontractant	227
B- La particularité de la contrainte	230
1. Les caractères propres aux incombances	231
a. Une contrainte ponctuelle	231
b. Une contrainte hypothétique	237
2. Les caractères partagés avec certains types de devoirs	249
§2- Essai de typologie des incombances contractuelles	252
A- Typologie selon les formes de l'incombance	252
1. Incombances de faire et de ne pas faire	252
2. Incombances apparentes et incombances dissimulées	260
B- Typologie des incombances influençant leur régime	264
1. Incombances essentielles et non essentielles	264
2. Incombances conditionnant un droit accessoire ou un droit de créance formant l'objet principal du contrat	267
Chapitre II - Une finalité distincte	273
Section I - Finalité du devoir contractuel	274
§1- Le maintien de l'utilité du contrat assuré par l'observation du devoir	274
A- La notion d'utilité du contrat	275
B- Les devoirs contractuels au service de l'utilité du contrat	279
§2- La cause comme instrument de contrôle de l'observation du devoir	289
A- La notion de cause	289
B- Le lien entre devoir contractuel et cause du contrat	298
Section II - Finalité de l'incombance contractuelle	301
§1- Une technique de prévention de l'abus en matière contractuelle	302
A- La recherche de techniques alternatives à l'abus de droit	303
1. Les limites inhérentes au recours à l'abus de droit en matière contractuelle	303
a. Le cantonnement du pouvoir d'intervention du juge sur le fondement de la bonne foi	303

b. Les difficultés liées à la sanction de l'abus de droit.....	309
2. L'émergence des mesures préventives.....	311
B- L'utilité de l'incombance comme technique de prévention de l'abus.....	321
§2- Une technique de contrôle de la cohérence du comportement contractuel.....	333
A- La prise en compte de la contradiction en droit positif.....	333
1. L'influence des systèmes de droit étrangers	334
2. La contradiction en droit contractuel français.....	338
B- Le lien entre l'incombance et la contradiction comportementale	344

SECONDE PARTIE - LES SANCTIONS DU DEVOIR ET DE L'INCOMBANCE CONTRACTUELS...353

TITRE I - LA PREPONDERANCE DE SANCTIONS PROPRES	357

Chapitre I - Les sanctions propres au devoir contractuel 359

Section I - Devoir contractuel et remèdes liés à l'inexécution contractuelle.....	361
§1- Manquement au devoir contractuel et exception d'inexécution	361
A- Les effets du manquement à un devoir contractuel sur le mécanisme de l'exception d'inexécution	362
B- Les effets de l'exception d'inexécution sur l'observation du devoir contractuel	370
§2- Manquement au devoir contractuel et exécution forcée en nature	372
A- Les doutes portant sur la possibilité de forcer l'observation du devoir contractuel	373
B- Les techniques permettant l'exécution forcée en nature du devoir contractuel.....	377
Section II - Devoir contractuel et responsabilité contractuelle.....	387
§1- Le devoir contractuel à l'appui du concept de responsabilité contractuelle	388
A- Le devoir contractuel à l'appui du concept de faute contractuelle.....	389
1. La violation d'un devoir intégrant le contenu du contrat	390
a. La violation d'un devoir contractuel cause de responsabilité contractuelle à l'égard du cocontractant	390
b. La violation d'un devoir contractuel cause de responsabilité délictuelle à l'égard d'un tiers	398
2. La nécessaire constatation d'une faute contractuelle	402
a. L'unité de la notion de faute contractuelle.....	402
b. Un régime de preuve de la faute distinct selon la portée de la contrainte pesant sur le contractant	407
B- Le devoir contractuel à l'appui du concept de dommage contractuel	411
1. L'influence du devoir sur la détermination du dommage réparable.....	412
2. L'influence de la prise en compte du comportement du contractant sur l'indemnité contractuelle	415
§2- L'absence de remise en cause de l'autonomie de la responsabilité contractuelle par le devoir contractuel	419
A- L'aménagement de la responsabilité contractuelle pour manquement au devoir contractuel	420
B- La stipulation d'une clause pénale prévoyant l'indemnité due en cas de manquement à un devoir contractuel.....	425
1. Des obstacles non décisifs à la sanction du manquement au devoir par une clause pénale.....	425
2. Les apports de l'application de la clause pénale au devoir contractuel	428

