



**Vanessa Frasson**

## **Les clauses de fin de contrat**

---

FRASSON Vanessa. *Les clauses de fin de contrat*, sous la direction de William Dross. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014.

Disponible sur : [www.theses.fr/2014LYO30062](http://www.theses.fr/2014LYO30062)

---



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



DOCTORAT EN DROIT MENTION DROIT PRIVÉ

**VANESSA FRASSON**

**LES CLAUSES DE FIN DE CONTRAT**

LE 24 OCTOBRE 2014 À 14H00 AU 15 QUAI CLAUDE BERNARD 69007 LYON

DIRECTEUR DE THÈSE : William DROSS, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

MEMBRES DU JURY

Rémy CABRILLAC, Professeur à l'Université de Montpellier  
François CHENEDE, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Thomas GENICON, Professeur à l'Université de Rennes  
Charlotte GOLDIE-GENICON, Professeur à l'Université de Nantes







---

## **AVERTISSEMENT**

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



---

## REMERCIEMENTS

---

À Monsieur le Professeur William Dross, pour avoir dirigé ma thèse tout au long de ces années, avoir fait preuve de patience mais de fermeté et pour m'avoir apporté son aide ;

À mes parents Odile et Olivier Frasson et ma sœur Amandine Frasson pour m'avoir toujours soutenue même dans mes moments de doute ;

À mes relecteurs pour leur aide, leur honnêteté, leur soutien et leur exigence :

Aucher Aurélien ;

Azzabi Zaïna ;

Bance Olivier ;

Nebot Cécile ;

Raynaud-Bardon Michel-Pierre ;

Spitz Laure-Emmanuelle.

À Raphaël Labarre pour son investissement à mes côtés au quotidien, sa patience et sa compréhension.





---

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

---

Aff.	Affaires
AJ	Actualité Juridique
AJDA	Actualité Juridique De Droit Administratif
AJPI	Actualité juridique propriété immobilière
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
AP	Assemblée Plénière
Art.	Article
Bull. Civ.	Bulletin Civil
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BJS	Bulletin Joly Sociétés
B.G.B.	
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
C	Chronique
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour administrative d'Appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
C. assur.	Code des assurances
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. Civ.	Code Civil
C. Com.	Code De Commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. déont. méd.	Code de déontologie médicale
CGI	Code général des impôts
CMF	Code des marchés financiers
CMP	Contrats et marchés publics
CMP	Code des marchés publics
C. pen.	Code pénal
Cpi	Code De la Propriété Intellectuelle
C. pro civ.	Code de procédure civile
C.rur.	Code rural
C. santé publ.	Code de la santé publique
C. sec. soc.	Code de la sécurité sociale
Cass	Cour De Cassation
Cass. Civ	Chambre Civile De La Cour De Cassation
Cass. Com	Chambre Commerciale De La Cour De Cassation
Cass. Crim.	Chambre Criminelle De La Cour De Cassation
CCC.	Contrat Concurrence Consommation
CE	Conseil d'Etat
CA	Cour d'appel
CEDH	Cour Européenne Des Droits De L'homme
Cf	Conférer

Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Com. Com. elec.	Communication et Commerce électronique
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
Dal. aff.	Dalloz affaires
DC	Décision du Conseil Constitutionnel
Defrénois	Répertoire notariale Defrénois
DF	Documentation française
DGCCFR	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DH	Dalloz Hebdomadaire cité pour les références antérieures à 1941
Dir.	Direction
DP	Dalloz Périodique
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Dr.	Droit de la famille
Dr. pr. com. Int	Droit et pratique du droit international
Dr soc.	Droit social
D&P	Droit et Patrimoine
Ed.	Edition, éditeur
Fasc	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette Du Palais
GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
IR	Information Rapide
JCL	Jurisclasseur
JCP G	Jurisclasseur Périodique, Edition Générale
JCP E	Jurisclasseur Périodique, Edition Entreprise
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
LD	Lettre de la distribution (CDE Montpellier)
JDI	Journal De Droit International
LPA	Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n.	Note
NC	Non-communicé
o.	Ordonnance
Obs.	Observations
P.	Page
PA	Petites Affiches
Prec.	Précité
Pref.	Préface
PUF	Presses Universitaires De France
Rapp.	Rapport

Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
RDC	Revue De Droit Des Contrats
Rép. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. Min.	Réponse ministérielle
RFDA	Revue française de droit administratif
RJDA	Revue De Jurisprudence De Droit Des Affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de Droit civil
RLDI	Revue Lamy Droit De L'immatériel
RTD civ.	Revue Trimestrielle De Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle De Droit Commercial Et De Droit Economique
RTDF	Revue Trimestrielle De Droit Financier
Rep.	Répertoire
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. immob.	Revue de droit immobilier
Rev. dr. soc.	Revue du droit social
Rev. Soc.	Revue des sociétés Dalloz
S.	Sirey
Soc.	Chambre Sociale
Somm.	Sommaire
SS Lamy	Semaine sociale Lamy
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
T. Com	Tribunal De Commerce
TGI	Tribunal De Grande Instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
Vol.	Volume



---

## SOMMAIRE

---

Avertissement .....	1
Remerciements .....	3
Principales abréviations utilisées.....	5
Introduction générale .....	11
Partie 1 : La Durée Du Lien Contractuel.....	20
Titre 1 : La pérennité de la relation contractuelle .....	22
Chapitre 1 : Détermination de la durée de la relation contractuelle.....	23
Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale.....	69
Titre 2 : Le maintien de la relation contractuelle.....	98
Chapitre 1 : La clause de prorogation.....	99
Chapitre 2 : La clause de reconduction .....	128
Partie 2 : La cessation du lien contractuel .....	168
Titre 1 : La rupture sanction.....	170
Chapitre 1 : Le droit de rompre son contrat.....	171
Chapitre 2 : Les modalités d'exercice du droit de rompre .....	201
Titre 2 : La rupture imposée .....	238
Chapitre 1 : La rupture extérieure aux parties .....	239
Chapitre 2 : Le pouvoir de rupture unilatérale .....	288
Partie 3 : Les réminiscences du lien contractuel .....	322
Titre 1 : Un principe : La survie temporaire des obligations post-contractuelles .....	324
Chapitre 1 : L'affirmation du maintien partiel du contrat rompu .....	325
Chapitre 2 : L'organisation du maintien partiel du contrat rompu .....	347
Titre 2 : Des cas particuliers : le maintien durable des obligations post-contractuelles .....	384
Chapitre 1 : La confidentialité .....	385
Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle .....	426
Conclusion générale .....	476
Annexes.....	482
Bibliographie.....	483
Index alphabétique .....	512
Tableaux récapitulatifs des modes d'extinction du lien contractuel.....	532
Clausier .....	533



---

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

---

« Ô temps ! suspends ton vol, et vous, heures propices, suspendez votre cours ! »

*Alphonse de Lamartine, Le Lac*<sup>1</sup>

### *Le temps comme instrument, le temps comme durée, le temps relatif*

1. – **Mesure du temps qui passe.** Le temps qui passe a inspiré le poète Alphonse de Lamartine. Le thème dominant du poème *Le Lac* est la hantise du temps qui passe et corrompt tout ; le poète et sa bien-aimée supplient le temps, la forêt, les grottes, le lac lui-même, la nature tout entière, de préserver à jamais les instants de bonheur qu'ils sont en train de partager.

Le temps des relations humaines imprègne le temps des relations contractuelles. Le temps qui passe corrompt les relations entre les êtres ; vient le temps de la cessation des relations. Les amants sont comme les partenaires, soumis au temps. « *Who wants to live forever ? Who dares to love forever ?*<sup>2</sup> ». Le temps qui passe, sur lequel nous n'avons aucune emprise, est rigoureux. C'est le temps scientifique : comme on ne peut pas le contrôler, on le calcule, on le mesure, on l'instrumentalise. Il nous permet de connaître le jour qui est un espace-temps déterminé par rapport à la rotation de la Terre sur elle-même, l'année qui représente le temps de révolution de la Terre autour du Soleil. L'homme

---

<sup>1</sup> A. de Lamartine, *Les Méditations poétiques*, 1820, Le lac.

<sup>2</sup> « *Who wants to live forever* », Queen, *B.O. Highlander*, 1986 — traduction « Qui souhaite vivre éternellement ? Qui ose aimer éternellement ? ».



a même inventé la notion de millénaire, de siècle ou de semaine. Même la planète Terre semble soumise au temps qui passe. Elle a ainsi été découpée en fuseaux horaires.

L'homme s'est montré innovant pour mesurer ce temps et le calculer : il a inventé l'horloge à eau, la clepsydre en Chine, en Égypte ou encore dans la Grèce Antique, le cadran solaire qui semble également venir de Grèce, le sablier au Moyen-Âge qui fait prendre conscience à l'homme de l'heure, le bâton d'encens à graduation en Chine, les bougies à graduation, ou encore l'horloge du 14<sup>ème</sup> siècle inventée par les moines en Allemagne.

Petit à petit, la notion du temps est devenue omniprésente. Les Romains ne calculaient pas l'heure qu'il était, ils se référaient à la position du Soleil. C'est avec les innovations scientifiques que le calcul du temps s'est précisé. Notre calendrier julien a ainsi été rectifié par le calendrier grégorien le 15 octobre 1582 qui fut le lendemain du 4 octobre 1582 par la bulle *Inter gravissimas* du pape Grégoire XIII.

Ainsi, le législateur a cherché à encadrer les prérogatives contractuelles dans le temps mathématique en calculant, encadrant, mesurant. Parfois, il limite le temps du contrat, d'autre fois, il le prolonge.

2.– **Le temps comme durée.** Mais le temps ne se résume pas à un point mathématique donné. C'est aussi une durée, le temps subjectif, que l'on ressent et qui établit le lien entre le temps et notre conscience. Henri Bergson<sup>3</sup> a travaillé sur la notion du temps et énonce : « *La durée toute pure est la forme que prend la succession de nos états de conscience quand notre moi se laisse vivre, quand il s'abstient d'établir une séparation entre l'état présent et les états antérieurs.* » La durée est continuité — ce que l'on ressent, indivisibilité — c'est un ensemble non mesurable, et changement tout à la fois.

Pour Emmanuel Kant<sup>4</sup>, le temps est une notion relative qui évolue en fonction de l'histoire de l'humanité. Cohabitent ainsi le calendrier solaire<sup>5</sup> (majoritairement), le calendrier lunaire<sup>6</sup> (Islam), ou encore le calendrier luni-solaire<sup>7</sup> (calendrier hébreu, samaritain, tibétain ou chinois).

Le temps relatif échappe à toute tentative de mesure. S'opposent les tentatives légales et judiciaires de donner une mesure objective du temps qui passe dans les contrats d'une part, et la volonté des parties d'autre part, lesquelles peuvent vouloir suivre leurs impressions subjectives qui leurs disent qu'il est ou n'est pas temps de rompre le lien qui les unit.

3.– **Temps de la nature versus temps économique.** Là où les sophistes ont affirmé « À chacun sa vérité », on pourrait paraphraser en affirmant « *À chacun son temps* ». La nature a un temps propre : il a pour échelle des millions voir des milliards d'années avec des périodes d'extinction et de développement des espèces comme l'expliquent certains scientifiques tels qu'Hubert Reeves<sup>8</sup>. À la différence de la vie de la nature, la vie économique se caractérise par sa célérité. Là où l'un a besoin de temps, l'autre en manque.

Le législateur et le juge ont dû mal à se mettre au diapason des nécessités du temps économique. La pratique est venue pallier à ces carences pour saisir le temps du contrat et notamment le temps de la cessation du lien contractuel.

---

<sup>3</sup> H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889.

<sup>4</sup> E. Kant, *Critique de la raison pure*, 1781.

<sup>5</sup> Calendrier fondé sur des dates qui indiquent la position de la Terre par rapport à sa révolution autour du Soleil.

<sup>6</sup> Calendrier fondé sur les phases de la Lune.

<sup>7</sup> Calendrier fondé à la fois sur le cycle annuel du Soleil et le cycle régulier des phases de la lune.

<sup>8</sup> H. Reeves, *Les chroniques du ciel et de la terre*, mars 2005.

## *Le temps et le droit*

4.– **Le temps du droit.** Le droit, comme instrument d'action sur les individus, est soumis au temps. François Ost<sup>9</sup> pense que le temps et le droit sont intimement liés : « *Le droit temporalise tandis que le temps institue* ». Cette notion bien connue des juristes qui pensent en terme de délai pour agir, de prescription<sup>10</sup>, de forclusion<sup>11</sup>, de délai préfix, permet de régir les différentes phases de vie et de mort des conventions. Pour bien appréhender le contrat, forme particulière de conventions, il faut prendre en compte sa durée. Elle sous-tend les relations contractuelles qui relient les individus. M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon<sup>12</sup> remarquent que « *le temps du contrat n'est pas instantané. Sa naissance et sa mort sont peut-être moins fixes qu'il n'y paraît de prime abord.* » En effet, si la formation du contrat est une durée à laquelle on a attribué un terme mathématique, l'achèvement du contrat peut aussi ne pas être instantané, mais s'inscrire dans la durée. De même que la naissance dure de la fécondation – l'offre – à l'accouchement – la date de formation du contrat, la mort dure du moment où l'on cesse l'exécution du contrat à la cessation définitive de tout ce qui a pu lier les anciens partenaires, à l'extinction des obligations post-contractuelles. Le temps du droit n'est donc pas seulement un instrument de mesure. Pour comprendre la fin du contrat entre les partenaires, il faut percevoir la durée de leur relation et leur besoin en terme de temps économique. Il faut « *un temps qui ne demeure plus extérieur aux choses, comme un contenant formel et vide, mais qui participe de leur nature même* »<sup>13</sup>.

## *Le temps comme construction sociale : de la liberté et de l'égalité*

5.– **Temps et liberté.** François Ost<sup>14</sup> ajoute que « *le temps est d'abord et avant tout une construction sociale.* » Deux hypothèses peuvent régir cette réalité sociale : la liberté et l'égalité. Jean Cedras<sup>15</sup> souligne que « *chacune de ces deux écoles part de postulats par essence invérifiables et diamétralement opposés qui se rattachent à une certaine vision de l'homme dans la société.* » Une première philosophie dont les représentants sont Thomas Hobbes et John Locke puis Jean-Jacques Rousseau défend l'idée selon laquelle la liberté des individus doit être garantie. Tous trois partent de l'hypothèse théorique selon laquelle les hommes, avant de vivre en société, vivaient à l'état de nature. Pour Thomas Hobbes<sup>16</sup>, à l'état de nature, les hommes sont égaux et ont les mêmes désirs : ils sont donc en guerre

<sup>9</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob 1999, p13.

<sup>10</sup> Prescription : « 1. *Mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit par l'écoulement d'un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi ; 2. Mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi.* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 2011, 9ème éd. PUF.

<sup>11</sup> Forclusion : « *Sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour 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* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 2011, 9ème éd. PUF.

<sup>12</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après contrat*, Ed. Francis Lefebvre 2005, introduction p. 24 §2.

<sup>13</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob 1999, p. 12.

<sup>14</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob 1999, p. 12.

<sup>15</sup> J. Cedras, Rapport de la Cour de Cassation 2003, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*.

<sup>16</sup> T. Hobbes, *Léviathan*, 1651.

perpétuelle. Pour obtenir l'ordre et la sécurité, ils concluent alors un pacte social. John Locke<sup>17</sup>, quant à lui, part de l'hypothèse selon laquelle la liberté et la propriété individuelle sont des droits naturels inaliénables qui doivent être garantis par l'État. Les hommes doivent résister lorsqu'un abus d'autorité met en péril leur liberté. C'est Jean-Jacques Rousseau<sup>18</sup> qui en France a eu le plus d'influence. Selon lui, les hommes à l'état de nature sont libres. Ils concluent un contrat social par lequel ils renoncent à leur indépendance dans l'intérêt public et se soumettent aux lois, en contrepartie de quoi ils participent à leur élaboration. Ils restent donc entièrement libres. Cette théorie a beaucoup influencé l'élaboration du Code civil et a été reprise par l'école dite de « l'autonomie de la volonté ». La matière contractuelle est le terreau de la liberté contractuelle et plus encore le temps de l'après-contrat. Le législateur s'étant peu ou pas intéressé à la cessation des relations contractuelles et ses conséquences, les parties s'en sont saisies retrouvant cet état de nature de liberté préservé par la force obligatoire.

6.– **Temps et égalité.** À l'opposé, Léon Bourgeois<sup>19</sup> élabore la théorie du solidarisme qui se présente comme un équilibre entre le socialisme et le libéralisme. Selon lui, l'État doit corriger les inégalités sociales par la solidarité. Cette idée a été exploitée par Raymond Saleilles<sup>20</sup>, fondateur de la Revue trimestrielle de droit civil. Il met en évidence la relativité de la justice contractuelle en prenant l'exemple des clauses abusives et des contrats d'adhésion. L'égalité entre les parties n'est qu'apparente. Elle n'existe pas.

C'est là que se pose toute la problématique du temps de l'après-contrat de la bonne foi, des devoirs de comportement, de la modération de la liberté contractuelle au profit du faible afin de préserver l'équilibre contractuel.

7.– **Dualité entre équité et force obligatoire.** Pascal Ancel<sup>21</sup> résume cette dualité entre « *d'un côté – celui de la force obligatoire — une certaine morale, celle de respecter la parole donnée ; de l'autre, en faveur d'une modération de certains engagements contractuels, les valeurs non moins puissantes de la protection des faibles, de la loyauté, de la fraternité. [...] pour la rigueur absolue de l'engagement contractuel : la sécurité, la prévisibilité... mais, pour plus de souplesse : l'équité, l'humanité... là l'utile, ici le juste* ». Cette opposition doit trouver des solutions adaptées au temps économique. La solidarité ne peut l'ignorer, car si on recherche le « juste » on ne peut écarter le but du contrat qui est « l'utile ». L'opération économique ne peut être « *un jeu à somme nulle* »<sup>22</sup>.

8.– **Dualité et missions du juge.** Cette opposition s'est stigmatisée autour des pouvoirs du juge : le juge, gardien de la liberté ou le juge, gardien de l'égalité. Selon les solidaristes actuels, le juge doit assurer l'égalité des parties, et ce même aux dépens de la lettre du contrat. Il faut remarquer alors que « *livrer le contrat au juge, en faire un ministre de l'équité, implique un fort risque d'arbitraire.* »<sup>23</sup>

<sup>17</sup> J. Locke, *Deux traités du gouvernement civil*, 1690.

<sup>18</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762.

<sup>19</sup> L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902.

<sup>20</sup> R. Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, 1901 et *La Personnalité juridique*, 1910.

<sup>21</sup> P. Ancel, *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz actes du colloque du 14 mai 2001, Ed. 2003, *La force obligatoire : jusqu'où faut-il la défendre ?* p. 166.

<sup>22</sup> L. Grynbaum, « De la règle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre moral », *RDC* juill.2004 p. 854.

<sup>23</sup> J. Cedras, Rapport de la Cour de Cassation 2003, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*.

Le juge est là pour appliquer l'article 1134 alinéa 1 du Code civil<sup>24</sup>, mais également le tempérer par l'alinéa 3<sup>25</sup>. La jurisprudence a voulu « *ériger la bonne foi en norme générale de comportement, s'imposant à chacun, indépendamment de sa qualité de contractant.* »<sup>26</sup> Elle n'a pas hésité à créer de véritables obligations de comportement.

9. – **Évolution.** Si la jurisprudence a pu avoir la tentation d'adhérer au solidarisme contractuel, elle est revenue à plus d'orthodoxie, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le juge a pour mission de veiller à ce que les conditions de formation et d'exécution du contrat soient respectées et non de garantir l'égalité entre les parties. Il dépasserait donc ses pouvoirs en protégeant le faible contre les dispositions légales.

Ensuite, chaque partie a une responsabilité à prendre dans la défense de ses intérêts. Or, protéger systématiquement une partie revient à accepter une certaine inertie de sa part. La vie économique se traduit par une prise de risques que le juge doit respecter. Il doit être le juge du contrat et non le juge d'une partie.

Enfin, c'est à la loi et non au juge d'introduire les mécanismes de solidarité sociale. La loi est ainsi intervenue par la mise en place du droit dérogatoire de la consommation, ou l'adoption de mécanismes concernant le surendettement des particuliers, par la législation sur les baux favorables aux locataires...

Le juge n'a d'autres missions que d'appliquer la loi et, dans les conditions légales, d'être le juge du contrat. Le solidarisme conserve cependant une emprise sur la jurisprudence, mais moindre que celle qui s'exerce sur le législateur.

### *Le temps de l'urgence*

10. – **L'homme pressé.** Charles Baudelaire<sup>27</sup> a écrit : « *Ainsi il va, il court, il cherche. Que cherche-t-il ?* » L'homme moderne est un homme pressé à l'opposé du flâneur qu'est Charles Baudelaire. Le thème de l'homme pressé qui vit dans l'urgence a été repris comme thème de chansons par exemple avec le groupe Noir Désir<sup>28</sup>, de films cinématographiques comme celui réalisé par Édouard Molinaro<sup>29</sup>, ou encore dans la littérature avec le roman de Paul Morand<sup>30</sup>. Le monde moderne s'est accéléré. Les individus sont pressés de se marier ou de s'installer ensemble, de travailler, de rentrer chez eux... Le monde moderne vit dans l'urgence médicale, écologique, économique et même juridique. Cette urgence est loin d'être toujours justifiée, mais elle est.

Les parties sont pressées de se séparer, de sanctionner, de poursuivre leur relation. Le temps judiciaire est trop long et ne permet pas de répondre aux exigences de l'urgence. La pratique s'est ainsi emparée de l'après-contrat par le biais de stipulations répondant à ces nouvelles nécessités.

11. – **Contrat et urgence.** Le contrat est ainsi soumis à l'accélération de la vie économique. C'est l'urgence qui régit la majorité des contentieux entre professionnels. Or, l'urgence bouleverse notre

---

<sup>24</sup> Art. 1134 al.1 C. civ. : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

<sup>25</sup> Art. 1134 al.3 C. civ. : « *elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

<sup>26</sup> A. Cathiard, « Quand la bonne foi trouve un second souffle », *D.* 2005 p. 1462.

<sup>27</sup> Ch. Baudelaire, *Textes critiques, La modernité*, 1868.

<sup>28</sup> *L'homme pressé*, Noir Désir, 666.667 Club, 1998.

<sup>29</sup> *L'homme pressé*, E. Molinaro, 1977.

<sup>30</sup> *L'homme pressé*, P. Morand, Gallimard, 1990.

construction juridique, car comme le souligne François Ost<sup>31</sup> « *c'est le propre de l'urgence de faire prévaloir le fait sur le droit* ». Elle entraîne un transfert de compétences du juge de droit commun au juge des référés et du juge aux particuliers. En accélérant les procédures, l'urgence peut permettre d'éviter un procès sur le fond. Le provisoire qui caractérise les mesures d'urgence tend de plus en plus à devenir définitif. En prenant l'exemple de la résolution du contrat, l'urgence exige de saisir le juge des référés lorsque la rupture est considérée comme abusive pour l'une des parties. Le prononcé du maintien forcé temporaire du contrat par le juge des référés permet en général au demandeur de préparer sa sortie du contrat sans avoir besoin d'entamer une procédure sur le fond. Mais les délais sont encore trop longs, d'où la pression des praticiens pour voir reconnaître un droit à la rupture, traditionnellement réservé au pouvoir judiciaire. La pratique cherche à s'emparer du pouvoir de rupture du contrat, celle-ci pouvant être alors presque immédiate. Le temps du contrat s'accélère ; et il s'accélère pour y mettre fin.

### *Le temps du contrat*

12.– Temps du contrat. La durée du contrat peut se décomposer en trois temps :

- la phase de conclusion du contrat : cette phase a été théorisée par la doctrine et est désignée comme « l'avant-contrat » ;
- la phase d'exécution des obligations du contrat : cette phase intéresse peu le juriste alors qu'elle est essentielle dans la pratique ;
- la phase d'extinction du contrat : cette phase manque encore de théorisation. Elle peut être désignée comme la phase de l'« après-contrat ». Elle inclut les modes d'extinction du contrat, mais aussi les conséquences de cette extinction. La mort du contrat n'est pas nécessairement la mort de la relation entre les parties.

13.– **Contenu non obligationnel.** Pascal Ancel décrit le contenu du contrat en distinguant le contenu obligationnel du contenu non obligationnel<sup>32</sup>. Il énonce : « *Au lieu de créer des obligations, ou en plus, un accord de volontés peut produire trois types d'effets : il peut éteindre un droit (1), le transférer (2) ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle (3).* »<sup>33</sup>

Ainsi, la clause résolutoire ou encore la clause de reconduction illustrent le contenu non obligationnel du contrat. Cet effet peut être accompagné d'un contenu obligationnel, mais pas nécessairement. Le contrat comporte durant le temps de sa vie à sa mort un contenu à la fois obligationnel et à la fois non obligationnel. Le temps de l'effet extinctif du contrat, contenu non obligationnel du contrat, peut ne pas être instantané malgré les apparences. Il suit le cours du temps.

### *Le temps de la fin du contrat*

14.– **Mettre fin au contrat.** Si le contrat est régi par un temps économique et social, on peut se demander ce qu'est le temps de la fin du contrat. L'après-contrat constitue un ensemble dans lequel il faut prendre en compte le passage de la vie à la mort juridique : il s'agit donc de toute figure contractuelle qui permet de sortir du contrat. De plus en plus, s'affirme un droit contractuel de rupture délaissant l'appréciation judiciaire souveraine de l'opportunité de rompre.

---

<sup>31</sup> F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. Odile Jacob 1999, p. 284.

<sup>32</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771.

<sup>33</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771 n°13.



15.– **Au-delà du contrat.** L'après-contrat est aussi ce qu'il y a au-delà du contrat. Au-delà du contrat, il peut se créer un nouveau contrat. Les parties poursuivent leur relation contractuelle grâce à un nouveau support. Il convient dès lors de considérer non plus le contrat comme un tout, mais comme un élément d'un ensemble plus large : la relation commerciale.

Au-delà du contrat subsistent les obligations post-contractuelles. Le jour du prononcé du divorce, les relations entre époux ne cessent pas définitivement. Chacun ne reprend pas le cours de sa vie comme si de rien était. Parce que leur relation a duré, que des biens ont été acquis ensemble, que des enfants sont nés, il faut prévoir « l'après-divorce ». Il en est de même dans le contrat : des informations ont été échangées, des risques ont été pris. Cela demande une certaine gestion. Le temps passé ensemble s'est irrémédiablement écoulé et marque de son empreinte l'avenir post-contractuel.

16.– **Après-contrat.** L'après-contrat est donc « *une fraction de temps qui suit la cessation d'une relation contractuelle* »<sup>34</sup>. Cette notion peut être réduite à ce qui naît de la cessation du lien contractuel. C'est une vision plus étroite qui distingue les effets de l'origine. Ph. Stoffel-Munck<sup>35</sup> considère ainsi que qui dit clause de fin de contrat suppose que le contrat ait pris fin.

Or, la fin du contrat se conçoit dans la durée ; la façon dont le contrat a pris fin est intimement liée à la période qui suit le contrat. L'un ne se comprend pas sans l'autre. Si le contrat survit à sa cessation, c'est parce que « *l'après-contrat constitue non pas la première étape de la mort du contrat, mais bien la dernière étape de sa vie.* »<sup>36</sup> On peut également considérer que l'après-contrat est une mort juridique par étape ; en effet, l'après-contrat délie, or le contrat relie.

### *Comment rompre un contrat*

17.– **Modes d'extinction du contrat.** La fin du contrat survient en principe par le paiement, c'est-à-dire par l'exécution des obligations contractuelles<sup>37</sup>. Aucune prévision légale ou contractuelle n'est nécessaire. Les conditions d'exercice et la forme du paiement peuvent être précisées contractuellement. En dehors de ce cas, le principe est que ce qui a été fait ensemble doit être défait ensemble. Ce principe est posé par l'article 1134 alinéa 2 du Code civil<sup>38</sup>. La seule dérogation que prévoit ce texte est l'existence d'une disposition légale particulière. Les parties n'ont donc pas, par principe, de prérogatives individuelles pour mettre fin à leur contrat unilatéralement sauf lorsque la loi les leur accorde. Des mesures particulières ont ainsi été prévues telles que le droit de repentir pour le consommateur ou le droit au renouvellement du bail pour le locataire.

18.– **Terme extinctif.** La jurisprudence a posé une autre exception à cette disposition légale. Sur le principe de la liberté contractuelle, la jurisprudence a admis la stipulation d'un terme extinctif, c'est à dire d'un évènement certain dont la survenance met fin au contrat. Ce terme peut être soit défini exactement, par une date par exemple, soit indéfini, en référence à un évènement dont on ne connaît pas la date de survenance. Le terme extinctif est devenu tout aussi courant que le terme

<sup>34</sup> M.-E. Andre, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après contrat*, Ed. Francis Lefebvre 2005, introduction p. 25 §2.

<sup>35</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après contrat », *RDC* 04/1 p. 159.

<sup>36</sup> C. Caseau Roche, *Les obligations post-contractuelles*, thèse Paris I 2001, n°309.

<sup>37</sup> Art. 1234 C. civ. cite les causes d'extinction de l'obligation. Le Code civil ne mentionne pas de causes d'extinction du contrat.

<sup>38</sup> Art. 1134 alinéa 2 C. civ. : « *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.* ».

suspensif. Le terme est une « *cause d'extinction* »<sup>39</sup> du contrat. Par sa survenance, les relations entre les parties prennent fin. Le contrat est depuis lors classé selon le terme contractuel prévu par les parties. Selon ce critère, on parle de contrats à durée déterminée ou à durée indéterminée pour lesquels les engagements perpétuels sont par principe prohibés. Pour valider ces contrats, la Haute Juridiction reconnaît, en effet, un droit unilatéral de résiliation à tout moment aux contractants. Cette solution est fondée sur la préservation de la liberté individuelle ; les parties ne peuvent donc y renoncer par une convention de façon indéfinie. Beaucoup de critiques ont été formulées par la doctrine à cet égard. En effet, selon S. Le Gac-Pech<sup>40</sup>, ce critère n'est pas éclairant : il faudrait prendre en compte la durée prévisible du contrat, c'est-à-dire tenir compte de son terme, mais aussi des renouvellements probables, comme c'est le cas dans les contrats de distribution.

19. – **Aménagement de la sortie du contrat.** Toutefois les parties peuvent aménager contractuellement la fin de leur contrat. Si en principe un contractant ne peut s'arroger seul le droit de rompre le contrat, car il n'y a pas de « répudiation » possible, rien n'empêche les parties de négocier des clauses leur donnant le droit bilatéral ou unilatéral de rompre le contrat. Parce que ces clauses auront été négociées et consenties par les parties, celles-ci s'emparent du pouvoir d'organiser la rupture du contrat hors du cadre légalement fixé.

Elles vont devoir prévoir comment et quand le contrat pourra prendre fin :

- est-ce avant toute exécution ? Il sera alors stipulé une clause de dédit.
- La rupture sanctionnera-t-elle un comportement fautif ? Ce sera alors une clause résolutoire.
- Ou bien la rupture sera-t-elle fonction d'un événement extérieur ? Les parties prévoiront alors une condition résolutoire.

La fin du contrat peut donc intervenir à tout moment selon la volonté des parties.

#### *Comment faire survivre le contrat ?*

20. – **Prolongation du contrat.** Les parties, si elles peuvent provoquer la fin du contrat, peuvent aussi décider de le faire survivre, soit dans son intégralité, soit en partie. Si le contrat est à durée déterminée, c'est-à-dire si sa fin doit intervenir à une date précise, les parties vont pouvoir modifier cette date de fin du contrat en le prorogeant. Elles peuvent également poursuivre leur relation économique qui s'inscrira alors dans un nouveau cadre contractuel par le biais du jeu de la reconduction. C'est la substance du contrat qui demeure dans son intégralité.

#### *Les réminiscences du lien contractuel*

21. – **Obligations post-contractuelles.** Les parties peuvent encore prévoir que la fin du contrat ne sera pas synonyme de la fin de leur relation contractuelle. Elles ont échangé leurs compétences, leur savoir-faire, leurs technologies pendant une certaine période ; lorsque cette relation s'achève, il va leur falloir organiser de nouvelles obligations qui ont pour but de protéger leur situation sur le marché. Les parties peuvent en effet se concurrencer, révéler des informations sur leur ancien partenaire. Il leur faut donc prévoir une période de transition qui sera régie par des obligations post-contractuelles incluses dans des clauses dont les deux principales apparaissent être la clause

---

<sup>39</sup> G. Marty, Ph. Jestaz, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Tome 2 le régime, 2ème Ed. Sirey p. 48 n°49.

<sup>40</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005 p. 238.

de non-concurrence et la clause de confidentialité. Le contrat, dans ce qu'il a d'essentiel, est mort juridiquement, mais pas l'ensemble de son contenu. La mort juridique du contrat est donc relative.

### *Prévisions contractuelles et contrôle judiciaire*

22. – **Rôle du rédacteur du contrat.** Le rôle du rédacteur du contrat est essentiel. Il doit conseiller les parties lors de la conclusion du contrat afin d'anticiper au mieux la cessation du lien contractuel. Les parties doivent anticiper le risque de sanction judiciaire si le droit mis en œuvre n'est pas conforme aux dispositions légales, à la jurisprudence ou aux stipulations contractuelles. En effet, un fort contrôle judiciaire est exercé que les relations soient entre professionnels, entre professionnels et particuliers ou tout simplement entre particuliers. Le mouvement solidariste a soulevé de nombreuses questions par la remise en cause des solutions traditionnelles ce qui a pu créer, dans certains domaines, des périodes d'incertitude juridique.

Le législateur s'est peu intéressé au temps de l'après-contrat laissant à la pratique le soin d'organiser un véritable régime de sortie du contrat par la création de stipulations innovantes contrôlées par les magistrats.

23. – **Plan.** L'après-contrat s'appréhende dans la durée. Il peut être décomposé en trois temps. Dans un premier temps, les parties satisfaites de leur relation vont chercher à la faire perdurer. Le rédacteur de contrat peut mettre en place différents mécanismes de maintien du lien contractuel dont la finalité est de préserver la pérennité de la relation entre les parties (**Première partie**). Dans un deuxième temps, les parties vont vouloir sortir du contrat prématurément. Le rédacteur de contrat peut prévoir différentes prérogatives qui vont permettre à une ou aux parties de mettre fin au contrat (**Deuxième partie**). Dans un troisième temps, bien que le contrat ait cessé, une relation perdure entre les parties. La cessation du support contractuel ne veut pas dire la cessation des effets du contrat. Survivent au contrat les obligations post-contractuelles, réminiscence du contrat (**Troisième partie**).



---

**PARTIE 1 :**  
**LA DURÉE DU LIEN CONTRACTUEL**

---

(PARTIE 2 : LA CESSATION DU LIEN CONTRACTUEL)

(PARTIE 3 : LES RÉMINISCENCES DU LIEN CONTRACTUEL)

## INTRODUCTION

*« Mais pouvait-on apprécier la durée ? C'était non pas celle, horlogère, administrative, des heures de routines, mais celle des moments pathétiques »*

*Alexandre Arnoux, Solde<sup>1</sup>*

24. – **Force obligatoire du contrat.** Le contrat est le support de la volonté des parties. P. Ancel démontre que ce support a un contenu tout à la fois obligationnel et non-obligationnel<sup>2</sup>. Il conviendrait dès lors de distinguer le contenant du contenu<sup>3</sup>. Dans son effet non-obligationnel, le contrat peut être constitutif de droits ou de situations juridiques. Dans son effet obligationnel, le contrat fixe la durée de la force obligatoire et donc de la durée d'exécution des obligations.

La question de la durée du contrat illustre cette dualité :

- les parties peuvent tout à la fois créer de nouveaux droits ou de nouvelles situations juridiques notamment par le renouvellement ou la cessation de leur engagement ;
- les parties peuvent encore prolonger la force obligatoire de leur contrat et donc de son contenu obligationnel.

25. – **Liberté contractuelle d'aménagement de la durée du contrat.** Les parties disposent ainsi d'outil pour assurer la pérennité du lien contractuel qu'elles ont convenu entre elles. Elles peuvent anticiper ou décider à tout moment de modifier la durée du lien contractuel qui les unit. Traditionnellement, il est distingué entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. La force de volonté des parties leur a permis de sortir de cette dichotomie pour aménager le temps de leur relation contractuelle.

26. – La recherche de la pérennisation de la relation contractuelle (**Titre 1**) conduit les parties à mettre en place différents mécanismes de maintien de ladite relation (**Titre 2**).

---

<sup>1</sup> A. Arnoux, *Solde*, 1958, p. 237.

<sup>2</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771.

<sup>3</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771 n°5.

---

# TITRE 1 :

## LA PÉRENNITÉ DE LA RELATION CONTRACTUELLE

---

(TITRE 2 : LE MAINTIEN DE LA RELATION CONTRACTUELLE)

### INTRODUCTION

*« On dit que le temps change les choses, mais en fait le temps ne fait que passer et nous devons changer les choses nous-mêmes »*

*Andy Warhol*

27. – **Durée du contrat.** Les parties à un contrat doivent penser leur relation dans la durée : souhaitent-elles une relation courte, mais renouvelable ? Souhaitent-elles une relation longue, mais qui préserve leur liberté de rupture ?

Le droit français a pensé la durée du contrat par rapport aux mécanismes de rupture. Ainsi, un contrat à durée déterminée prendra-t-il fin par la survenance du terme extinctif, tandis que le contrat à durée indéterminée octroie un droit de résiliation unilatérale à tout moment aux parties. Le rédacteur de contrat doit donc attirer l'attention des parties sur le degré d'engagement qu'elles souhaitent instaurer entre elles, le choix entre un contrat à durée déterminée et un contrat à durée indéterminée n'étant pas anodin.

28. – **Durée de la relation.** La prise en compte de la durée entre les parties fait apparaître une nouvelle notion, celle de relation contractuelle. Il n'est plus tenu compte du seul contrat, mais de l'ensemble des contrats qui ont pu lier les parties. Notion factuelle, elle traduit la prise en compte par le droit du temps subjectif des parties.

Les parties cherchent aujourd'hui à inscrire leur relation contractuelle dans une certaine pérennité afin de leur garantir une forme de sécurité juridique. Elles cherchent parallèlement des mécanismes de rupture de leur relation qui soient rapides et efficaces.

29. – **Plan.** La durée du contrat doit être déterminée entre les parties selon qu'il soit conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée (**Chapitre 1**). Cette distinction traditionnelle est remise en question. Le législateur a consacré une nouvelle notion : celle de relation commerciale établie qui bouscule les distinctions traditionnelles (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : DÉTERMINATION DE LA DURÉE DE LA RELATION CONTRACTUELLE

(CHAPITRE 2 : LA RUPTURE DE LA RELATION COMMERCIALE)

## INTRODUCTION

*« Les composantes de la société ne sont pas les êtres humains,  
mais les relations qui existent entre eux. »*

*Arnold Joseph Toynbee, L'Histoire<sup>1</sup>*

30. – **Distinctions traditionnelles.** Lorsque l'on aborde les contrats sous l'angle de leur durée, la première hypothèse qui vient à l'esprit est l'exemple de la baguette achetée à la boulangerie. C'est un contrat à exécution instantanée, autrement dit un contrat qui «périt» au moment même où il est conclu. Par opposition, il existe des contrats à exécution successive dont les obligations s'exécutent dans la durée tels que les contrats de distribution. J. Carbonnier considérait qu'« *il est des contrats – les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail – qui ne laissent aucune trace à la surface du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie. À l'opposé, il est des sociétés anonymes qui font vivre parmi nous les contrats – leurs statuts – vieux d'un siècle* »<sup>2</sup>.

À la distinction entre contrats à exécution instantanée ou successive, s'ajoute une autre distinction, celle entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée. Cette autre distinction apparaît comme un fondement du droit des contrats. Pourtant, la loi ne la consacre pas en tant que telle, seules des dispositions éparses régissent des situations dérogatoires au droit commun, sans qu'aucun principe général n'ait été posé au préalable.

Cette distinction s'insère dans une construction juridique, aujourd'hui en pleine mutation.

31. – **Durée déterminée ou indéterminée du contrat à exécution successive.** C'est au sein des contrats à exécution successive qu'est établie la distinction entre :

- les contrats à durée déterminée d'une part : ils sont affectés d'un terme extinctif déterminé. La cessation du contrat est alors déterminée par un événement certain ;
- et les contrats à durée indéterminée d'autre part : leur exécution se poursuit indéfiniment dans le temps. Ils sont affectés d'un terme extinctif indéterminé dont la survenance a pour effet de faire cesser le contrat par l'expression de la volonté unilatérale de l'une des parties.

32. – **Durée et rupture.** Cette construction juridique est caractérisée par le fait de concevoir de façon indissociable la durée et la fin du contrat. Ainsi, le contrat à durée indéterminée est affecté

<sup>1</sup> Arnold Joseph Toynbee, *L'Histoire*, Grande Bibliothèque Payot, 1996, Essai Broché.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF coll. Thémis droit privé, 2000 n°138 p. 270.

d'un droit de résiliation unilatérale tandis que le contrat à durée déterminée s'achève par la survenance du terme extinctif. Parler de contrat à durée déterminée ou indéterminée, c'est aborder le régime de la rupture du contrat<sup>3</sup>. L'un ne peut pas se comprendre sans l'autre. Cette distinction est une des armatures tacites du droit des contrats (**Section 1**).

33. – **Évolution.** Or, les préoccupations actuelles tendent à remettre en cause le lien établi entre la durée du contrat et la fin du contrat. En effet, bien que toujours vivace, ce lien traditionnel subit de nombreuses évolutions qui tendent à assouplir la stricte distinction entre le régime de rupture des contrats à durée déterminée et celui des contrats à durée indéterminée. L'idée de pérennité contractuelle tend à s'imposer, quelle que soit la durée déterminée ou indéterminée du contrat<sup>4</sup>. Le flou en résultant témoigne de l'absence de théorie générale de la rupture du contrat, rompre un contrat pouvant être un véritable piège juridique (**Section 2**).

## SECTION 1 :

### LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE LA DURÉE DU CONTRAT

#### (SECTION 2. L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DE LA DURÉE DU CONTRAT)

34. – **Terme extinctif.** Tous les contrats ont vocation à prendre fin un jour. Parler de la durée de vie du contrat, c'est parler de sa mort. Point de place pour l'idée d'éternité en matière contractuelle, matière intrinsèquement périssable. Tous les contrats sont dès lors affectés d'un terme extinctif. Cette position est celle retenue par la Cour de cassation qui considère qu'en l'absence de prévision contractuelle d'un terme, le contrat est nécessairement conclu à durée indéterminée<sup>5</sup>, c'est-à-dire affecté d'un terme extinctif indéterminé.

Il convient bien de préciser que de parler de contrat à durée indéterminée, ce n'est pas évoquer un contrat sans terme, mais bien parler d'un contrat affecté d'un terme extinctif indéterminé.

Ce terme extinctif<sup>6</sup> permet de connaître la durée du contrat : cette durée peut être déterminée ou indéterminée (§1). À la fin de cette durée, le contrat a vocation à disparaître. Les modalités de fin de contrat ont dès lors été pensées en fonction de la durée déterminée ou indéterminée du contrat (§2).

### §1. Le terme extinctif : détermination de la durée de vie du contrat

35. – La notion de « terme extinctif » est une notion juridique peu étudiée. Pourtant, elle est une condition de validité des contrats posée par une jurisprudence séculaire de la Cour de cassation<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70 n° 178.

<sup>4</sup> J. Mestre, « Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990 p. 653.

<sup>5</sup> Cass. com. 6 nov. 2007 n°07-10.620 et n°07-10.785.

<sup>6</sup> Dans sa notion large, c'est-à-dire englobant le contrat à durée déterminée ou le contrat à durée indéterminée.

<sup>7</sup> L'absence de stipulation de terme extinctif fait présumé que le contrat est affecté d'un terme extinctif à durée indéterminée.

36. – **Définition.** G. Cornu définit le terme extinctif<sup>8</sup> comme un « évènement à la réalisation duquel est subordonnée l'extinction d'une obligation qui existe tant que le terme court, mais prend fin nécessairement à l'arrivée du terme »<sup>9</sup>.

Il se distingue d'autres notions proches : « Dans son sens technique, il se distingue à la fois du délai, en ce qu'il n'exprime pas d'idée de durée, et de l'échéance, dans la mesure où cette dernière est une notion plus large, permettant de désigner les différentes étapes d'un contrat. »<sup>10</sup>

37. – **Terme défini ou indéfini.** Le terme extinctif est l'évènement par la survenance duquel le contrat prendra fin. La jurisprudence prohibant les engagements perpétuels, tout contrat, pour être valablement conclu est nécessairement affecté d'un terme extinctif<sup>11</sup>.

Le terme extinctif peut être de trois natures :

- le terme peut être défini/certain, c'est-à-dire « non douteux, parce qu' [...] inéluctable »<sup>12</sup>. Il correspond à une date fixe, ou à un délai déterminé. Dans ce cas, on sera en présence d'un contrat à durée déterminée ;
- le terme peut être indéfini/incertain c'est-à-dire « choisi par référence à un évènement dont la date indéterminée n'est pas connaissable »<sup>13</sup>. Il correspond à un évènement certain dont on ignore la date, mais dont la survenance ne dépend pas de la volonté de l'une des parties<sup>14</sup>. Il induit alors la qualification d'un contrat à durée déterminée ;
- le terme peut être inconnu lors de la conclusion du contrat, résulter d'une volonté expresse, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué de plein droit et unilatéralement par l'une des parties en dehors de tout évènement. Il emporte alors la qualification de contrat à durée indéterminée.

On préférera le vocable « terme défini ou indéfini » à celui de « terme certain ou incertain » pour bien distinguer les notions de terme et de condition. La condition se définit comme un évènement futur et incertain à la réalisation duquel on subordonne l'existence même de l'obligation : sa naissance ou son extinction<sup>15</sup>. Il s'agit donc de mécanismes juridiques bien distincts<sup>16</sup>.

38. – **Conséquences.** La distinction traditionnelle entre les contrats selon leur durée s'explique par le souci de faire converger la protection de la force obligatoire des contrats (B) et la préservation de la liberté individuelle au travers de la prohibition des engagements perpétuels (A).