Chapitre II - La sanction propre à l'incombance contractuelle 433

Section I - La déchéance d'un droit comme sanction spécifique de l'incombance	434
§1- La notion de déchéance.....	436
A- La nature de la déchéance.....	436
1. Une nature à la fois préventive et punitive.....	437
2. Une nature objective	441
B- L'objet de la déchéance	444
1. La cohérence de la perte du droit substantiel au regard de la nature de la déchéance	445
2. L'opportunité de la perte du droit substantiel concernant un droit de créance	447
§2- Le régime de la déchéance.....	451
A- Les conditions de la déchéance.....	451
1. Les principes appliqués.....	452
2. Les conditions discutées	456
B- La mise en œuvre de la déchéance.....	460
1. Les modes de mise en œuvre de la déchéance	460
a. La revendication de la déchéance	460
b. Le prononcé de la déchéance	463
2. Les limites à la mise en œuvre de la déchéance	467
a. Exposé des limites à la revendication de la déchéance	467

b. L'impossible relèvement de la déchéance.....	472
Section II - L'autonomie de la déchéance en tant que sanction de l'incombance contractuelle	474
§1- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit.....	474
A- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit non assortis d'un délai	475
B- L'autonomie de la déchéance à l'égard des mécanismes extinctifs d'un droit assortis d'un délai	483
1. Déchéance et prescription extinctive	483
2. Déchéance et forclusion.....	492
§2- L'autonomie de la déchéance à l'égard des sanctions de l'inexécution du contrat	496
A- L'impossible sanction de l'incombance par les mesures relatives à l'inexécution contractuelle	497
1. L'inadéquation de l'exception d'inexécution à la sanction de l'incombance	498
2. L'inadéquation de l'exécution forcée en nature à la sanction de l'incombance	501
B- L'impossible sanction de l'incombance par la responsabilité contractuelle	506
1. Responsabilité contractuelle et déchéance	506
2. L'inopportunité de la sanction de l'incombance par la responsabilité contractuelle	510
TITRE II- L'EXISTENCE DE SANCTIONS COMMUNES.....	521
Chapitre I - La sanction du comportement du contractant par la fin de non-recevoir	523
Section I - La fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir.....	524
§1- Le potentiel de la fin de non-recevoir	525
A- La définition de la fin de non-recevoir	525
1. Les controverses sur la notion.....	526
2. Les points d'accord sur la notion	530
B- Les sources des fins de non-recevoir	533
1. Le caractère non exhaustif de la liste de l'article 122 du Code de procédure civile.....	534
2. Le constat de la création de fins de non-recevoir par le juge	539
§2- L'illégitimité de l'intérêt à agir comme fondement	545
A- La notion d'intérêt légitime à agir	546
1. Les critiques portant sur la notion d'intérêt légitime.....	547
2. Le sens proposé à la compréhension de l'intérêt illégitime.....	550
B- Les causes de l'illégitimité de l'intérêt à agir du contractant.....	553
1. Le manquement au devoir contractuel de bonne foi	554
2. Le manquement à une incombance contractuelle.....	558
Section II - Le régime de la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir	566
§1- La demande visant la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir	567
A- Les règles de principe	567
B- Les règles d'appoint.....	569
§2- Les effets de la décision relative à la fin de non-recevoir pour illégitimité de l'intérêt à agir.....	573
A- Les effets sur le rôle du juge.....	573
B- Les effets sur les droits des parties	576
Chapitre II - La sanction du comportement du contractant par la résolution du contrat	581
Section I - Manquement à un devoir ou à une incombance et résolution judiciaire du contrat	585
§1-La résolution judiciaire du contrat en cas de manquement à un devoir contractuel	587
A- Domaine de la résolution et sanction du devoir contractuel	587
1. Un domaine a priori réservé aux contrats synallagmatiques	588
2. Un domaine potentiellement étendu à tout type de contrat	590
B- Condition de l'inexécution contractuelle et sanction du devoir contractuel.....	594
1. La prise en compte de la gravité du manquement	595
2. La gravité du manquement résultant de l'inobservation d'un devoir contractuel.....	598
§2-La résolution judiciaire du contrat en cas de manquement à une incombance contractuelle.....	606
A- Les rapports entre résolution et déchéance	606
B- La possibilité de sanctionner l'incombance par la résolution judiciaire du contrat.....	610
Section II - Manquement à un devoir ou à une incombance et résolution extra-judiciaire du contrat.....	616
§1- Clause résolutoire et sanction du comportement contractuel.....	616
A. L'adaptabilité de la clause résolutoire à la sanction d'un devoir contractuel	618
B. La dénaturation de l'incombance contractuelle par la clause résolutoire.....	620
§2- La résolution unilatérale du contrat pour manquement grave	622
A- Conditions de la résolution unilatérale et sanction du comportement contractuel	625
B- Les effets de la résolution unilatérale du contrat	630

CONCLUSION GÉNÉRALE	639
BIBLIOGRAPHIE	647