<sup>8</sup> Expression latine : *terme ad quem*.

<sup>9</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>10</sup> M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », *DéP*, 2000, n°78.

<sup>11</sup> Cf. ci-dessous : Un contrat sans terme est considéré comme ayant une force obligatoire perpétuelle et en tant que tel tombe sous le coup de la prohibition des engagements perpétuels.

<sup>12</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>13</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>14</sup> Cass. soc. 28 oct. 1992 n°89-45.500 Bull. n°521, D. 1993 Som. 211 obs. Ph. Delebecque « Dès qu'un terme est fixé par un évènement certain [...] même si sa date n'est pas connue ».

<sup>15</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1, « Section 1 : La condition résolutoire », p. 240.

<sup>16</sup> Le terme porte sur un évènement futur dont la réalisation est certaine. La condition porte sur un évènement futur dont la réalisation est incertaine.

## ***A. Terme extinctif et prohibition des engagements perpétuels***

39. – Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de prévoir la durée de leur relation. Ce principe est tempéré par une condition de validité prétorienne, à savoir l'absence de caractère perpétuel du contrat.

40. – **Engagement perpétuel prohibé.** Cette affirmation, traditionnellement admise, n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés, dont la première serait de définir juridiquement une telle notion (1). En outre, il convient de s'intéresser à la sanction affectant le vice de perpétuité (2).

### ***1. Définition et fondements des engagements perpétuels***

41. – La notion d'« engagements perpétuels » a été définie par la jurisprudence (a). Il conviendra de s'intéresser aux fondements de cette prohibition (b).

#### **a. Définition de la notion d'engagements perpétuels**

42. – **Définitions.** Tout d'abord, le vice de perpétuité porte exclusivement sur les engagements. Mais que faut-il entendre par « engagement » ? La portée de cette prohibition est limitée aux seuls droits personnels<sup>17</sup> ; tout droit personnel doit être affecté d'une prescription extinctive. Par opposition<sup>18</sup>, il n'y a pas de prescription extinctive pour le droit de propriété. Il est par essence imprescriptible et donc perpétuel<sup>19</sup>.

Ensuite, il convient de s'intéresser à la notion de « perpétuité ». Les dictionnaires de langue française distinguent deux sens au terme de perpétuité : « *pour toujours, pour une durée illimitée* » et « *pour la durée de la vie* »<sup>20</sup>, encore exprimée en ces termes, d'une part « *qui ne cesse point, qui dure toujours* » et, d'autre part « *qui dure toute la vie* »<sup>21</sup>.

On peut dès lors distinguer deux conceptions de la perpétuité, l'une qualifiée d'objective et l'autre de subjective pour reprendre la terminologie de F. Rizzo<sup>22</sup> qui englobe les deux sens du mot du langage courant :

- La conception objective s'attache au caractère illimité de l'engagement, c'est-à-dire à « *la volonté active de ne pas conférer de fin au contrat* » ;
- La conception subjective tient compte de la durée de la vie humaine « *la perpétuité étant fonction de la durée particulière probable de l'existence du débiteur : l'engagement prend un caractère perpétuel lorsque, compte tenu de son âge, le contractant se trouve tenu à vie.* »

<sup>17</sup> J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ 1969, n°17.

<sup>18</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70 n°74 et s.

<sup>19</sup> Cass. AP 23 juin 1972 n°70-12.960 Bull. n°3 et Cass.1<sup>ère</sup> civ. 2 juin 1993 n°90-21.982, 91-10.429, 91-10.971, 91-12.013 Bull. n°197 : « *Mais attendu que la propriété ne s'éteignant pas par le non-usage, l'action en revendication n'est pas susceptible de prescription extinctive* ».

<sup>20</sup> Dictionnaire Larousse, Disponible sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/perpetuite/> locution.

<sup>21</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré*, 2<sup>ème</sup> éd. 1872-1877.

<sup>22</sup> F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dossier Le Droit face aux temps » ; *DéP* 01-2000 n°78.

43. – **Conceptions juridiques.** Traditionnellement, la perpétuité était envisagée dans sa dimension objective – ce qui restreignait principalement son application au contrat à durée indéterminée. Pourtant, ce présupposé ne rend pas compte de l'intégralité du champ d'application de cette prohibition. On observe actuellement en jurisprudence un glissement de la conception objective de la notion vers une conception plus subjective, rapprochée de la durée de vie<sup>23</sup>. La jurisprudence rendue en matière de contrat de prêt à usage<sup>24</sup>, ou de coopératives<sup>25</sup> tient compte de la durée de l'engagement pour le débiteur. Cependant, la lecture de la jurisprudence ne permet pas de dégager de ligne directrice quant à la durée (20 ans, de 30 ans, de 10 ans...<sup>26</sup>) à partir de laquelle on pourrait considérer que le contrat est perpétuel.

44. – Le rédacteur de contrat devra donc être attentif aux usages qui régissent le domaine particulier du contrat afin d'échapper au vice de perpétuité dont le fondement constitutionnel a été consacré.

### b. Fondements de la prohibition des contrats perpétuels

45. – **Absence de fondement légal.** Aucun principe légal de portée générale ne prohibe les engagements perpétuels. Des textes de loi spécifiques limitent la durée des contrats – obligeant les parties à conclure des contrats à durée déterminée plutôt que des contrats à durée indéterminée. Les trois principales dispositions qui ont été généralisées par la jurisprudence concernent le droit spécial applicable au contrat de louage<sup>27</sup>, au contrat de bail<sup>28</sup> et au contrat de société<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », Dossier Le Droit face aux temps, *DéP* 01-2000 n°78.

<sup>24</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 nov. 1998 n°96-19.549 Bull. n°312 : « *Attendu que l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat ; que, lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, il appartient au juge de déterminer la durée du prêt* ».

<sup>25</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 juill. 1986 n°84-14758 Bull. n°206 : « *Mais attendu que c'est à bon droit que le tribunal d'instance, après avoir relevé que l'engagement pris par la société coopérative était fixé à soixante quinze exercices consécutifs, correspondant à la durée de l'Institut coopératif du vin, énonce qu'un tel laps de temps excède la durée moyenne de la vie professionnelle, qu'il s'agisse d'un associé coopérateur ou d'une société coopérative, celle-ci, adhérente à une union de sociétés coopératives, devant « garder une faculté de retrait qui est inhérente à sa qualité de coopérateur » et conforme à « l'intérêt des membres qui la composent ».*

<sup>26</sup> A été jugé perpétuel un engagement de rester associé d'une durée de 50 ans dans un arrêt : Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janv. 1989 n°87-10.092, *JCP G* 1989 II n°21294 note J.-F. Barbiéri : « *temps supérieur à la moyenne de vie professionnelle* » ; A été jugé non perpétuel « *un engagement de 30 ans [qui] est d'une durée inférieure à la moyenne de la vie professionnelle* » ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 mai 1995 n°93-11.837 Bull. n°231 ; par contre la durée maximale d'une clause d'indivisibilité est fixée à 10 ans en vertu de l'art. 900-1 C. civ.

<sup>27</sup> Art. 1780 al. 1 et 2 C. civ. : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ».

<sup>28</sup> Art. 1709 C. civ. : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ».

<sup>29</sup> Art. 1838 C. civ. : « *La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans* ».



46. – **Fondement jurisprudentiel** : la Cour de cassation. La jurisprudence de la Cour de cassation, fondatrice de cette prohibition, est ancienne et toujours en vigueur. En effet, dès 1929<sup>30</sup>, ce principe a été affirmé, puis fréquemment réitéré<sup>31</sup>.

47. – **Des fondements historiques**. La préservation de la liberté individuelle contre les dérives est le postulat fondateur de cette interdiction. En effet, ce principe général de prohibition des engagements perpétuels a une origine historique lointaine puisque l'idée remonte au temps du régime féodal. À cette époque étaient autorisées des situations juridiques immuables, telles que l'esclavage, l'attache à la terre ou à un domaine des travailleurs ou agriculteurs. De même, la pratique avait recours aux contrats héréditaires<sup>32</sup>.

Aujourd'hui oublié, ce fondement historique est relégué au second plan au bénéfice d'une justification davantage économique. F. Rizzo explique que « *l'engagement perpétuel fonctionn[ant] en tant que facteur de sclérose du système économique* »<sup>33</sup>.

Néanmoins, c'est sous l'angle de la protection des libertés individuelles que cette interdiction est aujourd'hui réaffirmée par les juridictions. Un contrat sera considéré comme perpétuel lorsque les restrictions au droit de sortir du contrat sont telles qu'il « *risque ainsi [d'être] porté une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles* »<sup>34</sup>.

48. – **Confirmation du principe par le Conseil Constitutionnel**. Ce principe jurisprudentiel a trouvé un écho favorable dans une décision du Conseil Constitutionnel en date du 9 novembre 1999. Par cette décision, la Haute Instance a consacré le caractère d'ordre public du droit de résiliation unilatérale en présence de contrats à durée indéterminée en jugeant que : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*<sup>35</sup> justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants ». Elle tempère toutefois ce principe en prenant en compte des considérations pratiques et poursuit : « *l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* »<sup>36</sup>.

La prohibition des engagements perpétuels telle quelle est appréciée par la jurisprudence reste strictement limitée et est assez rigoureuse.

49. – **L'évolution de la doctrine**. Traditionnellement, la majeure partie de la doctrine validait ce principe de prohibition des engagements perpétuels<sup>37</sup>. Ce n'est que récemment que certains

<sup>30</sup> Cass. civ. 20 mars 1929, *D.* 1930 J. p. 13.

<sup>31</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2006 n°04-12.914 Bull. n°122 p. 123, *CCC* 2006 Comm. 125 obs. L. Leveneur ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 mai 2010 n°09-65.045 ; Cass. Com. 1<sup>er</sup> juin 1999 n° 97-14.918.

<sup>32</sup> Les contrats héréditaires ou contrats héréditaires de travail consistaient pour un débiteur à s'engager à honorer le paiement de ses dettes par l'exécution d'un travail au profit du créancier, ce contrat se transmettant à la descendance du débiteur. Il s'agissait d'une forme d'esclavage contractualisé.

<sup>33</sup> F. Rizzo, « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », Dossier Le Droit face aux temps, *Dé-P* 01-2000 n°78.

<sup>34</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70 n°76.

<sup>35</sup> Article 4 de la DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

<sup>36</sup> DC 9 nov. 1999 n°99-419 DC JO 16 nov. 1999.

<sup>37</sup> A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien 2005 n°312 p. 23 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les*

auteurs ont remis en cause le caractère général de ce principe de droit, voir de sa légitimité<sup>38</sup>. Ainsi, R. Libchaber considère que la prohibition des engagements perpétuels « *est très nettement atténuée lorsque la liberté n'est pas en cause ou lorsqu'est en cause la liberté d'une personne morale assurément moins sensible dans une perspective individualiste* »<sup>39</sup>.

50. – **L'atteinte à la liberté individuelle comme critère d'application ?** Le critère à retenir serait dès lors l'atteinte portée à la liberté individuelle : « *là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite* ». Seraient concernées principalement les clauses d'inaliénabilité, les clauses de non-concurrence, ou encore le contrat de louage de service. Certains auteurs<sup>40</sup>, comme S. Lavefve-Laborderie, sont ainsi favorables à une forme de pérennité contractuelle qui a pour vertu l'efficacité et la durabilité.

Le problème pratique d'un tel critère est qu'il est impossible d'en faire un principe général de droit, ce critère ayant vocation à s'appliquer dans les situations de fait toujours variées. Un tel critère pourrait ouvrir une large porte à l'insécurité juridique pour le praticien.

Un assouplissement de la jurisprudence semble nécessaire. La question de l'obsolescence de cette prohibition se pose au regard de l'évolution de notre société. La solution pourrait être le recours à la théorie de l'abus de droit, garde de fou suffisant à la préservation de la liberté individuelle : ainsi, il reviendrait à la jurisprudence d'apprécier si une partie imposant un engagement d'une durée excessive à son débiteur commettrait un abus de droit engageant sa responsabilité contractuelle.

51. – **Absence d'évolution de la jurisprudence actuelle.** Si la jurisprudence ne tient pas compte de ces critiques et continue d'appliquer ce principe, une certaine évolution se fait jour concernant la sanction du vice de perpétuité. Le vice de perpétuité, autrefois sanctionné par la nullité absolue du contrat, tend aujourd'hui à être sanctionné par une palette de remèdes tels que la nullité de la seule clause litigieuse ou la réduction de la durée du contrat.

## 2. Sanctions du vice de perpétuité

52. – **Appréciation jurisprudentielle.** Le vice de perpétuité apparaît rarement clairement dans le contrat. Il relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Par exemple, « *le contrat paraît de prime abord entrer dans un cadre temporel précis, mais l'une de ses clauses donne en réalité habilement à l'une des parties le pouvoir de le proroger sans limites* »<sup>41</sup>. Ou encore, lorsqu'« *une clause du cautionnement stipulait que la garantie était valable, non jusqu'à la résiliation unilatérale décidée*

---

*obligations*, Dalloz 2005 n°300 p. 308 ; B. Starck, H. Rolland et L. Boyer, *Les obligations, Contrat*, Litec 1998 n°1395 p. 485 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2004 n°884 p. 430 ; C. Larroumet, *Les obligations, le contrat*, Economica 2003 n°208 p. 184 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin 2004, n°292 p. 213.

<sup>38</sup> I. Pétel-Teyssié, *art. 1780*, JCL Civil Code n°30 ; R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.*, 1995 p. 437 ; J. Ghestin, *Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ?*, in Mélanges D. Tallon, Société législation comparée 1999 p. 251 ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001 n°198 p. 247 ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF 2004 n°136 p. 351 et n°192 p. 520.

<sup>39</sup> R. Libchaber, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.*, 1995 p. 443.

<sup>40</sup> S. Lavefve-Laborderie, *La pérennité contractuelle*, Thèse 2005, LGDJ tome 447.

<sup>41</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 2002 n°99-21.209, J. Mestre et B. Fages, « La perpétuité est toujours prohibée », *RTD civ.* 2002 p. 511.

*par la caution, mais jusqu'à la décision discrétionnaire du créancier acceptant une résiliation demandée par la caution, ce dont il résultait que le cautionnement éludait la faculté de résiliation unilatérale dont doit disposer toute caution garantissant sans limitation de durée l'ensemble des dettes d'un débiteur principal et que cette sûreté était nulle comme entaché du vice de perpétuité »<sup>42</sup>.*

53. – **Sanction légale.** Les dispositions légales sanctionnant la durée excessive des contrats présentent une variété de solutions empêchant d'établir un régime général unifié. Il pourra s'agir de la nullité absolue du contrat de bail<sup>43</sup> ou du contrat de louage de service ; la clause d'inaliénabilité est quant à elle réputée non-écrite<sup>44</sup> ; et enfin, la durée des contrats d'approvisionnements exclusifs peut être réduite au plafond légal de 10 ans<sup>45</sup>.

54. – **Sanction de principe.** La sanction traditionnellement appliquée par les juges<sup>46</sup> aux contrats affectés du vice de perpétuité est la nullité absolue<sup>47</sup>, entendue comme l'anéantissement judiciaire du contrat affecté d'un vice heurtant une règle d'ordre public<sup>48</sup>. La portée absolue de la nullité du contrat a été critiquée par la doctrine à double titre : doit-elle vraiment être totale (versus partielle) et rétroactive (versus pour l'avenir) ?

Une partie de la doctrine constate, à juste titre, que la durée du contrat n'étant qu'une clause de la convention, la validité de la substance même de l'engagement n'a pas à être affectée. Il conviendrait dès lors d'opter pour une nullité partielle et non totale<sup>49</sup>.

Pour une autre partie de la doctrine, la nullité ne devrait pas être absolue et rétroactive, mais devrait être pour l'avenir et relative<sup>50</sup>. La nullité absolue peut en effet avoir des effets indésirables, « *il est indéniable que la nullité absolue semble parfois une sanction excessive en ce qu'elle permet à celui qui est à l'origine de l'engagement perpétuel de se dégager à bon compte de ses obligations* »<sup>51</sup>.

À l'aune de notre société actuelle, la sanction d'une nullité absolue est excessive eut égard aux intérêts protégés. Une nullité partielle et relative semble de loin préférable, cette sanction permettant de conjuguer la préservation des droits du débiteur et la sauvegarde du lien contractuel.

Il n'en demeure pas moins que la Haute Juridiction a réitéré le principe de la nullité absolue dans un arrêt récent<sup>52</sup>. On peut y lire le refus de la Cour de cassation de faire évoluer la sanction et, par la

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2006 n°04-12.914 Bull. n°132 p. 123, CCC 2006 Comm. 125 obs. L. Leveneur.

<sup>43</sup> Cass. civ. 20 mars 1929, *D.* 1930 J. p. 13 obs. P. Voirin ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 décembre 1999 n°98-10.430 Bull. n°242, *D.* 2001 Somm.167 : « *Si le bail était entaché d'un vice de perpétuité, l'action en nullité du contrat souscrit en 1953 avait été engagée en 1991, la cour d'appel en a exactement déduit que le bail ne pouvant être considéré comme inexistant et l'action en nullité, même absolue, se prescrivant par trente ans* ».

<sup>44</sup> Art. 900 C. civ.

<sup>45</sup> Art. L. 330-1 et s. C. com.

<sup>46</sup> Cass. soc. 17 déc. 1953 Bull. n°807.

<sup>47</sup> La nullité absolue a pour caractéristiques : (1) de pouvoir être invoquée par tout intéressé, (2) que le délai de prescription est de 30 ans, (3) que les intéressés ne peuvent pas y renoncer.

<sup>48</sup> Selon la conception moderne : R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909 ; J. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, S., 1937, p. 141.

<sup>49</sup> P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse, Strasbourg, LGDJ 1969.

<sup>50</sup> R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridique*, Thèse, Dijon, 1909, p. 302.

<sup>51</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70 n°118.

<sup>52</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 mai 2010 n°09-65.045 : « *Mais attendu que la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* ».

même, en conservant une sanction aussi sévère, son souhait de conserver toute l'importance de cette prohibition. Par rapport à cette position de la Cour de cassation, les tribunaux semblent résister à cette tendance et appliquent des sanctions variables. Ainsi, de préférence, la nullité du contrat est écartée au profit de la nullité de la seule clause litigieuse<sup>53</sup>. En présence d'un contrat à durée indéterminée, le droit de résiliation unilatérale pourra être restauré dans sa plénitude.

Il résulte de ce débat jurisprudentiel et de la « fronde » des tribunaux qu'aujourd'hui il n'y a pas de réelle prévisibilité de la sanction qui sera finalement décidée.

55. – **Sort du contrat à durée déterminée.** Au sein de ce débat houleux entre nos juridictions se pose, avec une acuité encore plus grande, la question du sort d'un contrat à durée déterminée dont est invalidée la clause prévoyant un terme extinctif :

- faut-il considérer que la durée doit être réduite, respectant la volonté initiale des parties de prévoir un contrat à durée déterminée ?
- ou faut-il requalifier le contrat en contrat à durée indéterminée, la nullité emportant l'absence de terme valablement stipulé ?

La jurisprudence admet les deux solutions selon les cas d'espèce :

- dans certains cas, la réduction de la durée du contrat a pu être privilégiée<sup>54</sup>, le juge appréciant souverainement la durée raisonnable de l'engagement ;
- dans d'autres cas, un contrat prévu pour 99 ans a été requalifié en contrat à durée indéterminée résiliable à tout moment par les parties<sup>55</sup>.

Certains auteurs<sup>56</sup> soulignent l'opportunité de requalifier le contrat en contrat à durée indéterminée. Une telle requalification n'est pas sans soulever une certaine méfiance, d'autres auteurs<sup>57</sup> insistant sur le risque de modifier l'équilibre contractuel.

Cette ambiguïté des sanctions ne permet pas de dégager une solution claire : la clause litigieuse annulée, la requalification change profondément les rapports prévus entre les parties — le contrat à durée indéterminée étant résiliable à tout moment au contraire du contrat à durée déterminée pour lequel les parties sont tenues de respecter le terme extinctif convenu. Il demeure que la nullité de la clause peut entraîner la perte d'un élément essentiel du contrat. Dans ces conditions, les parties peuvent trouver préférable le fait de ne pas être tenues, a posteriori, par une durée non conventionnellement définie. La requalification semble pourtant préférable puisqu'elle restaure pour le débiteur son droit de sortir du contrat.

---

<sup>53</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2006 n°04-12. 914 Bull. n°132, CCC 2006 comm. 125 note L. Leveneur : « Mais attendu que dès lors qu'elle tendait à priver d'effet l'exercice par M. X... de la faculté, qui lui était reconnue, de révoquer unilatéralement le cautionnement à durée indéterminée qu'il avait souscrit, la clause litigieuse était nulle, de sorte que, ne pouvant recevoir application, elle n'était pas de nature à affecter la validité de ce cautionnement ».

<sup>54</sup> Cass. civ. 22 nov. 1932, *D.H.* 1933, 51.

<sup>55</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 2002 n°99-21.209, *RJD* A 6/02 n°589, *RJD civ.* 2002 p. 510 obs. J. Mestre et B. Fages : « Attendu que la cour d'appel (Toulouse, 27 septembre 1999), ayant relevé que la clause du contrat conclu entre un praticien et la société exploitant une clinique précisait qu'il était conclu « pour la durée de la société », soit, à défaut de précision, pour 99 ans, a pu considérer que l'engagement ainsi pris par le praticien avait à son égard un caractère perpétuel, d'où elle a déduit, par des motifs non critiqués par le pourvoi, que, la stipulation de ce terme étant nulle, la convention devait être réputée conclue sans durée déterminée, et, par conséquent, avec faculté de résiliation unilatérale pour chacune des parties ».

<sup>56</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations* 8<sup>ème</sup> éd. 2002 n°300 et C. Witz, « Force obligatoire et durée du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats », *D.* 2003 p. 176.

<sup>57</sup> A. Constantin, *JCP G* 2003 I 122 n°15 et s.

56. – **Perpétuité et Force obligatoire.** La recherche du maintien du contrat affecté par le vice de perpétuité pose la question du respect de la volonté des parties. Cette question amène à analyser le lien entre terme extinctif et force obligatoire du contrat. Le principe de la prohibition des engagements perpétuels paraît dès lors le pendant de la force obligatoire assurant la cohérence du système juridique.

### ***B. Terme extinctif et force obligatoire du contrat***

57. – **Force obligatoire.** La force obligatoire du contrat est définie par l'article 1134 alinéa 1 du Code civil<sup>58</sup>. Cette notion est intrinsèquement liée à celle de terme extinctif, car cette dernière détermine la durée pendant laquelle la règle contractuelle aura force obligatoire entre les parties. Pendant toute la durée du contrat, les parties sont tenues par leurs engagements<sup>59</sup>. Il convient de s'intéresser à la stipulation du terme extinctif (2) dont la validité de principe a été consacrée (1).

#### ***1. Validité du terme extinctif***

58. – **Durée du contrat et force obligatoire.** Le contrat puise sa valeur de règle entre les parties dans la force obligatoire. Cependant, la jurisprudence impose que la force obligatoire du contrat ne soit ni absolue ni illimitée dans le temps. Le principe de la prohibition des engagements perpétuels vient limiter la portée de la force obligatoire.

La perpétuité s'entend comme la contrainte d'une partie à demeurer indéfiniment, ou pour une durée excessive par rapport à la durée de la vie, enfermée dans une relation contractuelle. Elle y reste maintenue alors même que la relation contractuelle aura perdu tout son intérêt pour elle.

Le contrat à durée indéterminée ne doit pas être perpétuel (a). En marge se pose la question de savoir si un contrat à durée déterminée peut être perpétuel du fait des multiples reconductions<sup>60</sup> dont il a pu faire l'objet (b) ?

#### **a. Distinction entre le contrat à durée indéterminée et le contrat perpétuel**

59. – **Validité des contrats à durée indéterminée.** La validité des contrats à durée indéterminée se heurte conceptuellement au principe de prohibition des engagements perpétuels. Il convient de distinguer les concepts de contrat perpétuel et de contrat à durée indéterminée. En effet, le contrat peut être qualifié de perpétuel indépendamment de sa durée – limitée ou illimitée.

Un contrat à durée indéterminée échappe au vice de perpétuité en raison du fait qu'il est affecté d'un terme extinctif constitué par la faculté de résiliation unilatérale. La faculté de résiliation unilatérale a été instaurée afin de faire échapper les contrats à durée indéterminée au grief de perpétuité. Il peut donc être mis fin à la force obligatoire des contrats à durée indéterminée à tout moment<sup>61</sup>. Le fait de porter atteinte à cette faculté permettrait de qualifier un tel contrat de perpétuel<sup>62</sup>. La Cour de

<sup>58</sup> Art. 1134 a. 1 C. civ. : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

<sup>59</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2003 n°419 p. 186.

<sup>60</sup> G. Cornu définit la reconduction comme « *la continuation d'un contrat à durée déterminée au-delà de la durée initialement convenue et aux conditions originaires, en vertu de l'accord explicite, ou le plus souvent, implicite des parties* », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>61</sup> J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ 1969 n°182.

<sup>62</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 mars 1968 Bull. n°85 : « *Attendu qu'x..., ayant révoqué le mandat par lui donné, a prétendu que le contrat était nul comme fait pour une durée illimitée, mais que la cour d'appel faisant droit*



cassation décide ainsi qu'« *il n'y a pas d'engagement perpétuel dès lors qu'il y a faculté de résiliation ou refus de faire courir une nouvelle durée contractuelle* »<sup>63</sup>.

Le rédacteur de contrat ne doit donc pas porter atteinte au droit de résiliation unilatérale à tout moment de chacune des parties.

Il convient de s'intéresser à l'éventuelle perpétuité du contrat à durée déterminée.

## **b. Un contrat à durée déterminée peut-il être un contrat perpétuel ?**

60. – **Contrat à durée déterminée perpétuel.** Les contrats à durée déterminée ne heurtent pas frontalement le principe de prohibition des engagements perpétuels. Cependant, il arrive que le grief de perpétuité soit retenu à l'encontre de ce type de contrat dès lors que nous sommes en présence de multiples renouvellements. En effet, la force obligatoire d'un contrat à durée déterminée cesse en principe par l'arrivée du terme extinctif. Or, certaines stipulations peuvent rendre le contrat perpétuel lorsqu'elles portent atteinte au droit de non-renouvellement des contrats et que celui-ci se reconduit indéfiniment dans le temps. À titre d'exemple<sup>64</sup>, il s'agirait d'une clause permettant à un contractant d'exiger indéfiniment la reconduction du contrat sans que l'autre partie puisse s'y opposer. Un tel contrat se heurte à la prohibition des engagements perpétuels.

61. – Tout contrat doit donc être affecté d'un terme extinctif que celui-ci soit déterminé ou indéterminé. Dès lors, le rédacteur de contrat a la responsabilité de rédiger une stipulation particulière concernant la durée du contrat.

### **2. Stipulation du terme extinctif**

62. – **Choix de la durée du contrat.** La liberté des parties de prévoir la durée de leur contrat est peu, voire pas, encadrée par la loi – sauf le cas de certains contrats spéciaux. Il apparaît dès lors primordial de stipuler une clause de durée. Dans le silence du contrat, les juges devront interpréter la volonté tacitement exprimée par les parties<sup>65</sup>.

63. – **Choix du terme extinctif.** Le choix des parties est en réalité stratégique, le rédacteur de contrat doit attirer leur attention sur les conséquences juridiques de leur décision. L'option qu'elles retiennent déterminera le degré d'engagement qu'elles souhaitent instaurer entre elles. Si elles veulent un engagement le plus ferme possible, elles se tourneront vers la stipulation d'une clause à durée déterminée. Mais, si elles n'ont pas de visibilité sur l'évolution de leur situation, elles peuvent se préserver une certaine souplesse en stipulant une clause de durée indéterminée. Plus précisément, quel enjeu recouvre cette distinction pour les parties ?

64. – **Importance de la distinction : modalités de fin de contrat.** L'importance de cette distinction réside dans la faculté pour les parties de sortir du contrat plus ou moins facilement. En effet, derrière le choix de la durée de leur engagement réside, en réalité, le choix des modalités de rupture

---

*à la demande de dommages - intérêts de demoiselle Alvarez à la suite de la révocation, a déclaré le contrat valable aux motifs que le terme pour une durée illimitée [avait] été improprement employé [et] qu'il [fallait] comprendre pour une durée indéterminée ; Attendu qu'en se prononçant ainsi, l'arrêt attaqué a dénaturé la clause claire et précise de la convention litigieuse, et a dès lors, violé le texte susvisé ».*

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2002 n°98-21.813, CCC 2002 Comm. 119 obs. L. Leveneur.

<sup>64</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 fév. 1992 n°90-16.148 Bull. n°46, JCP E 1993 II n° 429 n° 9 obs. J. Monéger.

<sup>65</sup> D. Veaux, *Contrat et Obligations Article 1185 à 1188*, JCL Civil - Code, Fasc. unique n°141.

du contrat. Or, en pratique, les parties sont souvent loin d'être conscientes de cette conséquence. Le contrat présenté comme à durée indéterminée pourra être résilié unilatéralement à tout moment. À l'inverse, le contrat à durée déterminée maintiendra la relation contractuelle, sans aucune vocation à être interrompue avant son terme.

J. Mestre l'exprime en ces termes : « *un contrat à durée indéterminée, bien que fondamentalement précaire puisqu'il se caractérise par la faculté dont disposent les parties de le rompre à tout moment, peut avoir vocation à s'inscrire dans la durée. Il n'en va pas de même du contrat à durée déterminée. Certes, celui-ci a une force obligatoire absolue jusqu'à son terme extinctif. Mais à l'arrivée de celui-ci, le contrat prend fin* »<sup>66</sup>. A. Vaissière, quant à lui, résume l'enjeu de la manière suivante : « *L'indétermination de la durée est compensée par une plus grande facilité de destruction des relations contractuelles* »<sup>67</sup>.

Un élément notable de la prise de décision par les parties est l'importance financière de la relation qu'ils sont en train d'établir. Ainsi, J. Mestre explique-t-il que « *l'ampleur des investissements effectués par l'une des parties la conduit raisonnablement à tabler sur une certaine durée et donc, de manière corrélative, atténuée la liberté de l'autre de le rompre* »<sup>68</sup>.

Il est donc important que les parties prennent bien le temps de penser à la durée la mieux adaptée à leur engagement en fonction des intérêts en présence. Le rédacteur de contrat a une obligation de conseils.

65. – **Quel contrat ?** Le choix peut être ainsi résumé<sup>69</sup> :

	<b>Terme extinctif</b>	<b>Durée de la relation</b>	<b>Fin du contrat</b>	<b>Reconduction du contrat</b>	<b>Droit de sortir du contrat avant l'arrivée du terme</b>
<b>Contrat à durée déterminée</b>	<i>défini ou indéfini</i>	<i>prévisibilité et sécurité</i>	<i>automaticité</i>	<i>Possible au-delà du terme</i>	<i>aucun</i>
<b>Contrat à durée indéterminée</b>	<i>volontaire</i>	<i>précarité</i>	<i>pérennité de la relation qui a vocation à s'inscrire dans le temps par le biais d'un seul contrat</i>		<i>Droit de résiliation unilatérale à tout moment</i>

66. – **Intervention du législateur.** Néanmoins, le législateur est intervenu pour tempérer cette liberté de principe en venant encadrer la durée de certains contrats spéciaux. Le terme extinctif défini ou indéfini de ces contrats permettant d'écarter le droit de résiliation unilatérale, cette intervention fut un instrument de sécurisation des rapports juridiques par le biais de la prévisibilité des échéances. Cette intervention permet in fine de protéger des parties considérées en position de faiblesse structurelle.

Ainsi, certains contrats et certaines clauses sont nécessairement conclus pour une durée déterminée :

<sup>66</sup> J. Mestre, *Droit du contrat*, Lamy Droit civil, n°410-3.

<sup>67</sup> A. Vaissière, « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *RLDC* 2006 n°07-2006 n°290.

<sup>68</sup> J. Mestre, « Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990 p. 653.

<sup>69</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2, «Le procédé technique de « clonage » du contrat», p. 155 : concernant les conséquences de la reconduction quant à la loi du contrat, à la responsabilité contractuelle, aux conditions de formes et de publicité.

- le contrat de société doit être conclu pour une durée maximale de 99 années<sup>70</sup>,
  - le contrat d’approvisionnement exclusif ne peut être conclu pour une durée supérieure à 10 années<sup>71</sup>,
  - le contrat de louage, s’il n’est pas soumis à une durée légale précise, doit nécessairement être conclu à durée déterminée, la durée déterminée étant une condition de validité de l’engagement<sup>72</sup>,
  - les clauses d’inaliénabilité doivent être obligatoirement conclues pour une durée déterminée, sans que la loi n’ait imposé de durée définie<sup>73</sup>,
  - la faculté de réméré ne peut être accordée que pour une durée maximale de 5 années<sup>74</sup>.
- Hormis les dispositions légales citées ci-dessus, c’est la liberté des parties qui préside.

67. – **Rédaction.** La rédaction des clauses de durée est en général caractérisée par sa simplicité, car les questions relatives à la rupture ou au renouvellement du contrat, bien qu’intrinsèquement liées, sont traitées au sein d’autres stipulations contractuelles. Pourtant, le lien fonctionnel entre ces clauses ne peut pas – et ne doit pas – être ignoré des parties à un contrat. Le rédacteur de contrat doit penser les clauses les unes par rapport aux autres.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de durée dans les contrats à durée déterminée

**Conseils de rédaction.** Il est important de réfléchir au terme extinctif qui sera indiqué dans le contrat : est-ce la date qui est déterminante pour les parties ou bien la survenance d’un événement ? Il convient de bien prendre en considération cet élément qui a vocation à mettre fin automatiquement à la relation contractuelle.

Autre point à noter, le terme extinctif et la date d’effet du contrat sont souvent stipulés au sein de la même clause, ce qui présente l’avantage d’inscrire précisément la durée du contrat dans cette clause et d’éviter ainsi tout problème d’interprétation lié aux points d’échéances du contrat. À défaut de prévisions contractuelles, c’est l’article 642 du Code de procédure civile qui trouve à s’appliquer, lequel prévoit que le contrat expire à 24 heures le dernier jour<sup>75</sup>.

### □ *Contrat à durée déterminée conclu avec un terme défini*

*« Le contrat est conclu pour une durée de 10 ans à compter de la signature du présent contrat / à compter du 10 janvier 2014. En conséquence, le contrat prendra fin le 11 janvier 2020 inclus. »*

<sup>70</sup> Art. 1838 C. civ.

<sup>71</sup> Art. L. 330-1 C. com.

<sup>72</sup> Art. 1709 C. civ.

<sup>73</sup> Art. 900-1 C. civ.

<sup>74</sup> Art. 1660 C. civ.

<sup>75</sup> Art. 642 C. pro. Civ. : « Tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu’au premier jour ouvrable suivant ».



### □ *Contrat à durée déterminée conclu avec un terme indéfini*

Il est pris l'exemple du franchissement d'un seuil de chiffre d'affaires annuel par la société cocontractante :

*« Le contrat est conclu à compter de la signature du présent contrat / à compter du 10 janvier 2014 et prendra fin automatiquement sans rétroactivité lorsque l'autre partie sera informée du fait que le chiffre d'affaires annuel de la société sera supérieur ou égal à x euros étant précisé que le chiffre d'affaires annuel sera communiqué à l'autre partie au plus tard dans les 6 mois de la clôture des comptes annuels ».*

**Remarques.** Dans un tel exemple, il est opportun de préciser l'absence de rétroactivité de la rupture afin d'éviter tout contentieux. Les parties devront préciser au sein d'autres stipulations contractuelles les conséquences de cette rupture au regard des restitutions<sup>76</sup>.

La notion même de chiffre d'affaires peut nécessiter d'être définie précisément par le contrat au sein d'une clause liminaire de définition, tout particulièrement lorsque celui-ci comporte d'importants enjeux financiers.

### ■ **Clause de durée dans les contrats à durée indéterminée**

**Conseils de rédaction.** Le rédacteur de contrat a intérêt à indiquer clairement que le contrat est conclu pour une durée indéterminée. Cela présente l'avantage de déterminer la date de commencement de la relation contractuelle et d'éviter tout risque de contestation ultérieure.

*« Le contrat est conclu pour une durée indéterminée à compter de la signature du présent contrat/à compter du 10 janvier 2014. »*

**Remarque.** Il n'est pas utile que le rédacteur de contrat précise le droit de résiliation unilatérale à tout moment des parties.

68. – **Conclusion.** Le choix de la durée du contrat est donc un élément de négociation entre les parties à ne pas négliger. Il est déterminant du mode d'extinction du lien contractuel. Le rédacteur de contrat devra veiller à ne pas porter atteinte au droit de sortie du contrat de chacune des parties pour échapper au vice de perpétuité, un tel vice pouvant être lourdement sanctionné par la nullité absolue du contrat.

Tout contrat, quelle que soit sa durée, est affecté d'un terme extinctif. Non seulement le terme extinctif permet de déterminer la durée de vie du contrat — qu'il soit à durée indéterminée ou déterminée –, mais il constitue également la date de fin de vie du contrat.

## §2. Le terme extinctif : détermination de la fin de vie du contrat

69. – Traditionnellement<sup>77</sup>, la notion de durée du contrat est intimement liée à celle de rupture sans faute, et tout particulièrement aux modalités d'une telle rupture. Ainsi, on peut distinguer deux situations.

<sup>76</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2, «Le passé contractuel à liquider : les restitutions», p. 348.

<sup>77</sup> Les modes d'extinction du contrat sont divers. Parmi ces modes d'extinction, il peut être distingué entre (1) la rupture causée par l'inexécution fautive des obligations du contrat (résolution) (2) et la rupture détachée de toute notion de faute contractuelle (terme extinctif, droit de résiliation unilatérale mais aussi dédit, condition résolutoire, caducité).

70. – **Durée indéterminée et résiliation unilatérale.** Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, les parties peuvent y mettre fin à tout moment et sans obligation de motivation en vertu du droit de résiliation unilatérale (A).

71. – **Durée déterminée et renouvellement.** Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, les parties sont liées jusqu'à l'échéance du terme extinctif. Elles retrouvent leur pleine et entière liberté à l'échéance du contrat. Dans cette hypothèse, il n'existe, en principe, aucun droit de renouvellement du contrat (B).

### ***A. Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale***

72. – **Prévisions jurisprudentielles.** Alors qu'aucune disposition légale ne le prévoyait, un droit de résiliation unilatérale a été reconnu en présence d'un contrat à durée indéterminée par la jurisprudence sur le fondement de la prohibition des engagements perpétuels. Selon A. Constantin, « *cette faculté de se dégager d'une convention à durée indéterminée procède moins de la prohibition des engagements perpétuels que du primat de la liberté de l'individu, lequel ne saurait être entravé par une convention que pour le temps où il le décide* »<sup>78</sup>.

Il en résulte que le régime du droit de résiliation unilatérale (1) limite dans le même temps la liberté contractuelle d'aménager le droit de sortir du contrat par une clause de résiliation unilatérale (2).

#### ***1. Le régime du droit de résiliation unilatérale***

73. – **Visa.** La jurisprudence a instauré un droit de résiliation unilatérale reconnaissant à chacune des parties la faculté de mettre un terme au contrat à tout moment et pour l'avenir au visa de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil<sup>79</sup>. Autrement dit, « *la faculté de résiliation est inhérente à tout engagement illimité dans le temps* »<sup>80</sup>. Plus encore, ce droit est considéré comme ayant une assise constitutionnelle depuis 1999<sup>81</sup>, et il est qualifié comme étant d'ordre public<sup>82</sup>.

74. – **Droit unilatéral.** La première caractéristique de ce droit est qu'il est unilatéral – chacune des parties détient un droit propre de rompre le contrat. Pour J.-M. Mousseron<sup>83</sup>, les parties ne peuvent pas modifier le caractère unilatéral du droit qui leur est ainsi conféré. De ce fait, elles ne peuvent ni y renoncer par convention expresse et préalable, ni prévoir que ce droit ne pourra être exercé que de façon bilatérale. La Cour de cassation consacre cette analyse : « *ce droit est offert aux deux parties. Il est d'ordre public et ne peut pas faire l'objet d'une renonciation par une convention particulière* »<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> A. Constantin, « Illustration de la résiliation unilatérale d'un pacte d'actionnaires en raison de sa durée indéterminée », sous Cass. com. 6 nov. 2007 n°07-10.620 et n°07-10.785, *JCP E* n°25, 2008, 1829.

<sup>79</sup> Art. 1134 al. 2 C. civ. : « *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ».

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 mai 1997 n°95-13.637, *RJDA* n°871.

<sup>81</sup> DC 9 nov. 1999 n°99-419, JO 16 nov. 1999.

<sup>82</sup> A. Bénabent, *Droit civil Les obligations*, Montchrestien 2005 n°312 p. 238 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 1996 n°95-17.339 Bull. n°246.

<sup>83</sup> J.-M. Mousseron, J. Raynard, J.-B Seube, *Technique Contractuelle*, Francis Lefebvre 3<sup>ème</sup> éd. n°1399.

<sup>84</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 1996 n°95-17.339 Bull. n°246.

75. – **Aménagement du droit de résiliation ?** Le droit de résiliation est en principe ouvert à tout moment au cours du contrat. Cela signifie que les parties ne pourraient pas valablement convenir de supprimer ce droit de résiliation sans faute — notamment par la stipulation d'une clause limitant le droit de résiliation à la préexistence d'une faute contractuelle.

Par contre, les parties peuvent s'interdire de résilier leur contrat pour un temps donné<sup>85</sup> – sous réserve que cette clause temporaire de non-résiliation ne soit pas prévue pour une durée excessive<sup>86</sup> qui entacherait dès lors le contrat du vice de perpétuité. B. Le Bars note que cette obligation de non-résiliation est implicitement prévue dans la plupart des contrats même dans le silence des parties : « *Une période minimum "d'amortissement" du contrat est possible* »<sup>87</sup>. Dans certaines situations, la jurisprudence tiendra ainsi compte de cette « période incompressible » en sanctionnant la rupture prématurée du contrat sur le terrain de l'abus de droit<sup>88</sup> ou encore en considérant que « *les relations commerciales des parties impliquaient une relative stabilité dans le temps, nécessaire à une saine gestion de leurs entreprises respectives* »<sup>89</sup>.

76. – **Effet :** résiliation pour l'avenir. L'exercice de ce droit de résiliation met fin au contrat pour l'avenir. Il n'efface donc pas le passé contractuel.

Un cas intéressant permettant de mettre en lumière cette résiliation pour l'avenir s'offre en matière de cautionnement. Dans ce cas, la résiliation met fin à l'obligation de couverture de la caution, mais non à son obligation de règlement<sup>90</sup>. Certains auteurs<sup>91</sup> parlent alors d'effet « partiel » de la résiliation du contrat de cautionnement, le juge devant distinguer selon la nature des obligations en présence.

77. – **Vers une obligation de motivation ?** En principe, le droit de résiliation reconnu à une partie n'est pas soumis à une obligation de motivation<sup>92</sup>. Pourtant, ce principe est de plus en plus remis en cause, le juge s'invitant dans le contrôle des motifs par le biais de la théorie de l'abus de droit. Ainsi, on constate ce que l'on pourrait appeler un détournement de la théorie de l'abus de droit opérée par le juge. Par exemple, il a pu être décidé que : « *si la partie qui met fin à un contrat à durée indéterminée dans le respect des conditions prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins à*

---

<sup>85</sup> Cf. ci-après.

<sup>86</sup> La lecture des arrêts ne permet pas de dégager de ligne jurisprudentielle précise quant à l'appréciation du caractère excessif de la durée du contrat.

<sup>87</sup> B. Le Bars, « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002 p. 381 et s. n°13.

<sup>88</sup> Cass. com. 20 janv. 1998 n° 96-18.353 Bull. n°40, *D.* 1998 J. p. 413 : « *après avoir retenu que la chute des ventes de véhicules neufs était partiellement due au « marasme général du marché de l'automobile » et que le redressement qui a suivi la prise d'effet de la résiliation avait été « facilité par la sortie de nouveaux modèles », sans préciser en quoi la poursuite de la chute des ventes de véhicules neufs était imputable au concessionnaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

<sup>89</sup> CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. C, 15 févr. 1990, SA des Maisons Phénix Ile-de-France-Normandie c/ Société Premat Yonne, inédit.

<sup>90</sup> C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Montpellier préface C. Cabrillac, Librairie technique 1979 n°253 p. 326.

<sup>91</sup> O. Rivoal, « L'effet « partiel » de la résiliation unilatérale des cautionnements à durée indéterminée ou de la nécessité pour le juge de distinguer les obligations de couverture et de règlement », *JCP* 2005 II 10.004.

<sup>92</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 1996 n°95-17339 Bull. n°246.

partir de l'examen de circonstances établies retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre »<sup>93</sup>.

D. Mazeaud<sup>94</sup>, entre autres, approuve une telle évolution : « Cette obligation de motivation repose sur une exigence minimum de décence qui interdit au contractant dominant de faire preuve d'une coupable indifférence à l'égard d'un partenaire efficace, compétent, dynamique, fidèle tout au long de l'exécution du contrat et qui a ainsi largement contribué à sa prospérité ».

78. – **Critique.** Pourtant, on peut sérieusement se demander si une telle jurisprudence est bien une avancée. En effet, si les juges devaient exercer un réel contrôle des motifs, cela priverait les parties d'un réel droit de sortie du contrat. Sous cet angle, cette jurisprudence n'est pas forcément souhaitable, car il faut préserver l'absence de motivation du droit de résiliation des contrats à durée indéterminée, sous peine de vider de sa substance la faculté ainsi octroyée. Afin de conjuguer les intérêts en présence, le respect d'une durée suffisante de préavis semble un bon garde-fou contre les humeurs intempestives d'une partie de sortir du contrat.

Le rédacteur de contrat peut aménager les conditions d'exercice du droit de résiliation unilatérale par le biais de la stipulation d'une clause de résiliation unilatérale.

## 2. Prévisions contractuelles : la clause de résiliation unilatérale

79. – La clause de résiliation unilatérale permet de prévoir une procédure de rupture du contrat à respecter par les parties au sein même du contrat. Celle-ci permet alors d'écarter les risques de voir la responsabilité d'une partie engagée par l'exercice de sa faculté de rupture unilatérale.

80. – **Suppression du préavis ?** On a pu s'interroger sur la possibilité pour les parties de prévoir une résiliation du contrat sans respecter de préavis. Aujourd'hui, il est admis que le respect d'un préavis est non seulement obligatoire<sup>95</sup>, mais qu'il doit aussi être d'une durée suffisante pour permettre à l'autre partie de se reconverter<sup>96</sup>.

Seule exception à ce principe, le droit de résiliation unilatérale pour comportement grave du débiteur qui ouvre au créancier la faculté de rompre le contrat immédiatement à ses risques et périls<sup>97</sup>. Mais, il s'agit en réalité d'un cas de rupture pour faute et non de l'exercice du droit de résiliation unilatérale. Ces deux modes d'extinction ne doivent pas être confondus malgré une proximité terminologique regrettable.

81. – **Durée du préavis.** Stipuler un préavis est insuffisant, il convient de s'intéresser à sa durée. En particulier, la clause de préavis est à manier avec précaution à la suite de l'instauration de la responsabilité de la rupture brutale des relations commerciales établies<sup>98</sup> laquelle est venue modifier

<sup>93</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 fév. 2006 n°02-21.240 Bull. n°82 p. 78, J. Mestre, « La résiliation unilatérale sans motif et... sans abus », *RJT D civ.* 2006 p. 314.

<sup>94</sup> D. Mazeaud, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001 Som. p. 3237.

<sup>95</sup> A. Sonet, *Le préavis en droit privé*, préface de F. Bussy, thèse PUAM 2003.

<sup>96</sup> C'est notamment le cas en matière de droit de la distribution et plus précisément de franchise.

<sup>97</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 « Chapitre 1 : Le droit de rompre son contrat », p. 171.

<sup>98</sup> Article L. 442-6 I 5 C. com. : « Il engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 5° 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. Lorsque la relation commerciale porte

la physionomie de ces clauses. Cette responsabilité découle des dispositions de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce et de l'application que la jurisprudence en fait.

Bien que l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce soit un texte spécial, il tend de plus en plus à s'imposer comme une règle de droit commun, et à se généraliser dans tous les rapports contractuels<sup>99</sup>. Il devient une ligne conductrice du régime de la rupture de tout contrat étant rappelé que « *la rupture du contrat à durée indéterminée est toujours possible même s'il est déjà d'une grande ancienneté* »<sup>100</sup>.

Or, loin de protéger l'auteur de la rupture, le fait de fixer une durée de préavis figée dans le temps – ne prenant compte ni de la durée d'exécution du contrat ni du flux d'affaires instauré – expose l'auteur de la rupture à voir sa responsabilité engagée sur le fondement de cet article, la Cour de cassation jugeant que « *le préavis contractuel peut ne pas être suffisant au regard de l'article L. 442-6 I 5 du Code de commerce* »<sup>101</sup>.

La rédaction de clauses unilatérales de résiliation<sup>102</sup> doit donc prendre en compte le facteur de l'écoulement du temps et de l'intensité de la relation. Le rédacteur de contrat doit veiller à prévoir une clause dont la durée de préavis est modulable.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La rédaction d'une clause de résiliation unilatérale permet de protéger l'auteur de la rupture de l'engagement de sa responsabilité dans le cadre de la mise en œuvre de la rupture. Il convient d'être vigilant pour que ces clauses ne soient pas atteintes du vice de perpétuité en raison du fait qu'elle restreindrait la faculté de résiliation unilatérale des parties à tout moment.

Le rédacteur de contrat devra veiller à préciser le point de départ du préavis.

### ■ Clause de préavis non modulable

*« Chacune des parties a la faculté de résilier le contrat à tout moment sans obligation de motivation sous réserve de notifier sa décision à l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception et moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception. »*

Le choix du point de départ de la première présentation par les services postaux de la lettre

---

*sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. 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. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ».*

<sup>99</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 « Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale », p. 69.

<sup>100</sup> Cass. com. 3 juill. 2001 n°99-12.513, *RFD* 2002 n°147.

<sup>101</sup> Cass. 19 juin 2001 n°98-21.536 Bull. n°118.

<sup>102</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 « Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale », p. 69.

recommandée avec accusé de réception est un bon compromis entre les intérêts de l'expéditeur et du bénéficiaire. Ainsi, l'expéditeur n'est pas soumis au bon vouloir du bénéficiaire pour réceptionner un courrier recommandé. Le destinataire, quant à lui, n'est pas soumis à un délai qui aurait commencé à courir sans avoir pu être dûment informé.

### ■ Clause de préavis modulable

Il est pris l'exemple de l'allongement de la durée de préavis en fonction de la durée de la relation contractuelle.

*« Chacune des parties a la faculté de résilier le contrat à tout moment sans obligation de motivation sous réserve de notifier sa décision à l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception et moyennant le respect d'un préavis commençant à courir à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception et d'une durée de :  
- de trois mois durant les 5 premières années d'exécution du contrat ;  
- de six mois si le contrat dure de 5 à 10 ans ;  
- de huit mois si le contrat a duré plus de 10 ans. »*

La clause de préavis modulable est encore trop peu utilisée dans la pratique, ce qui est regrettable au regard de l'évolution de la jurisprudence.

82. – **Conclusion.** Le contrat à durée indéterminée est indissociable de la faculté de résiliation unilatérale à tout moment. À tout moment, ne veut pas dire dans n'importe quelle condition. L'exercice de la faculté de résiliation unilatérale implique le respect d'une durée de préavis suffisante à l'égard de son cocontractant, délai de prévenance qui s'affirme comme le respect d'un devoir de comportement de bonne foi.

Le contrat à durée déterminée quant à lui prend fin par la survenance du terme extinctif. L'émergence d'un droit de renouvellement du contrat est une tentation à laquelle la jurisprudence n'a pas cédé.

### ***B. Le contrat à durée déterminée : droit de ne pas renouveler***

83. – Parmi les causes naturelles de fin du contrat, on compte le paiement et le terme extinctif. Ce dernier met fin au contrat automatiquement. Il permet de faire périr le contrat par l'arrivée de sa date d'échéance. La stipulation contractuelle d'un terme extinctif écarte la prétention au bénéfice d'un droit de renouvellement<sup>103</sup>.

84. – **L'effet automatique du terme malmené.** Pour autant, on observe de plus en plus aujourd'hui que le terme extinctif du contrat à durée déterminée nécessite le respect d'une procédure de sortie de contrat, ce qui met à mal son effet automatique. Pour préserver cet effet extinctif, les parties ont parfois recours à des clauses spécifiques.

Malgré le refus de la jurisprudence de reconnaître aux parties un droit au renouvellement du contrat (1), la stipulation de clauses de non-reconduction est parfois nécessaire (2).

<sup>103</sup> G. Cornu définit le renouvellement comme : « l'avènement – par un accord exprès ou tacite – d'un nouveau contrat destiné à prendre effet – entre les mêmes parties – à l'expiration d'un contrat antérieur, pour une nouvelle période, et en général aux mêmes conditions, sous réserve des variations de prix », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.



## 1. Absence de droit au renouvellement du contrat

85. – **Terme défini ou indéfini.** L'effet extinctif du terme se produit par la survenance d'un évènement certain. Cet évènement est souvent une date – on parle alors de terme défini. Mais il peut également être déterminé par un évènement dont on ne connaît pas la date de survenance – on parle alors de terme indéfini. Il convient de bien distinguer la notion de terme indéfini de la notion de terme indéterminé, le premier concernant les contrats à durée déterminée et le second concernant les contrats à durée indéterminée<sup>104</sup>.

Le terme a en principe un effet extinctif (a). L'extinction du contrat n'est plus toujours automatique par l'arrivée du terme, terme qui nécessite dans certaines situations d'être mis en œuvre (b).

### a. Le principe extinctif du terme

86. – **Terme et tacite reconduction.** Par principe, le terme produit un effet extinctif. Néanmoins, ce principe est mis à mal par le jeu de la tacite reconduction<sup>105</sup> et de la prorogation<sup>106</sup>. Il n'est pas rare que les parties soient obligées d'invoquer la survenance du terme pour pouvoir bénéficier de son effet. La pratique est tentée de substituer à l'effet extinctif du terme le bénéfice d'un droit au renouvellement ayant pour avantage d'inscrire le contrat dans une continuité temporelle. Le « droit au renouvellement » est une notion propre au droit des baux (i). La question qui se pose alors est de savoir s'il existe un droit au renouvellement du contrat à durée déterminée (ii) ? Ou si la succession de contrats à durée déterminée permet de requalifier la relation en contrat à durée indéterminée (iii).

87. – **(i) Droit au renouvellement des baux.** Le droit au renouvellement a été instauré tant au bénéfice du locataire d'un bail d'habitation qu'au bénéfice du locataire d'un bail commercial.

88. – **Baux d'habitation.** En matière de contrat de bail d'habitation<sup>107</sup>, le droit du bailleur de rompre le contrat est encadré. À la différence du locataire qui a un droit de résiliation unilatérale à tout moment, le bailleur ne peut donner de congé au locataire qu'à l'échéance du bail. Le congé délivré par le bailleur doit être motivé par l'un des cas prévus par la loi, à savoir la reprise pour habiter, la reprise pour vendre le logement, ou pour un motif légitime et sérieux tel que l'inexécution du paiement des loyers par le locataire. C'est précisément cette obligation de motivation qui permet de parler de l'existence d'un droit au renouvellement du contrat de bail d'habitation au profit du locataire. Le bailleur n'est pas libre de rompre le contrat à son échéance.

89. – **Baux commerciaux.** C'est surtout à propos des baux commerciaux qu'on évoque le droit au renouvellement<sup>108</sup> du contrat. Le bailleur n'est pas libre de rompre le contrat de bail commercial

<sup>104</sup> Cass. soc. 28 oct. 1992 n°89-45.500 Bull. n°521 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 janv. 1995 n°92-17.702 Bull. n°16.

<sup>105</sup> Cf. Thèse. G. Cornu défini la tacite reconduction comme : « *la continuation – fondée sur la volonté probable des parties – de tout contrat à durée déterminée dont les parties poursuivent l'exécution au-delà du terme prévu* », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>106</sup> Définition prorogation : « *modification apportée à un droit, une mission, etc., dans le sens d'une prolongation (dans le temps), d'un maintien en vigueur ou en activité au-delà de l'échéance ; désigne aussi l'action de proroger que la prolongation qui en résulte* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>107</sup> Art. 15 loi n°89-462 du 6 juill. 1989.

<sup>108</sup> Art. L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, L. 145-42 al. 1 et art. L. 145-47 à L. 145-54 C. com.

consenti, la loi instaurant un droit de renouvellement au profit du locataire. Ainsi, le bailleur devra arguer d'un motif légitime pour pouvoir mettre un terme à la relation contractuelle ou indemniser le commerçant par le versement d'une indemnité d'éviction, calculée de manière telle qu'elle en est dissuasive<sup>109</sup>. Le législateur a arbitré entre le droit de propriété du bailleur et la protection du fonds de commerce du locataire. Étant donné que ce droit est instauré pour préserver l'exploitation du fonds de commerce du locataire, il ne naît que si au cours des trois années qui précèdent l'expiration du bail, le fonds de commerce a été effectivement exploité. À défaut d'une telle exploitation, le bailleur retrouve son droit de rompre le contrat de bail, le locataire ne pouvant pas prétendre au bénéfice du droit de renouvellement<sup>110</sup>.

Ce droit au renouvellement du contrat de bail commercial est d'ordre public<sup>111</sup> : toute clause contraire est sanctionnée par la nullité<sup>112</sup>. Le législateur a pour souci de préserver la pérennité des fonds de commerce pour lesquels le lieu d'exploitation est un élément économique fondamental. C'est un quasi droit de propriété commerciale qui est ainsi accordé au locataire au détriment du droit de propriété du bailleur.

Ce droit au renouvellement est encadré, mais est attentatoire à l'effet extinctif du terme. Très vite s'est posée la question de sa généralisation au droit commun des contrats.

90. – **(ii) Absence de droit au renouvellement étendu.** La jurisprudence a refusé d'étendre le droit au renouvellement aux contrats à durée déterminée de droit commun de sorte qu'elle affirme qu'une obligation de motivation n'existe à la charge de la partie qui invoque le terme extinctif.<sup>113</sup> C'est à l'occasion des nombreux litiges liés à la rupture des contrats de distribution que la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer le principe suivant lequel : « *Le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession* »<sup>114</sup>.

On ne peut que louer une telle appréciation, car le non-renouvellement du contrat résulte de la liberté contractuelle. Le juge ne fait ici qu'appliquer les prévisions convenues par les parties et préserve la force du terme extinctif et donc la force obligatoire. Autrement dit, l'absence de droit au renouvellement permet de sauvegarder le droit de ne pas contracter. Mais qu'en est-il en cas de succession de contrats à durée déterminée ?

91. – **(iii) Requalification en cas de succession de contrats à durée déterminée.** La même solution doit-elle être appliquée en cas de succession de contrats à durée déterminée ? Ne pourrait-on pas déduire que la succession de contrats identiques fait naître un droit au renouvellement ?

---

<sup>109</sup> Art. L. 145-14 et L. 145-17 C. com : L'indemnité d'éviction est donc égale à la somme de (1) la valeur marchande du fonds de commerce déterminée suivant les usages de la profession, (2) aux frais normaux de déménagement et de réinstallation, (3) aux frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur.

<sup>110</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 23 juill. 1973 Bull. n°496 ; CA Toulouse 12 mars 2008 JurisData n°2008-365 092, P.-H. Brault, « Dénégation du droit au renouvellement pour défaut d'exploitation effective du fond », *Loyers et Copropriété* n°9 septembre 2008, Comm. 193.

<sup>111</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. du 3 nov. 1971 Bull. n°526.

<sup>112</sup> Art. L. 14-15 C. com.

<sup>113</sup> Cass. com. 5 déc. 1989 n°88-12.431 Bull. n°304, *RTD civ.* 1990 p. 280 obs. J. Mestre ; Cass. com. 7 avril 1998 n°96-13.219 Bull. n°126, *RTD civ.* 1999 p. 7, obs. J. Mestre ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 mars 1988 n°86-11.144 Bull. n°67, *Bull. Joly* 1988 p. 360 note G. Lesguillier, *RTD civ.* 1990 p. 280 obs. J. Mestre.

<sup>114</sup> Cass. com. 4 janv. 1994 n°91-18170 Bull. n°13 p. 10.



92. – **Cas particulier du contrat de travail.** La tentation de requalifier une succession de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fait écho au droit du travail. En effet, le droit du travail permet au salarié de demander judiciairement la requalification d'une succession de contrats de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée lorsque cette succession méconnaît le respect des conditions légales<sup>115</sup>. Lorsque les tribunaux requalifient le contrat de travail en contrat à durée indéterminée, le droit du licenciement trouve alors à s'appliquer. Toutefois, il convient de bien noter qu'il ne s'agit pas d'un droit de requalification du contrat de travail en tant que tel, mais d'une sanction de l'employeur permettant au salarié de bénéficier du régime applicable au licenciement sans cause réelle et sérieuse. La sanction est protectrice du salarié, partie considérée par la loi comme étant structurellement en position de faiblesse.

93. – **Refus de requalification.** Là aussi, la jurisprudence a refusé de généraliser la sanction de requalification de la succession de contrats à durée déterminée de droit commun en contrat à durée indéterminée. La Cour de cassation considère que « *l'existence de plusieurs contrats successifs à durée déterminée ne modifie pas la nature des relations contractuelles des parties, qui ne deviennent pas régies par un contrat unique à durée indéterminée* »<sup>116</sup>.

Cette jurisprudence est à approuver. Une solution contraire reviendrait à modifier l'économie du contrat telle qu'elle a pourtant été valablement consentie par les parties. Il convient de préserver le caractère déterminé de la durée de la relation contractuelle.

Ce questionnement provient de l'apparition d'une nouvelle notion dans le paysage juridique qui est celle de « relation contractuelle ». La relation contractuelle pourrait se définir comme l'ensemble des liens obligationnels et non obligationnels<sup>117</sup> qui relient les parties dans le temps. Une telle approche est plus pragmatique et économique que juridique ; elle remet en cause la place du contrat au sein de l'ordonnement juridique. La jurisprudence aurait pu céder à la tentation de reconnaître une réelle portée juridique à la notion de « relation contractuelle » dans le cadre de la succession de contrats à durée déterminée. Si la tentation de lui reconnaître une réelle portée juridique existe bel et bien, heureusement la jurisprudence ne suit pas cette voie.

L'absence de droit au renouvellement des contrats à durée déterminée apparaît comme le pendant du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Malgré la succession de contrats identiques, le fait d'avoir prévu un terme et d'avoir volontairement préservé la durée déterminée de la relation<sup>118</sup> permet à chaque partie de reprendre sa liberté à une échéance fixe et prévue.

94. – **Conclusion.** On peut donc considérer aujourd'hui que le contrat à durée déterminée s'éteint encore par l'arrivée du terme. Cependant, la généralisation des mécanismes de reconduction et de prorogation met néanmoins à mal le caractère automatique de l'effet extinctif du terme. Les parties doivent bien souvent invoquer le terme extinctif pour mettre fin au contrat.

<sup>115</sup> Art. L. 1245-1 C. trav. : « *Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des art. L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6 à L. 1242-8, L. 1242-12 al. 1, L. 1243-11 al. 1, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4* ».

<sup>116</sup> Cass. com. 23 oct. 1990 n°88-15.329.

<sup>117</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 772.

<sup>118</sup> En l'absence de dispositions expresses des parties, le contrat reconduit est prévu pour une durée indéterminée cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 « L'enjeu de la durée du contrat reconduit ? », p. 152.

## b. L'exercice du terme extinctif

95.– **La procédure de mise en œuvre du terme.** Le terme extinctif joue en principe de façon automatique. Une difficulté naît lorsque les parties ont également prévu des clauses de renouvellement de leur engagement. En pratique, un grand nombre de contrats prévoit de telles clauses. Lorsque des clauses de renouvellement sont stipulées, le terme extinctif doit être invoqué par une partie pour mettre un terme au contrat. La question se pose de savoir si les parties sont entièrement libres de refuser le renouvellement du contrat ?

96.– Si le droit de rompre le contrat est sans cesse rappelé, il reste cependant encadré tant par la loi que par la jurisprudence. Cet encadrement est tel que vouloir appliquer une disposition contractuelle automatique exige aujourd'hui, à défaut de prévisions contractuelles, la plus grande prudence. En effet, loin de faire jouer l'effet automatique du terme, une véritable procédure de notification de la décision de ne pas renouveler doit être mise en place.

97.– « **Droit de ne pas renouveler** ». Certains auteurs, tels que D. Mazeaud<sup>119</sup>, parlent alors du « droit de ne pas renouveler » le contrat en référence à l'exercice du terme extinctif. Ce choix terminologique peut sembler inapproprié dans la mesure où ce n'est pas à proprement parler l'exercice d'un droit par une partie au contrat, mais le simple effet d'une clause de fin de contrat. Autrement dit, les parties n'ont pas de rôle actif à jouer. Au contraire, elles doivent uniquement laisser les prévisions contractuelles produire leur effet automatique. Le fait de parler d'un « droit de ne pas renouveler » le contrat permet cependant de souligner l'importance du choix des parties d'invoquer le terme extinctif, lequel est lourdement encadré comme nous allons le voir.

98.– **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit prévoir une procédure de mise en œuvre du terme extinctif conçue conjointement avec la clause de reconduction<sup>120</sup>. La procédure doit permettre de préserver la responsabilité de la partie qui souhaiterait bénéficier de l'effet extinctif du terme. En effet, l'abus dans le non-renouvellement du contrat engagera la responsabilité de l'auteur de la rupture<sup>121</sup>.

99.– **Obligations de motivation ?** Tout d'abord, la partie qui invoque le terme extinctif n'a pas d'obligation de motivation. Pourtant, de plus en plus, de façon similaire à la jurisprudence applicable au droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée, le juge s'invite et contrôle les motifs<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> D. Mazeaud, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001 Som. p. 3237.

<sup>120</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 « Chapitre 2 : La clause de reconduction », p. 128.

<sup>121</sup> Cass. com. 15 janv. 2008 n°06-14.698 Bull. n°4, *JCP E* n°22 II 11.105 obs. N. Dissaux : « *En l'absence de pouvoir de négociation du contrat, le distributeur d'abonnement de téléphonie mobile de bénéficiaire pas du Statut d'agent commercial : « Hors les situations régies par une loi spéciale, un contrat conclu pour une période déterminée, et renouvelable ensuite d'année en année par tacite reconduction, sauf dénonciation adressée par l'une des parties à l'autre, 3 mois au moins avant la fin de la période annuelle en cours, et qui s'est effectivement poursuivie au-delà de la période initialement convenue, conserve le caractère de contrat à durée déterminée, ce dont il suit que, sauf abus, le refus de son renouvellement n'ouvre pas droit à indemnité ».*

<sup>122</sup> Cass. com. 3 juin 1997 n°95-12.402 Bull. n°171, D. Mazeaud, « L'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie », *D.* 1998.113.

Bien qu'une partie de la doctrine<sup>123</sup> approuve ce mouvement, il est à souhaiter qu'il ne se généralise pas. Sinon, cela reviendrait à ouvrir une forme de droit au renouvellement du contrat et viderait de sa substance l'intérêt de conclure un contrat à durée déterminée.

100. – **Préavis.** Ensuite, un préavis est à prévoir pour que le non-renouvellement du contrat ne soit pas considéré comme brutal et sanctionné de ce fait au visa de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Il doit être tenu compte de l'ensemble de la relation contractuelle – c'est-à-dire de l'ensemble des contrats successivement reconduits – et non du seul contrat non renouvelé<sup>124</sup>.

101. – **Responsabilités.** Ce préavis permet aux parties de se préparer à la sortie du lien contractuel. Le devoir de bonne foi a été imposé par la jurisprudence à plusieurs points de vue. Ainsi, le maintien de l'obligation d'exclusivité pendant la durée du préavis a pu être considéré comme fautif, car contraire à l'obligation de bonne foi<sup>125</sup>. Il est vrai qu'une telle obligation d'exclusivité enlève tout intérêt au préavis, et il n'est pas étonnant que la jurisprudence ait sanctionné un tel comportement. Si l'obligation d'exclusivité est maintenue, celui-ci ne peut pas anticiper économiquement la rupture du contrat. Le préavis est dès lors vidé de son essence puisqu'il ne permet pas de préparer la période post-contractuelle.

L'obligation de bonne foi impose encore à la partie souhaitant invoquer le terme extinctif de ne pas « laisser croire » à son partenaire que le contrat sera renouvelé alors qu'elle savait d'ores et déjà que le contrat ne serait pas reconduit<sup>126</sup>.

102. – **Parallèle.** Ces deux cas de manquement à l'obligation de bonne foi (exclusivité et « laisser croire ») permettent d'établir un parallèle avec les vices du consentement et plus précisément d'établir un lien entre la violence économique<sup>127</sup> et l'obligation d'exclusivité d'une part et entre le dol et le « laisser croire » d'autre part. L'exercice du « droit de ne pas contracter » se fait ici l'écho de la phase de conclusion du contrat.

Dans l'arrêt de la cour d'appel de Lyon<sup>128</sup>, est évoqué le dol qui jouerait alors comme une condition de validité négative de la rupture du contrat. Il faudrait considérer que le refus dolosif de renouveler un engagement n'est pas valable. En pratique, lorsque l'évolution du chiffre d'affaires laissait à penser au partenaire que la relation perdurerait alors qu'il n'en était rien au su du cocontractant invoquant le « droit de ne pas contracter », il y a alors dol dans la rupture. Le principe serait alors :

- on ne doit pas « consentir » un contrat par dol ou violence ;
- on ne doit pas « ne pas consentir » au renouvellement d'un contrat à durée déterminée par dol du consentement c'est-à-dire en trompant l'autre partie ;

---

<sup>123</sup> D. Mazeaud, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001 Som. p. 3237.

<sup>124</sup> Art. L. 442-6 I 5° C. com.

<sup>125</sup> CA Paris 26 mars 1999, *JCP* 1999 II n°10.244 obs. J. P. Chazal, *RTD civ.* 2000 p. 114 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>126</sup> Cass. com. 23 mai 2000 n°97-10.553, *LP* 8 mars 2001 p. 18 obs. M. R. Garcia, *RTD civ.* 2001 p. 137 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>127</sup> B. Montels, « La violence économique : illustration du conflit entre droit commun du contrat et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002 p. 417 ; B. Edelman, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001 Chron. p. 2315 ; G. Loiseau, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *DéP* sept. 2002 p. 26 ; M. Boizard, « La réception de la notion de violence économique en droit privé », *LP* 16 juin 2004 no 120 p. 5.

<sup>128</sup> CA Lyon 15 mars 2002.

- on ne doit pas « ne pas consentir » au renouvellement d'un contrat à durée déterminée par violence économique c'est-à-dire en imposant des conditions économiques tellement défavorables à l'autre partie qu'elle l'empêche d'anticiper économiquement la sortie du contrat.

103. – **La sanction : Absence de maintien forcé du contrat.** Le refus de renouveler un contrat doit se faire sans abus. Bien qu'un arrêt<sup>129</sup> ait admis le maintien forcé du contrat lors d'un refus de renouvellement jugé fautif, la Cour de cassation<sup>130</sup> est venue réaffirmer que les juges du fond ne pouvaient pas ordonner le maintien forcé de celui-ci.

Elle rappelle ainsi que la sanction attachée à un non-renouvellement fautif n'est pas le maintien forcé du contrat, mais un droit à indemnisation sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

Une telle décision est heureuse, car, par définition, le contrat est arrivé à échéance et le terme a produit son effet. La sanction ne peut pas ressusciter le contrat, elle ne peut se situer, en réalité, que sur le terrain de la responsabilité.

104. – Le terme joue encore son effet extinctif, mais plus forcément de manière automatique. Il doit se penser avec les mécanismes de renouvellement des contrats. Les renouvellements successifs n'ouvrent cependant pas de droit, le contrat restant par nature des contrats à durée déterminée.

Afin de restituer au terme extinctif son plein effet juridique, les parties peuvent décider de se réserver une faculté de sortie : elles auront alors recours à une clause de non-reconduction.

## 2. Les clauses de non-reconduction

105. – **Rappel.** Lorsque, malgré l'arrivée du terme du contrat, les parties poursuivent l'exécution de leurs obligations, la jurisprudence<sup>131</sup> considère que s'est opérée une reconduction du contrat, même en l'absence de prévisions contractuelles<sup>132</sup>.

Le fondement de cette jurisprudence repose sur une interprétation extensive de l'<sup>133</sup>article 1738 du Code civil. La jurisprudence considère qu'un nouveau contrat de bail se forme lorsque les parties en poursuivent l'exécution après l'arrivée du terme extinctif<sup>134</sup>.

La tacite reconduction judiciaire peut présenter un certain nombre d'inconvénients pour les parties qui ne veulent pas qu'un nouveau contrat les oblige<sup>135</sup>. Elles peuvent alors recourir à des clauses dites de non tacite reconduction.

<sup>129</sup> Cass. com. 27 avril 1993 n°91-10.203 Bull. n°159.

<sup>130</sup> Cass. com. 24 oct. 2000 n°98-14.382 Bull. n°163 p. 145, *RJT* civ. 2001 p. 140.

<sup>131</sup> Cass. com. 6 juill. 1976 n°75-12.982 Bull. n°231 : « *La tacite reconduction s'appliquait, même si elle n'était pas expressément prévue, aux contrats à exécution successive conclus pour une durée déterminée* ».

<sup>132</sup> Ch. Larroumet, *Droit civil t. III, les obligations, Le contrat*, Economica 5<sup>ème</sup> éd. 2003 n°206 : « *La tacite reconduction repose, en fin de compte, sur les volontés des parties, parce que l'une d'elles pourrait toujours ne pas renouveler le contrat et que, si elle ne le fait pas, c'est qu'elle entend que le contrat soit reconduit, ce qui n'est pas non plus démenti par le comportement de l'autre partie. En réalité, la volonté de renouveler est déduite du comportement des parties* ».

<sup>133</sup> Article 1738 C. civ. : « *Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit* ».

<sup>134</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 déc. 1970 Bull. 326 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 juill. 1980 n°79-11.869 Bull. n°220, *D.* 1981 I.R. p. 177 : « *La tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* » ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 fév. 1997 n°95-15.130 Bull. n°46, *D.* 1998 p. 552 obs. D.-D. Boccara.

<sup>135</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2, « Les clauses de reconduction versus la tacite reconduction », p. 137.

106. – **Les clauses de non tacite reconduction.** Les clauses de non tacite reconduction visent à écarter toute forme de tacite reconduction judiciaire du contrat. Ainsi, le terme extinctif a vocation à jouer pleinement son effet automatique de fin de contrat, tout droit au renouvellement étant écarté. Le problème qui peut survenir alors est la qualification de la situation créée entre les parties, lorsque, malgré cette clause, elles ont poursuivi l'exécution des obligations du contrat éteint.

La jurisprudence a répondu à ce problème suivant trois axes :

- elle a tout d'abord validé la rupture libre des relations commerciales suivant le terme du contrat ;
- elle a ensuite refusé la qualification juridique de nouveau contrat au bénéfice de celle de situation de fait ;
- et elle a opéré un basculement de responsabilité de la responsabilité contractuelle vers la responsabilité délictuelle avec toutes les conséquences qui s'imposent. Comme nous le verrons, cette jurisprudence est loin d'être approuvée par la doctrine.

107. – **Rupture libre.** Les juges refusent de considérer qu'un nouveau contrat a été conclu même tacitement et considèrent donc que la cessation de l'exécution des obligations est totalement libre, puisqu'il n'y a pas de contrat. À titre d'illustration, la Cour de cassation a décidé : « *Ayant relevé que les dispositions de l'article 30 excluant tout renouvellement du contrat à l'expiration du terme et substituant des relations commerciales précaires aux rapports contractuels antérieurs, la signature des documents du 26 janvier 1981 portant sur des objectifs, ne valait pas formation d'un nouveau contrat, la cour d'appel a pu hors de toute contradiction retenir que la société Ford n'avait commis aucune faute en mettant fin aux relations nouvelles existant entre elle et M.S.* »<sup>136</sup> La rupture d'une relation commerciale précaire est donc libre puisqu'il ne s'agit pas de rapport contractuel.

108. – **Quelle qualification juridique ?** Se pose la question de la qualification juridique applicable à la relation poursuivie au-delà du terme extinctif, le support contractuel n'étant a priori plus applicable. La situation qui résulte de cette poursuite des obligations est analysée comme une situation de fait. On peut parler de contrat créé de fait.

Dès lors, les problématiques inextricables de la répétition de l'indu peuvent se poser aux anciens partenaires contractuels. Cette situation est plus théorique que pratique, mais est une source potentielle de conflit judiciaire.

109. – **Responsabilité.** Cette situation de fait n'engage pas la responsabilité contractuelle, la faute se situerait dès lors sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Il en résulte que la simple inexécution des « obligations » ne suffit plus à engager la responsabilité. Puisqu'il n'y a plus de contrat, il n'y a plus de force obligatoire : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que le contrat du 30 mai 1980 stipulait, en son article 8, que son renouvellement ne pourrait être qu'express, ce dont il résulte que, sauf modification — non alléguée — de leur accord sur ce point avant la survenance du terme, la reconduction de ce contrat ne pouvait être déduite du seul comportement des parties ;*

*Attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'était pas tenue de répondre aux conclusions invoquées, dès lors qu'elle était saisie non d'une demande tendant à la réparation du préjudice résultant du comportement prétendument fautif de M. X... mais d'une demande en paiement d'une créance née, selon la société Zavarolavna, de l'exécution du contrat conclu entre les sociétés Méblo et UFA.* »<sup>137</sup> La Cour de cassation considère ainsi qu'il n'y a pas d'obligations contractuelles.

<sup>136</sup> Cass. com. 8 déc. 1987 n°86-13.843, *RTD civ.* 1988 p. 522 obs. J. Mestre.

<sup>137</sup> Cass. com. 17 nov. 1992 n°90-20.039 Bull. n°356.



110. – **Critique de la jurisprudence.** Critiquée par la doctrine<sup>138</sup>, cette jurisprudence pose la question de savoir s'il convient de faire prévaloir les dispositions du contrat initial ou de faire primer la volonté postérieurement exprimée ? Pour restituer le débat, il convient de rappeler que l'écrit n'étant pas requis ad validitatem, aucune exigence d'accord exprès et écrit ne paraît nécessaire pour que soit dénoncée cette clause. Néanmoins, écarter une telle clause de non tacite reconduction serait ouvrir la porte à la mauvaise foi de l'une des parties ayant laissé se poursuivre une relation non régie par la force obligatoire des contrats. Dès lors ne faudrait-il pas permettre au juge d'apprécier la situation selon les circonstances de fait ?

111. – **Conflit temporel entre les volontés.** Un argument soutenu par la doctrine repose sur l'identification d'un conflit temporel entre les volontés des parties. A. Bénabent considère que, dans ce cas, la tacite reconduction devrait tout de même trouver à s'appliquer : « *ne faut-il pas considérer tout simplement qu'elles [les parties] ont changé d'avis ? Pourquoi leur volonté initiale serait-elle supérieure à leur volonté actuelle, pourquoi cette volonté les lierait-elles définitivement ?* »<sup>139</sup> Par analogie aux solutions retenues en matière de clause de reconduction, qui laisse le soin aux parties de dénoncer ladite clause, les parties pourraient décider librement d'écarter la clause de non-reconduction. « *Il n'est pas souhaitable qu'une stipulation emprisonne l'avenir au point que le comportement ultérieur des parties ne puisse en rien changer les choses* »<sup>140</sup>.

112. – **Conflit de jurisprudence.** La jurisprudence n'est pas unanime sur ce sujet : la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>141</sup> refuse de faire jouer la reconduction et les dispositions contractuelles tandis que la première chambre civile permet que le contrat dénoncé reçoive tout de même application, mais de façon « précaire ». Cette dernière indique ainsi que : « *recherchant la commune volonté des parties, elle a, interprétant leur comportement et les termes de leur correspondance, souverainement retenu que, malgré la dénonciation intervenue, elles avaient entendu soumettre aux règles stipulées en 1983 les rapports d'affaires provisoirement maintenus par elles en 1987 dans des conditions identiques à celles des années précédentes.* »<sup>142</sup>

D'où il résulte que la clause de non-reconduction ne produit pas le même effet selon les chambres de la Cour de cassation, et que les parties qui souhaiteraient avoir recours à de telles prévisions contractuelles doivent être prudentes. On notera toutefois qu'une harmonisation serait possible par l'admission de la preuve d'une révocation tacite de la clause de non-reconduction. De plus, cette preuve serait souverainement tempérée par les juges du fond sur le fondement de la bonne foi.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** Compte tenu de l'état de la jurisprudence, il semble important d'anticiper la situation de fait pouvant résulter de la poursuite des relations malgré l'arrivée du terme.

<sup>138</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 133.

<sup>139</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 133.

<sup>140</sup> F. Buy, *De la tacite reconduction d'un contrat de parrainage*, Lamy Droit des contrats n°03-2006.

<sup>141</sup> Cass. com. 17 nov. 1992 n°90-20.039 Bull. n°356.

<sup>142</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 oct. 1991 n° 90-12.476 Bull. n°253.

### ■ Clause de non-reconduction :

*« Les parties conviennent qu'à l'arrivée du terme du contrat, celui-ci prendra fin automatiquement. Le contrat ne pourra pas être tacitement reconduit.*

*Néanmoins, en cas de poursuite spontanée des relations contractuelles et consenties au-delà de l'arrivée du terme, il est expressément convenu que les relations entre les parties seront régies temporairement par les dispositions du contrat – sauf en ce qui concerne la durée de l'engagement celui pouvant prendre fin à tout moment ».*

Dans l'exemple donné, on part de l'hypothèse de la conclusion d'un seul contrat à durée déterminée et non d'une succession de contrats. La stipulation d'un préavis ne semble dès lors pas nécessaire.

En cas de poursuite spontanée des relations commerciales, il est important d'écarter l'application d'un terme déterminé. La rupture à tout moment rétablit un droit de sortie des relations comparables au droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée.

113. – **Conclusion.** La distinction traditionnelle entre les contrats selon leur durée instaure un régime de fin de contrat clairement défini. Or, de nombreuses évolutions ont assoupli cette frontière entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée remettant en cause le lien bien établi et que nous avons ci-dessus décrit entre durée et rupture.

Il convient dès lors de s'intéresser à l'évolution de la conception de la durée du contrat dans notre droit (**Section 2**).

## SECTION 2 :

### L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DE LA DURÉE DU CONTRAT

114. – **Des régimes qui tendent à s'uniformiser.** La stricte distinction traditionnellement admise entre les contrats à durée déterminée d'une part, et les contrats à durée indéterminée d'autre part, est à la fois relativisée par la législation et par la pratique.

En effet, la place conceptuelle de cette distinction peut sembler aujourd'hui trop importante par rapport à la réalité juridique. S'il est pertinent de distinguer les contrats selon leur durée, appliquer en conséquence deux régimes stricts de rupture des contrats peut paraître artificiel à plusieurs titres<sup>143</sup> : se développent des modes alternatifs de rupture des contrats qui ne tiennent pas compte de leur durée (§1) ; ensuite, le régime du contrat à durée indéterminée tend à se rapprocher du régime du contrat à durée déterminée (§2) et vice-versa (§3).

Confrontée à ce mouvement d'uniformisation, la nécessité de théoriser la rupture du contrat se fait plus pressante.

## §1. Les mécanismes de rupture communs entre tous les contrats

115. – **Modes de rupture commune.** En cas de rupture non fautive de contrats, il existe un certain nombre de dispositions légales qui ne distinguent pas selon leur durée. Il s'agit de la théorie du

<sup>143</sup> A. Vaissière, « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *RCD* 2006 n°07-2006, n°29-64.

*mutuus dissensus* (A), de la théorie des risques (B), mais aussi d'autres modes de rupture tels que la rupture brutale des relations commerciales établies et les procédures collectives (C).

### **A. Le consentement mutuel à la rupture du contrat : le *mutuus dissensus***

116. – **Mutuus Dissensus.** Un des mécanismes de rupture communs à tous les contrats, quelle que soit leur durée, le *mutuus dissensus*<sup>144</sup>, repose sur un principe de base de droit des contrats : ce que les parties ont fait ensemble, elles peuvent le défaire ensemble<sup>145</sup>. Peu importe les prévisions des parties, en cas de *mutuus dissensus*<sup>146</sup>, celles-ci peuvent décider de sortir du contrat d'un commun accord, sans qu'il ne soit besoin d'étudier le terme du contrat (terme déterminé ou indéterminé). C'est l'expression de toute la force du consentement : l'accord des parties peut tout faire – sous réserve du respect de la législation et des bonnes mœurs<sup>147</sup>.

117. – **Une convention de rupture ?** Le *mutuus dissensus*, souvent réduit à sa définition de rencontre des volontés, n'en répond pas moins à la définition de convention<sup>148</sup>. Forme de convention instantanée, elle rompt pacifiquement les relations entre les parties. Celles-ci doivent alors anticiper les conséquences post-contractuelles de leur décision, telles que les obligations de non-concurrence et de confidentialité, les restitutions, la gestion des stocks...

Cette convention obéit aux conditions de droit commun de validité des contrats. Aucune disposition légale générale n'impose de parallélisme de forme avec le contrat qu'elle rompt – en effet, il s'agit d'une convention autonome. La loi peut intervenir dans certains cas pour imposer des conditions de forme (par exemple, en cas de divorce et de rupture conventionnelle du contrat de travail) ou d'opposabilité (publicité de certains actes).

À travers le développement des modes alternatifs de règlement des conflits tels que la médiation ou la conciliation, le *mutuus dissensus* pourrait, en pratique, trouver un écho favorable et se développer dans les années à venir<sup>149</sup> notamment pour sa faculté à organiser l'après-contrat. En effet, un des avantages de recourir au *mutuus dissensus* est explicité en ces termes par R. Vatinet : « *L'accord extincitif peut être en même temps créateur d'obligations, en prévoyant des restitutions, totales ou partielles, des dédommagements pour les inconvénients particuliers que la rupture présenterait pour l'une des parties, les conséquences de la perte ou de la détérioration de la chose.* »<sup>150</sup>

<sup>144</sup> R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987 p. 252.

<sup>145</sup> Art. 1134 al. 2 C. civ. : « Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>146</sup> Proposition de traduction : dissentiment mutuel.

<sup>147</sup> Suivant une analyse exégète de la loi, on peut noter que le législateur a évoqué deux modes généraux et de même force de rupture du contrat que sont l'effet de la volonté contractuelle et l'effet de loi.

<sup>148</sup> R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987 p. 252.

<sup>149</sup> Un parallèle peut être effectué avec le divorce par consentement mutuel : Mécanisme de rupture du contrat, il est possible d'établir un parallèle avec le droit de la famille, qui a vu se développer de façon comparable le divorce par consentement mutuel par lequel des personnes mariées, qui s'accordent sur le principe du divorce et ses conséquences, établissent entre elles une convention réglant les conséquences de leur rupture. La convention de divorce par consentement mutuel est homologuée par le juge – à la différence du *mutuus dissensus* pour lequel il conviendrait d'appliquer un principe de parallélisme des formes par rapport au contrat auquel il met fin ; il serait donc soit sous seing privé soit sous forme authentique.

<sup>150</sup> R. Vatinet, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987 p. 252 n°35.



118. – **Contrat de rupture en droit du travail.** Le développement de la pratique du *mutuus dissensus* émerge également de l'exemple de la rupture du contrat de travail, et ce sous deux formes.

La première forme utilisée est le départ négocié par lequel l'employeur et le salarié décident de mettre fin à leur relation contractuelle en l'absence de différend. Réservé à des cas limités, le départ négocié était jusqu'alors peu pratiqué<sup>151</sup>.

La seconde forme a un fondement légal. La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 a instauré aux articles L. 1237-11 à 1237-16 du Code du travail un nouveau mode de rupture fondé sur le *mutuus dissensus* dénommé la « rupture conventionnelle ». Ce mode de rupture permet aux parties, moyennant le respect de garanties procédurales et notamment le respect d'un délai de rétractation de 15 jours<sup>152</sup>, de décider des modalités de rupture du contrat puis de le faire homologuer par l'administration. Autrement dit, le législateur a mis en place une procédure spécifique fondée sur le *mutuus dissensus*, laquelle, de surcroît, connaît aujourd'hui un succès certain.

Cependant, certains auteurs tels G. Auzero<sup>153</sup> contestent le fondement du consentement mutuel de cette procédure ne lui reconnaissant pas la qualification de mode de rupture amiable. Cette position doctrinale est fondée sur la conception historique des relations entre employeurs et salariés, le salarié étant considéré comme en position de faiblesse structurelle devant être protégé par la loi. Pourtant, qui dit *mutuus dissensus*, ne dit pas absence de négociation. La rupture conventionnelle vise à organiser une rupture consentie moyennant des garanties procédurales propres à préserver l'équilibre dans la relation.

119. – **Mise en œuvre en tant que transaction ?** Un tel contrat de rupture pourrait encore prendre la forme d'une transaction par laquelle les parties, à travers des concessions réciproques, renoncent à tout recours entre elles. Les conditions de validité propres à de telles conventions trouveraient dès lors à s'appliquer<sup>154</sup>.

On notera que la Cour de cassation a voulu distinguer les concepts de rupture amiable et de transaction<sup>155</sup> : la rupture amiable précède la rupture tandis que la transaction organise la cessation de toute contestation née ou à naître après la rupture.

Il demeure néanmoins que la transaction est un contrat qui peut être conclu dès lors que le conflit d'intérêts est connu. Il n'est pas besoin d'attendre la naissance du litige pour conclure valablement une transaction. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre l'article 2044 du Code civil qui dispose : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit.* » Ainsi, « *il est fréquent de constater que le même instrumentum contient à la fois une résiliation amiable du contrat de travail et une transaction*

---

<sup>151</sup> Un accord de départ négocié se distingue d'une démission ou d'un licenciement. Aucune condition de forme n'est requise cf. Ch. Giraud-Van Gaver, « Transaction et départ négocié », *Les cahiers du DRH* 2001 n°38 ; M.-C. Amauger-Lattes, « Du nouveau sur la rupture du contrat en vue du départ en retraite du salarié », *Rev. dr. soc.* 2007.99 ; J. Savatier, « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Rev. dr. soc.* 1996.687.

<sup>152</sup> La procédure consiste en des entretiens préalables entre l'employeur et le salarié (lequel peut se faire assister), l'établissement d'une convention de rupture, le respect d'une période de rétractation de 15 jours et l'homologation par l'administration de la convention à l'issue de ce délai.

<sup>153</sup> G. Auzero, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *Rev. dr. soc.* 2008 p. 522 et s.

<sup>154</sup> Article 2044 C. civ.

<sup>155</sup> Cass. soc. 29 mai 1996 n°92-45115 Bull. n°215, *JCP* 1996 II n°22.711 note F. Taquet.

sur les conséquences pécuniaires de la rupture. »<sup>156</sup> En effet, il ne s'agit ici que d'un seul problème qu'il faut envisager globalement.

Il en résulte que le *mutuus dissensus* est bien un contrat de rupture consenti, lequel peut emprunter la nature de transaction en cas de conflit d'intérêts entre les parties. Si la convention de rupture peut être une transaction, la convention de rupture n'est pas nécessairement une transaction.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Convention de *mutuus dissensus* :

**Conseils de rédaction.** Il convient de prévoir la rédaction d'une véritable convention identifiant les parties, le droit applicable, la domiciliation des parties, laquelle sera rédigée en double exemplaire.

Il sera proposé ici l'étude de la clause relative à l'objet du contrat, et seront aussi évoquées les éventuelles responsabilités découlant de la rupture du contrat. En revanche, les conséquences de la rupture (à savoir les éventuelles obligations post-contractuelles telles que l'obligation de confidentialité, de non-concurrence ou encore les obligations de restitutions) ne seront pas traitées ici.

« Les parties conviennent, librement et de façon éclairée, de rompre le contrat [nature du contrat] qu'elles ont conclu entre elles en date du 7 juin 2014 à compter de la signature des présentes, dans tous ses termes et conditions.

*Sauf dissimulation de l'une des parties, chacune des parties renonce à toute action judiciaire relative à la rupture du contrat dont les conséquences ont été convenues entre elles par la présente convention. »*

120.– Le *mutuus dissensus* n'est pas le seul mode de rupture ne tenant pas compte de la durée du contrat. La théorie des risques, et tout particulièrement la survenance d'une cause étrangère de force majeure, organise également une sortie des contrats sans considération de leur durée déterminée ou indéterminée.

### ***B. L'effet de la survenance d'une cause étrangère de force majeure***

121.– **Force majeure.** Les modalités de rupture liées à la force majeure, c'est-à-dire à « la rupture pour changement de circonstances » légitime selon l'expression de S. Le Gac-Pech<sup>157</sup> ne tiennent pas compte non plus de la durée du contrat affecté.

Il convient de préciser que la notion de force majeure est liée à la responsabilité contractuelle : tout évènement recouvrant les caractéristiques de la force majeure jouant un effet exonératoire de responsabilité.

<sup>156</sup> J.-P. Chazal, « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique », *Rev. dr. soc.* 1997 p. 49.

<sup>157</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005 p. 223 et s.

La théorie des risques règle les conséquences d'un événement irrésistible, imprévisible et extérieur aux parties. L'exécution du contrat étant devenue impossible, peu importe le terme du contrat, celui-ci s'achève par résiliation sans faute<sup>158</sup>.

122. – **Deux conceptions doctrinales.** La force majeure est présidée par deux conceptions doctrinales opposées :

- pour certains, la force majeure qualifie la survenance d'un événement irrésistible — l'irrésistibilité<sup>159</sup> pouvant se déduire notamment des indices d'extériorité et d'imprévisibilité ;
- pour d'autres, la force majeure qualifie la survenance d'une cause étrangère qui se déduit de trois caractéristiques cumulatives que sont l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité<sup>160</sup>.

123. – **Évolution de la jurisprudence.** Pendant un temps, la jurisprudence a pu considérer que le seul critère de qualification de la force majeure résidait dans l'irrésistibilité<sup>161</sup>, l'imprévisibilité et l'extériorité étant reléguées au rang de simples indices<sup>162</sup>. Cependant, l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>163</sup> a décidé qu'il y avait force majeure lorsque l'événement était imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible lors de l'exécution du contrat, solution reprise par les autres chambres de la Cour de cassation<sup>164</sup>. Le critère de l'extériorité semblait abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>165</sup>. Cette solution était approuvée par les uns<sup>166</sup> et contestée par les autres<sup>167</sup>. Cependant, un communiqué de l'assemblée de la Cour de cassation a bien précisé que « *les critères classiques de la force majeure sont au nombre de trois : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité* »<sup>168</sup>. Bien qu'une incertitude subsiste, à ce jour, il convient de considérer que

<sup>158</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1, « Force majeure : les incertitudes terminologiques de la résolution », p. 181.

<sup>159</sup> G. Cornu définit la force majeure comme : « *événement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité ; espèce de cause étrangère qui s'en distingue seulement pour un même effet par l'accent mis sur le caractère irrésistible de l'événement* », in *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>160</sup> G. Cornu, définit la force majeure comme : « *événement suffisamment caractérisé par son irrésistibilité et son extériorité sous réserve des cas où la prévisibilité d'un événement jointe à la possibilité de l'éviter ou d'en neutraliser par avance les méfaits moyennant les mesures de prévention adéquates exclut l'exonération* », in *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>161</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 nov. 2002 n°99-21.203 Bull. n°258 : « *alors que la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure* ».

<sup>162</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992 t. 220 préf. B. Teyssié ; P. Stoffel-Munck, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC* 2003 59.

<sup>163</sup> Cass. A.P. 14 avril 2006 n°02-11.168 Bull. n°5 : « *dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution* ».

<sup>164</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.134 Bull. n°243, *JCP* 2008 II 10198 obs. P. Grosser.

<sup>165</sup> P. Grosser, note sous Cass. AP 14 avril 2006 n°02-11.168 Bull. n°5, *JCP G* 2006 II n°10087 ; L. Bloch, « Force majeure : le calme après l'ouragan ? », *Resp. civ. et assur.* 2006 étude n°8.

<sup>166</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992 préf. B. Teyssié no 42 ; I. Guyot, « Le caractère extérieur de la force majeure », *RRJ* 2002 n°1 p. 213.

<sup>167</sup> A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTD civ.* 1946 p. 199 ; rapp. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3<sup>ème</sup> éd. 2006 n°385.

<sup>168</sup> Communiqué Cass. A.P. 14 avril 2006, *JCP G* 2006 Actualités n° 194.

la force majeure doit réunir trois conditions cumulatives que sont l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité.

124. – **L'irrésistibilité économique.** La notion de force majeure évolue beaucoup du fait qu'elle répond en partie à la problématique de l'imprévision. Ainsi, a-t-il été admis dans les années 2000 comme événement de force majeure « l'irrésistibilité économique » correspondant à la situation dans laquelle l'exécution des obligations, bien que possible, devient beaucoup trop onéreuse. Cette irrésistibilité économique serait dès lors reconnue comme un cas de force majeure<sup>169</sup>.

Si cette admission témoigne du développement de la force majeure dans la vie des contrats, on relèvera qu'elle ne fait pas encore l'unanimité. Pour S. Le Gac-Pech<sup>170</sup>, cette jurisprudence introduit un risque de confusion entre l'application de la théorie des risques et les problématiques liées à l'exécution du contrat, et effectivement, les juges se montrent très restrictifs dans l'admission de « l'irrésistibilité économique »<sup>171</sup>. J.-M. Meffre et N. Kouchnir-Cargill précisent que « *Si le critère de la "nécessité économique" n'est pas nécessairement à exclure, son appréciation devra, à notre sens, se faire selon des critères qui se rapprochent de ceux de la force majeure* »<sup>172</sup>.

Bien que généralisée en droit international<sup>173</sup>, la notion d'« irrésistibilité économique » tend à ne plus se limiter à des situations exceptionnelles, mais à entrer dans les relations commerciales établies. Il pourrait être opportun d'admettre que l'irrésistibilité économique entre dans le champ de la force majeure. En effet, l'équilibre du contrat est rompu par des circonstances économiques extérieures aux parties, la crise économique actuelle n'ayant pas été prévu par les opérateurs économiques. Les trois conditions d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité sont remplies. L'ensemble des conditions de la force majeure étant réuni, l'admission d'une telle notion sera une évolution favorable.

125. – **Rédaction.** Confronté à l'incertitude quant à la qualification d'un événement comme recouvrant les caractéristiques de la force majeure, le rédacteur de contrat a intérêt à stipuler une clause de force majeure. La jurisprudence<sup>174</sup> a validé une telle pratique laissant aux parties elles-mêmes, et avant tout contentieux, l'appréciation des cas de force majeure. Il est essentiel que le rédacteur de contrat informe les parties sur le fait que l'imprévision en matière d'« irrésistibilité économique » peut être parfaitement contractualisée.

---

<sup>169</sup> CA Colmar 12 juin 2001, *Dal. aff.* 2003 Som. 2367 obs. W. Schneider : « *Le changement de circonstances économiques n'équivaut pas nécessairement à une réduction insurmontable ou que l'on ne pouvait raisonnablement attendre et n'est ni exceptionnelle ni imprévisible* ».

<sup>170</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJT* *civ.* 2005 p. 223 et s.

<sup>171</sup> ex. : CA Douai 5 déc. 2002 Sté Promilès (enseigne Décathlon) c/ Norcolor.

<sup>172</sup> J.-M. Meffre, N. Kouchnir-Cargill, « Rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi 1re partie : conseils à l'auteur de la rupture », *D&P* 2003 n° 121.

<sup>173</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJT* *civ.* 2005 p. 223 et s.

<sup>174</sup> Cass. com. 8 juill. 1981 n°79-15.626 Bull. n° 312 : « *Il est parfaitement loisible aux parties de préciser ce qu'elles entendent par force majeure et, par conséquent, de se montrer plus – transformant alors conventionnellement l'obligation du débiteur en obligation de garantie – ou moins – facilitant ainsi l'exonération du débiteur – exigeant que le droit commun* ».

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils préalables.** La clause de force majeure joue un double effet réparti dans le temps :

- tout d'abord, un effet suspensif : le caractère exécutoire des obligations de la partie débitrice subissant l'évènement est suspendu. Dans cette hypothèse, il est équitable qu'il soit contractuellement prévu une forme d'exception d'inexécution au profit de la partie créancière ;
- ensuite, un effet de résiliation : si l'évènement de force majeure perdure au-delà d'un évènement à déterminer, le contrat sera résilié sur le fondement de cette clause.

### ■ Clauses de force majeure :

*« Sont considérés comme un évènement de force majeure tout évènement irrésistible et imprévisible dont notamment les évènements énumérés ci-dessous de façon indicative, mais non limitative :*

- *la dégradation du contexte économique de façon telle que l'une des parties rencontre de graves difficultés financières pouvant compromettre sa pérennité. En cas de contestation, il sera procédé à une expertise comptable aux frais de la partie subissant ledit évènement/ou en cas de perte de chiffre d'affaires de l'une des parties de moitié en comparaison de l'exercice comptable clos le 00/00/0000 ;*
- *[causes à déterminer en fonction de la nature du contrat] ;*
- *la guerre déclarée ou non déclarée, civile ou étrangère, les émeutes ou révolutions ou mouvement populaire, les actes de piraterie, les sabotages, les attentats ;*
- *les intempéries, les cataclysmes naturels tels que les violentes tempêtes, les cyclones, les tremblements de terre, les raz de marée, les inondations, la destruction par la foudre ;*
- *les explosions, incendies, destructions de machines, d'usines et d'installations quelles qu'elles soient ;*
- *une catastrophe industrielle ou écologique impactant la zone d'activité de l'une des Parties rendant impossible la poursuite de leur activité professionnelle ;*
- *les boycotts, grèves et lock-out sous quelque forme que ce soit, les grèves du zèle, les occupations d'usines et de locaux, les arrêts de travail se produisant dans les entreprises de la partie qui demande l'exonération de sa responsabilité.*

*La survenance d'un évènement de force majeure suspend l'exécution des obligations de la partie débitrice subissant ledit évènement dix jours après la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant cette situation.*

*La partie créancière cesse parallèlement l'exécution des obligations corrélatives. Elle peut demander tout complément d'information à la partie subissant ledit évènement. Dans le délai d'un mois à compter de la notification, la partie créancière peut contester le caractère de force majeure de l'évènement. Les parties s'engagent à tenter de résoudre amiablement une telle contestation.*

*Toutefois, dans le cas où la suspension se poursuivrait au-delà d'un délai de soixante jours, chacune des parties se réserve la possibilité de résilier sans indemnité le contrat, moyennant le respect d'un délai de préavis d'un mois à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant cette décision. »*

126. – Là encore, la théorie des risques ne distingue pas selon la durée du contrat. Il existe encore deux autres modes de rupture qui en font de même : la rupture brutale des relations commerciales établies et l'application des procédures collectives.



### C. Autres modes de rupture

127. – Au *mutuus dissensus* et à la force majeure viennent encore s'ajouter deux autres modes de rupture des relations contractuelles résultant de dispositions légales spécifiquement applicables aux relations commerciales.

128. – **Rupture brutale des relations commerciales établies.** D'une part, dans le cadre de la rupture des contrats commerciaux, le législateur<sup>175</sup> a institué un mode original afin de sanctionner la rupture des relations commerciales établies lorsque celle-ci est jugée brutale<sup>176</sup>. Dans ce cas de figure, encore une fois, peu importe la durée – déterminée ou indéterminée – du contrat puisque au terme extinctif du contrat est substituée l'appréciation de la continuité des relations commerciales.

129. – **Procédures collectives.** D'autre part, en matière de procédures collectives, un régime spécifique a été mis en place pour les contrats conclus par la société en état de cessation des paiements. Il s'agit d'un régime d'ordre public qui s'impose aux parties. L'administrateur d'une société possède la prérogative légale<sup>177</sup> de décider du sort des contrats en cours : il peut soit décider de les continuer soit décider de les résilier<sup>178</sup>. L'exercice de ce droit de rupture prend en compte l'intérêt du cocontractant. La décision, prise sous le contrôle du juge-commissaire, n'est donc ni discrétionnaire ni arbitraire. Là aussi, le contrat est apprécié uniquement pour son utilité économique et non en fonction de sa durée.

130. – **Conclusion.** À ces modes de rupture communs à tous les contrats, quelle que soit leur durée, est venue s'ajouter une nouvelle tendance suivant laquelle contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée tendent à se rapprocher, mettant ainsi à mal la place fondamentale jusqu'à aujourd'hui accordée à leur distinction selon leur durée.

## §2. Rapprochement du contrat à durée indéterminée vers le contrat à durée déterminée

131. – **Lutte contre la précarité.** En principe, tout contrat à durée indéterminée se caractérise par une certaine précarité du fait que chaque partie bénéficie d'une faculté de résiliation unilatérale. Aujourd'hui, on observe cependant une volonté de limiter cette précarité au bénéfice de la sécurité jusque là réservée aux contrats à durée déterminée. Cette volonté se caractérise par un aménagement de la faculté de résiliation unilatérale. Ce mouvement est notamment perceptible en matière de droit du travail<sup>179</sup>. Mais l'élément le plus significatif de ce mouvement est surtout le développement des clauses dites de « non-résiliation à durée déterminée ».

<sup>175</sup> Art. L. 442-6 I 5° C. de com.

<sup>176</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 «Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale», p. 69.

<sup>177</sup> Art. L. 622-13 C. com. et plus particulièrement IV sur la procédure de sauvegarde : « *À la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* » ; art. L. 631-14 C. com. pour la procédure de redressement judiciaire par renvoi aux dispositions de la procédure de sauvegarde.

<sup>178</sup> Cass. com. 18 mars 2003 n°00-12.693 Bull. n°47 p. 55, *D.* 2003 p. 972.

<sup>179</sup> En principe, le législateur a prévu que le contrat de travail soit conclu pour une durée indéterminée (Art. L.1231-1 C. trav [art. L. 122-4 sous l'ancienne numérotation]). La conclusion d'un contrat à durée déter-

132. – **Sécurité.** Dans les contrats à durée indéterminée, la faculté de résiliation unilatérale du contrat est d'ordre public<sup>180</sup>, les parties ne pouvant pas y renoncer. Cependant, seule la clause supprimant purement et simplement cette faculté ou les effets de la résiliation est prohibée<sup>181</sup>.

Ainsi, la pratique a-t-elle développé la mise en place de périodes de sécurité du contrat notamment en début d'exécution. En effet, rien n'interdit aux parties d'aménager temporairement le droit de résiliation. Ces clauses ne concernent que la faculté de résiliation unilatérale sans faute et en aucun cas les conditions de la rupture pour faute. Toutefois, il convient d'attirer l'attention sur le fait que de telles stipulations nécessitent une grande prudence pour ne pas entacher le contrat du vice de perpétuité.

Ainsi, afin de préserver un certain équilibre contractuel, il a pu être conseillé au concédant d'une licence de savoir-faire d'interdire la résiliation du contrat pendant une certaine durée non excessive<sup>182</sup>. En l'absence de clause de non-résiliation, les juges tiennent compte des investissements réalisés par les parties qui laissent présager d'une certaine pérennité contractuelle. « *L'ampleur des investissements effectués par l'une des parties la conduit raisonnablement à tabler sur une certaine pérennité du lien contractuel et donc, de manière corrélative, atténuée la liberté de l'autre de rompre* »<sup>183</sup>.

133. – **Clause de stabilité d'emploi.** Un des usages courants des clauses dites de « non-résiliation à durée déterminée » concerne les clauses dites de « stabilité d'emploi » ou de « garantie d'emploi ». Insérées dans les contrats de travail à durée indéterminée, elles sont considérées comme valables. Suivant ces clauses, l'employeur s'engage pendant un certain délai défini à ne pas licencier ses salariés. Il est considéré que ces clauses « *loin d'asservir les subordonnés, leur offre une garantie dans le temps de leur emploi* »<sup>184</sup>.

On relèvera que ces contrats ne sont pas pour autant regardés comme des contrats à durée déterminée pendant le temps où cette clause est en vigueur<sup>185</sup>. Cependant, en cas de non-respect de la

---

minée n'est possible que dans certains cas limitativement prévus. Pour autant, le contrat de travail à durée indéterminée ne suit pas le droit commun de la rupture des contrats à durée indéterminée. Au droit de résiliation unilatérale lui a été substituée pour l'employeur la procédure de licenciement et, pour le salarié le droit de démissionner. La procédure de licenciement est très strictement encadrée : l'employeur doit justifier sa décision de rompre le contrat de travail soit par la faute de l'employé (licenciement pour motif personnel), soit par la situation économique de l'entreprise (licenciement économique).

La libéralisation du droit du licenciement avait été envisagée par le législateur par la mise en place d'une période de deux ans durant lesquels serait admis le droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Cette mesure a été un échec tant politique que juridique : les deux types de contrats ainsi institués – le contrat nouvelle embauche pour les salariés et le contrat de première embauche pour les jeunes diplômés – ont été requalifiés en contrat à durée indéterminée avec une restauration du droit spécial du licenciement.

Seule la période d'essai dont la durée est généralement prévue par la convention collective applicable permet à l'employeur pendant quelques mois, de rompre le contrat sans motif. Son renouvellement est limité à une fois pour la même période. Le degré élevé d'encadrement de la rupture de ces contrats de travail démontre l'existence d'une réelle volonté de préserver la force obligatoire de ces contrats, laquelle se rapprocherait de celle des contrats à durée déterminée.

<sup>180</sup> A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien 2005 n°312 p. 238.

<sup>181</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2006 n°04-12. 914 Bull. n°132 p. 123, CCC 2006 Comm. 125 obs. L. Leveneur.

<sup>182</sup> R. Fabre, *Contrat de licence de savoir-faire*, JCL Brevets, Fasc. 4710 n°63.

<sup>183</sup> J. Mestre, « Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990 p. 653.

<sup>184</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70 n°92.

<sup>185</sup> P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 3<sup>ème</sup> éd. 2005, n°1398.

clause de garantie d'emploi, la jurisprudence considère que l'employeur a inexécuté une obligation de résultat et doit donc être condamné au paiement du solde des salaires qu'il aurait dû normalement verser durant cette période<sup>186</sup>. C'est donc une sanction similaire à celle infligée en cas de non-respect d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire qui est prononcée<sup>187</sup>. Du fait de la rupture du contrat de travail, la sanction judiciaire est financière. Aucun maintien forcé du contrat n'est prononcé.

En pratique, cette stipulation concerne principalement des salariés à forte valeur ajoutée, qui sont soit hautement qualifiés, soit des sportifs talentueux, ou encore d'anciens dirigeants qui revendent les titres de leur société, mais demeurent salariés jusqu'à leur retraite le temps de la transmission du fonds de commerce. Cela permet de fournir une assistance précieuse au repreneur et assure un départ en douceur à l'ancien dirigeant.

134. – **Généralisation.** Les clauses de non-résiliation peuvent être prévues dans tout contrat, sous réserve de ne pas prévoir une période trop longue. Leur usage se développe dans les différents secteurs d'activités.

#### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

##### ■ Clause de non-résiliation :

**Conseils de rédaction.** Cette clause est prévue lorsque les parties veulent préserver leur droit de sortie du contrat au-delà de la période de sécurité identifiée. Elle peut être cumulée avec des clauses aménageant le droit de résiliation.

*« Pendant les deux premières années du contrat à compter de sa date d'entrée en vigueur, jusqu'au [date] inclus, chacune des parties s'engage à ne pas exercer sa faculté de résiliation unilatérale, sous réserve des cas prévus à l'article x du contrat portant sur l'inexécution fautive des obligations essentielles. »*

Cette clause a une valeur pédagogique distinguant le régime de la rupture sans faute de celui de la rupture pour faute. Elle évite toute difficulté d'interprétation.

135. – **Conclusion.** À cette tendance de rapprochement du contrat à durée indéterminée vers le contrat à durée déterminée correspond la tendance inverse par laquelle le contrat à durée déterminée tend vers le contrat à durée indéterminée.

### §3. Rapprochement du contrat à durée déterminée vers le contrat à durée indéterminée

136. – **Glissement.** Le contrat à durée déterminée se caractérise par le maintien obligatoire de la relation contractuelle pendant toute la durée prévue. Une volonté de faire acquérir une plus grande

<sup>186</sup> Cass. soc. 10 juill. 2001 n°99-44.762 ; Cass. soc. 27 oct. 1998 n°95-43.308 Bull. n°455 ; Cass. AP 13 déc. 2002 n°00-17.143 Bull. A.P. n°3, *Rev. dr. soc.* 2003. 439 obs. C. Willmann ; Cass. soc. 28 fév. 2006 n°04-41.380 Bull. n°86.

<sup>187</sup> Art. L. 122-3-8 et L. 124-5 C. trav.



souplesse à ce type de contrat se manifeste de plus en plus de nos jours. Il apparaît une nouvelle forme de rupture du contrat à durée déterminée qu'est la « résiliation unilatérale ».

137. – Apport de la jurisprudence et de la pratique. Parallèlement, la jurisprudence (A), la pratique (B) et la loi (C) multiplient les facultés de résiliation avant terme du contrat, amoindrissant de ce fait la réelle différence de nature entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée.

### ***A. Les contributions jurisprudentielles***

138. – **Rapprochement judiciaire.** La jurisprudence favorise le rapprochement du contrat à durée déterminée vers le contrat à durée indéterminée à double titre. Tout d'abord, au regard du régime de la rupture du contrat : elle a introduit une certaine souplesse dans le régime de rupture du contrat à durée déterminée en admettant un mode de rupture unilatérale avant terme fondé sur la faute (1). Ensuite, au regard de la pérennisation des relations contractuelles : ses décisions consacrent le principe de la tacite reconduction judiciaire lorsque malgré leur silence les parties poursuivent l'exécution d'un contrat éteint (2).

#### ***1. L'admission jurisprudentielle du droit de résiliation unilatérale***

139. – **Résiliation unilatérale.** En principe, un contrat à durée déterminée ne peut pas conférer de prérogatives unilatérales de rupture de ses engagements à l'une des parties avant terme. Une exception a néanmoins été admise par la jurisprudence en présence d'une violation grave et flagrante de ses obligations par un cocontractant. Il n'est pas distingué alors selon la durée du contrat, le créancier pouvant prendre l'initiative, non seulement d'invoquer l'exception d'inexécution, mais aussi de résilier purement et simplement le contrat, et ce sans avoir recours au juge. Ce mécanisme original<sup>188</sup> a été validé par les cours d'appel<sup>189</sup> puis par la Cour de cassation<sup>190</sup>, étant précisé que les parties exercent cette faculté à leurs risques et périls.

En cas de litige, il reviendra au juge d'apprécier si l'exercice unilatéral de la résiliation par l'auteur de la rupture était légitime ou si ce dernier a commis une faute ouvrant droit à indemnisation au profit de son cocontractant. Ce droit d'indemnisation viendra compenser le préjudice provoqué par le créancier auteur fautif de la rupture.

Ce mode de rupture est mis en œuvre lorsque « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* »<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dossier Rupture unilatérale du contrat », *D&P* mai 2004 n°126 p. 70.

<sup>189</sup> CA Colmar 7 fév. 1975, *D.* 1978 p. 169 : « *L'une des parties est en droit de rompre le contrat de vente sans l'intervention d'une décision judiciaire lorsque l'autre partie a rendu cette rupture nécessaire* ».

<sup>190</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n°96-21.485 Bull. n°300, *D.* 1999 p. 197 et Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 janv. 1998 n°95-12.600 Bull. n°29.

<sup>191</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n°96-21.485 Bull. n°300, *D.* 1999. Somm. 115 obs. Ph. Delebecque ; *D.* 1999. 197 note C. Jamin ; *JCP* 1999. II. 10133 note N. Rzepecki ; *Defrénois* 1999. 374 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999. 394 obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1999. 506 obs. J. Raynard ; *GAFC* t. 2 n°180.

On peut voir dans cette admission jurisprudentielle une généralisation de la législation applicable, en cas de danger ou d'urgence, à certains contrats<sup>192</sup>.

140. – **Atteinte à la force obligatoire.** On notera ainsi que la force obligatoire du contrat à durée déterminée est écartée au profit de l'exercice d'une prérogative unilatérale. Selon L. Aynès<sup>193</sup>, il s'agit « d'une atteinte à la force obligatoire du contrat, mais une atteinte tolérable pourvue et parce qu'elle demeure sous la surveillance du juge ». Néanmoins, comme Y. Picod le mentionne, « *il faut souhaiter que la jurisprudence ne confère pas à ces exceptions au contrôle a posteriori du juge une portée excessive où des critères d'urgence et de gravité, souvent très relatifs, sont susceptibles de rompre l'équilibre contractuel et d'affaiblir le principe de force obligatoire des conventions* »<sup>194</sup>.

141. – **Distinction entre la « faculté de résiliation unilatérale » et la « résiliation unilatérale ».** Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis l'existence d'un « droit unilatéral de résiliation » du contrat à durée déterminée à titre de sanction d'un comportement grave. Ce mode de rupture ne se calque pas pour autant — et doit être strictement distingué — de la faculté de résiliation unilatérale<sup>195</sup> des contrats à durée indéterminée, et ce malgré une regrettable unité terminologique<sup>196</sup>.

En effet, la « résiliation unilatérale », nouvelle forme de rupture du contrat à durée déterminée doit être distinguée de la faculté offerte dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, en ce qu'elle doit être motivée par le comportement du cocontractant qui a commis une violation grave de ses obligations contractuelles.

À la différence, la cause de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est indifférente, elle peut résulter d'un simple caprice de l'une des parties<sup>197</sup>. Elle est indépendante de la notion de faute. Ceci se vérifie par le fait que le droit de résiliation unilatérale pour une faute grave est parfois appliqué dans un contrat à durée indéterminée permettant à l'auteur de la rupture d'être dispensé de respecter un préavis. Ainsi, le contrat à durée indéterminée peut-il être rompu soit par l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale soit par la résiliation unilatérale pour comportement grave rendant intolérable le maintien du lien contractuel ; tandis que le contrat à durée déterminée ne peut être rompu que par le biais de la résiliation unilatérale pour faute.

142. – **Conséquences.** C'est donc bien un pouvoir de sanction par la rupture du contrat sans intervention du juge qui est admis par les tribunaux au bénéfice du créancier concernant le contrat à durée déterminée. Bien que fondamentalement distinct de la faculté de résiliation unilatérale sans faute du contrat à durée indéterminée, ce pouvoir émergent rapproche les modalités de rupture des contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée dès lors que les parties se trouvent dans des situations de fautes graves et d'urgence.

La jurisprudence contribue également au rapprochement des contrats par la consécration du rôle de la tacite reconduction à l'arrivée du terme extinctif du contrat à durée déterminée.

<sup>192</sup> Art. L. 322-4 C. de l'aviation civile « *Le commandant de bord a la faculté de débarquer toute personne parmi les passagers qui peut présenter un danger pour la sécurité ou le bon ordre à bord d'un aéronef* ».

<sup>193</sup> L. Aynès. « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Dossier Rupture unilatérale du contrat, *D&P* n°126 mai 2004 p. 64.

<sup>194</sup> Y. Picod, *Contrats et Obligations*, JCL Civil Code, Fasc. unique art. 1134 et 1135 n°68.

<sup>195</sup> Rappel : le terme de résiliation unilatérale a au moins deux sens différents : il désigne tant la rupture pour faute d'un contrat à durée déterminée que la rupture sans motif du contrat à durée indéterminée. Cette incertitude linguistique se retrouve sur tout le vocable lié à la « résiliation ».

<sup>196</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJT civ.* 2005 p. 223 et s.

<sup>197</sup> Sous réserve de respecter un préavis suffisant.

## 2. La relativité des effets du terme extinctif : la tacite reconduction judiciaire

143. – **Poursuite des relations commerciales au-delà du terme et tacite reconduction judiciaire.** Dans le silence des parties, la jurisprudence considère qu'en l'absence de dénonciation formelle du contrat, un nouveau contrat est conclu automatiquement à la survenance du terme extinctif par la simple poursuite de l'exécution du contrat par les parties. Plus précisément, la jurisprudence a jugé qu'un contrat initialement conclu pour une durée déterminée est renouvelé dans tous ses éléments excepté la durée. En effet, le contrat est alors considéré comme conclu pour une durée indéterminée. Le contrat change de nature. Ce régime jurisprudentiel amoindrit les conséquences de la reconduction du contrat : les parties n'auront pas à subir une nouvelle durée déterminée du contrat, mais pourront le résilier à tout moment sans faute.

Ce phénomène que l'on peut appeler « tacite reconduction judiciaire » est un exemple de la relativité de l'effet automatique du terme extinctif<sup>198</sup> et il contribue à rapprocher le contrat à durée déterminée du contrat à durée indéterminée.

144. – La jurisprudence contribue ainsi à affaiblir la distinction des contrats selon leur durée par la généralisation de points de passage entre l'un et l'autre type de contrats. Outre la jurisprudence, la pratique a également créé des ponts entre eux.

### B. Innovation de la pratique : les clauses de résiliation unilatérale

145. – **Apport de la pratique et validité.** De manière plus surprenante, la pratique a vu se développer dans les contrats à durée déterminée des clauses dites de résiliation unilatérale par lesquelles les parties s'accordent mutuellement — ou accordent à l'une d'entre elles — le droit unilatéral de rompre le contrat avant la survenance du terme extinctif.

En principe, les parties sont tenues d'exécuter leurs obligations pendant toute la durée de leur engagement jusqu'à l'échéance du contrat par l'effet de la force obligatoire ; elles ne peuvent donc pas résilier unilatéralement le contrat sans commettre de faute contractuelle qui engagerait leur responsabilité<sup>199</sup>. La sanction varie selon les chambres de la Cour de cassation, soit en exécution par équivalent<sup>200</sup>, soit par l'octroi de dommages et intérêts<sup>201</sup>.

Il n'existe donc pas *a priori* de droit de résiliation unilatérale sans faute dans les contrats à durée déterminée<sup>202</sup>. En revanche, les parties peuvent explicitement prévoir un tel droit. Cette pratique a été validée par la jurisprudence<sup>203</sup>.

146. – **Typographie des clauses de résiliation unilatérale.** On peut distinguer deux types de clauses de résiliation unilatérale :

- d'une part, les clauses qui sont fondées sur la survenance ou la disparition d'une circonstance essentielle au contrat – il conviendrait ici de parler non pas de résiliation unilatérale, mais de clause de caducité. En effet, la caducité met fin au contrat lorsqu'une circonstance fait perdre au

<sup>198</sup> Cf Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 a. Les clauses de reconduction versus la tacite reconduction, p. 137.

<sup>199</sup> Cass. com. 9 juill. 1996 n°94-15.875, *RJD* 96 n°1438.

<sup>200</sup> Condamnation à payer les honoraires des 8 mois restant à courir jusqu'à l'échéance.

<sup>201</sup> Cass. com. 22 oct. 1996 n°94-15.410 Bull. n°260 et Cass. soc. 18 nov. 2003 n°01-44.280 Bull. n°285.

<sup>202</sup> Ph. Delebecque, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », Dossier Rupture unilatérale du contrat, *D&P* n°126 mai 2004 p. 56.

<sup>203</sup> Cass. com. 14 janv. 1997 n°95-12.769, *D. aff.* 1997 p. 273.

contrat un de ses éléments essentiels. Rien n'empêche les parties de contractualiser la faculté de recourir à une telle rupture en fonction des éléments essentiels au contrat qu'elles auront pris le soin d'identifier<sup>204</sup> (1) ;

- et d'autre part, les clauses de résiliation unilatérale conférant un droit discrétionnaire et sans motif qui seraient le pendant de la faculté de résiliation unilatérale propre au contrat à durée indéterminée (2).

### 1. La clause de caducité

147. – **Clauses de caducité.** Les premières clauses — qu'il conviendrait de qualifier de clauses de caducité — ne posent pas de difficulté particulière. Elles se divisent entre les clauses liées à un événement extérieur aux parties et celles qui portent sur les qualités du cocontractant qualifiées par la pratique de clauses d'intuitu personae. À titre d'illustration<sup>205</sup>, ces dernières sont relatives :

- à la direction de la société – notamment lorsque le choix d'une ou des personnes membres des organes de direction a été déterminant, cas notamment lorsque la clientèle repose majoritairement sur la personnalité du dirigeant,
- à la qualité d'actionnaire de la société contractante<sup>206</sup>,
- au décès ou à l'incapacité du contractant – qui évite notamment d'avoir pour cocontractant substitué les ayant-causes.

148. – **Limite aux clauses de caducité : procédures collectives.** Les parties prévoient souvent que la simple ouverture d'une procédure collective à l'endroit de leur partenaire leur donne le droit de résilier unilatéralement le contrat. Ces clauses ne sont pas valables<sup>207</sup>. En effet, de telles clauses empêcheraient toute mesure de sauvegarde des sociétés, et ce contrairement à l'esprit même de la loi qui vise à sauver la société en difficulté.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** Il convient d'écartier toute clause de résiliation unilatérale liée à la mise en œuvre d'une procédure collective, ces clauses étant nulles.

<sup>204</sup> On retrouve ici l'intérêt de généraliser le recours aux clauses sur les éléments essentiels ou non du contrat de façon comparable au mécanisme de la reconduction et de la résolution. Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2, «Les clauses préservées par la reconduction», p. 149 et Partie 2 Titre 1 Chapitre 2, «La mise en demeure préalable à la résolution du contrat», p. 207.

<sup>205</sup> Cass. com. 14 janv. 1997 n°95-12.769, *D. aff.* 1997 p. 273.

<sup>206</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 janv. 2002 n°99-11.840, *RTD civ.* 02 p. 297 obs. J. Mestres et B. Fages.

<sup>207</sup> Art. L. 622-13 C. com sur la procédure de sauvegarde : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ». Art. L. 631-14 du C. com. pour la procédure de redressement judiciaire par renvoi aux dispositions sur la procédure de sauvegarde ; art. L. 641-11-1 du C. com. pour la procédure de liquidation : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire* ».

### ■ Clauses de caducité d'*intuitu personae* - Personnes physiques :

« Les parties rappellent que le contrat a été conclu en considération de la personne du cocontractant. En conséquence, en cas de décès, d'incapacité, ou de maladie incapacitante dont la durée serait supérieure à six mois de l'un des cocontractants, le contrat pourra être résilié unilatéralement par l'autre partie moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de l'envoi de la notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception. »

### ■ Clauses de caducité d'*intuitu personae* - Personnes morales :

« Les parties s'engagent à se tenir informées dans les meilleurs délais de tout projet ou décision de modification de la structure de leur capital social ; en cas de changement de contrôle ; de changement de dirigeants.

Dans ce cas, chacune des parties se réserve le droit de résilier unilatéralement le contrat moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de l'envoi de la notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception. »

149. – Outre les clauses de caducité, la pratique a eu recours aux clauses de résiliation unilatérale au sein des contrats à durée déterminée.

## 2. La clause de résiliation unilatérale

150. – **Les clauses de résiliation unilatérale.** Plus récemment, est venue s'insinuer l'idée qu'il était valable de stipuler une clause de résiliation unilatérale discrétionnaire et sans motif dans les contrats à durée déterminée<sup>208</sup>. On parle encore de clause de « libération anticipée »<sup>209</sup>.

Dans un arrêt remarquable, la Cour de cassation<sup>210</sup> a ainsi décidé de la validité d'une clause bilatérale « manifestant la volonté réciproque des parties décidant de pouvoir chacune mettre fin au présent contrat quand bon lui semblera sans qu'elles aient à motiver ou à justifier du bien-fondé de leur décision ». D'autres décisions avaient été rendues consacrant la clause de résiliation unilatérale sans motif dans les contrats à durée déterminée<sup>211</sup>. La validité de telles clauses a été discutée au regard du principe de prohibition des engagements purement potestatifs.

151. – **Principe de prohibition des obligations potestatives.** La validité de principe de telle clause soulève des critiques au regard de la prohibition de principe des obligations potestatives prévu par l'article 1174 du Code civil<sup>212</sup> et appliqué par la jurisprudence<sup>213</sup>. La potestativité est l'obligation dont l'exécution « dépend de la volonté d'une personne ». Il convient de distinguer entre les obligations purement potestative ou simplement potestative :

<sup>208</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd. n°239 et s.

<sup>209</sup> J.-P. Karaquillo, « Nullité de la clause de libération anticipée incluse dans un contrat à durée déterminée liant un entraîneur sportif à un club », *D.* 1991.614 ; J.-P. Karaquillo, « Validité d'une clause résolutoire au profit d'un professionnel sportif lié par un contrat à durée déterminée », *D.* 2009.2662.

<sup>210</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2001 n°99-18.442 Bull. n°98, *RTD civ.* 2001. 584 n°3 obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2001. Somm. 3240 obs. D. Mazeaud ; *Defrénois* 2001. 1048 n°67, obs. E. Savaux ; *JCP* 2001. I. 354 n°19 obs. J. Rochfeld.

<sup>211</sup> CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. A 25 janv. 1995, *BJS* 1995, p. 413, note A. Couret ; Cass. com. 3 mai 2006 n° 04-17.075.

<sup>212</sup> Art. 1174 C. civ. : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

<sup>213</sup> Cass. com. 23 sept. 1982 n°81-10.131 Bull. n°284.



- les obligations purement potestatives sont celles dont l'exécution « dépend uniquement du bon vouloir de l'une des parties ». « Lorsqu'elle est laissée à la discrétion du débiteur » elle « équivaut à l'absence d'engagement », la partie n'étant pas tenue par la force obligatoire. En effet, le débiteur est alors libre d'exécuter ou non son obligation. Une telle clause « rend nulle, l'obligation qu'elle affecte »<sup>214</sup> ;
- les obligations simplement potestatives sont celles dont l'exécution « dépend d'un événement dont la réalisation est sans doute volontaire de la part d'une partie, mais au prix d'une décision qui est fonction de contingence »<sup>215</sup>. L'exécution de l'obligation ne dépend pas alors de la seule volonté du débiteur. Une telle clause est valable.

152. – **Contestation du principe de prohibition des obligations potestatives.** À cet égard, une partie de la doctrine a remis en cause le bien-fondé du principe général de prohibition des clauses potestatives, notamment en se fondant sur le cas des clauses de dédit, dont la validité est pleinement consacrée. W. Dross l'exprime en ces termes « Il s'agit de savoir s'il est admissible d'autoriser l'un des contractants à s'ériger en maître exclusif du contrat en lui permettant de se libérer par décision unilatérale, à tout moment et sans motif, de l'engagement qu'il a souscrit. »<sup>216</sup> C'est la question qui se pose aux clauses de résiliation unilatérale.

153. – **Potestativité de la clause de résiliation unilatérale.** Pour la doctrine, notamment J. Ghestin, le critère de validité des clauses de résiliation unilatérale réside dans l'arbitraire de la décision du débiteur<sup>217</sup>. Le débiteur peut résilier le contrat, mais il peut aussi ne pas le résilier. Si le débiteur s'exécute de bonne foi, la prohibition de l'obligation potestative n'a pas de sens. Comme le souligne J. Rochfeld<sup>218</sup>, « le jeu de la condition pouvant ne pas être potestatif, la qualification de potestative est écartée ! » ce qui marque un « glissement [...] d'un contrôle de la potestativité de la disposition *ab initio* vers un contrôle de sa mise en œuvre ». Appliqué à la clause de résiliation unilatérale stipulée dans un contrat à durée déterminée, il conviendrait donc de distinguer selon que l'illégitimité peut être ou non retenue *ab initio*<sup>219</sup>.

La jurisprudence, sous l'influence de la doctrine, tend à déplacer dans le temps le contrôle des obligations purement potestatives. Ainsi, la validité des obligations purement potestatives est reconnue *ab initio*. Le contrôle a lieu lors de la mise en œuvre de la clause. Lorsqu'une contingence extérieure est identifiée, l'usage de la clause est admis. À la différence, lorsque l'usage de la clause résulte d'une décision arbitraire et sans aucune contingence extérieure, le débiteur commettra un abus de droit.

<sup>214</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>215</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>216</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RJD civ.* 2007 p. 701 n°7.

<sup>217</sup> J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in Mélanges A. Weill, 1983 p. 243 s. spéc p. 250 et s.

<sup>218</sup> J. Rochfeld, « Du contrôle des clauses de « cessation » du contrat au regard de leur potestativité », *JCP* 2002 I 134 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020 Bull. n° 257, *JCP G* 2001 IV 2898.

<sup>219</sup> J. Rochfeld, « Du contrôle des clauses de « cessation » du contrat au regard de leur potestativité », *JCP* 2002 I 134 : « Ceux-ci, en tant que pouvoirs admis dans la convention comme devant s'exercer par une décision unilatérale et arbitraire en la puissance et au bénéfice de l'une des parties, permettant à celle-ci d'influer sur l'existence, le cours ou la fin du contrat, ne justifient pas le même examen : parce qu'ils ne sont pas considérés comme illégitimes *ab initio* leur contrôle se déplace vers celui de l'abus dans leur mise en œuvre ; parce que ces pouvoirs sont l'expression d'une puissance unilatérale dans un univers contractuel qui ne la reçoit pas normalement, le critère de cet abus git dans cette directive minimale d'exercice qu'est la considération de l'intérêt du cocontractant ; la sanction efficace du non-respect de cette directive, enfin, consiste en la neutralisation de la décision prise ou en l'indemnisation des préjudices en découlant ».

Le créancier pourra alors demander le cas échéant la paralysie d'une telle clause par sa suspension ; il pourra encore agir sur le terrain de la responsabilité pour abus de droit. Autrement dit, il ne s'agit plus d'un réel droit discrétionnaire, le juge opérant indirectement un contrôle des motifs. La sanction n'est donc plus la nullité, mais se situe sur le plan indemnitaire.

154. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit dans la mesure du possible déconseiller aux parties la stipulation de telles clauses en les réorientant vers la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. De telles clauses sont couramment utilisées pour les contrats de sportifs professionnels ou d'entraîneurs : les clubs sportifs négocient souvent les indemnités de départ entre eux.

Si une telle clause devait être rédigée, il conviendrait de faire preuve de la plus grande prudence. Il revient au rédacteur de contrat de prévoir une procédure de résiliation qui permette d'octroyer au créancier un délai de prévenance suffisant pour que la rupture ne soit pas considérée comme brutale. La stipulation d'un délai de préavis semble opportune pour des questions de bonne foi et de responsabilité.

La pratique amoindrit ainsi la différence entre les contrats selon leur durée.

155. – Outre, la jurisprudence et la pratique, la loi accorde également des prérogatives de résiliation unilatérale en présence de contrats à durée déterminée.

### ***C. Les prérogatives légales de résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée***

156. – **Dispositions légales.** Outre la jurisprudence et la pratique, la loi prévoit également des dispositions spécifiques permettant de mettre fin au contrat à durée déterminée de manière anticipée. Le législateur est ainsi intervenu afin de conférer aux deux parties, ou à l'une d'entre elles, une faculté légale de résiliation du contrat avant l'arrivée de son terme. Ces dispositions concernent notamment le contrat de mandat et le contrat de dépôt.

157. – **Contrat de mandat.** La disposition légale permettant la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée la plus remarquable et la plus commentée porte sur le contrat de mandat. Il est institué un droit de révocation du contrat au bénéfice du mandant<sup>220</sup> et du mandataire<sup>221</sup> sous réserve d'indemniser le préjudice causé par la rupture.

En effet, le mandataire agissant au nom et pour le compte du mandant, il est nécessaire de prévoir, notamment en cas de mésentente, un droit de sortie du contrat au bénéfice de chacune des parties. Précisons que concernant le contrat de mandat d'intérêt commun, il est prévu une libre révocation sans indemnité du contrat, exception étant faite de la stipulation d'une clause de mandat irrévocable<sup>222</sup>. En cas d'une telle stipulation, le mandat n'est pas alors irrévocable en tant que tel, mais il ouvre droit à une indemnisation en cas de rupture.

<sup>220</sup> Art. 2003 C. civ. : « *Le mandat finit : Par la renonciation de celui-ci au mandat* ».

<sup>221</sup> Art. 2007 C. civ. : « *Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable* ».

<sup>222</sup> Cass. req. 8 avril 1857, D. 1858 J. p. 134.

158. – **Contrat de prêt à usage et contrat de dépôt.** De même, que ce soit le contrat de prêt à usage<sup>223</sup> ou le contrat de dépôt<sup>224</sup>, les droits reconnus aux parties constituent une garantie du droit de propriété sur la chose prêtée ou déposée. Il a donc été institué des droits particuliers tels que le droit de restitution ou encore un droit de résiliation anticipée du contrat au bénéfice du déposant principalement, mais aussi dans une certaine mesure du prêteur.

159. – **Autres prévisions légales.** De manière analogue, on indiquera qu'un droit de résiliation est ouvert au profit de l'assuré et de l'assureur liés par un contrat d'assurance<sup>225</sup>. Le même principe est reconnu pour l'associé d'une société civile sous la dénomination de droit de retrait<sup>226</sup>.

Il en ressort que le législateur contribue à amoindrir la distinction entre les contrats à durée indéterminée et les contrats à durée déterminée par des mécanismes de droit spécial de résiliation unilatérale.

---

<sup>223</sup> Art. 1888 C. civ. : « Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. » et art. 1889 du C. civ. : « Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ».

<sup>224</sup> Art. 1944 C. civ. : « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ».

<sup>225</sup> Art. L. 113-12 C. ass. : « Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur. Il peut être dérogé à cette règle pour les contrats individuels d'assurance maladie et pour la couverture des risques autres que ceux des particuliers. Le droit de résilier le contrat tous les ans doit être rappelé dans chaque police. Le délai de résiliation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste ».

<sup>226</sup> Art. 1869 al. 1 C. civ. : « Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice ».



## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 1

160. – **Contrat à durée déterminée ou indéterminée ?** Entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée, le choix des parties porte sur le degré d'engagement qu'elles veulent instaurer entre elles, ces dernières choisissant entre rigidité pour un temps ou souplesse pour tout le temps que durera leur relation.

Cette distinction séculaire est aujourd'hui mise à mal tant par la législation que par la jurisprudence et la pratique. Le rapprochement des régimes de ces contrats et le développement des modes communs de fin de contrat contribuent à distendre, de plus en plus, les liens autrefois fort qui unissaient durée et rupture du contrat en droit français<sup>227</sup>.

161. – **Terminologie.** Au terme de ces développements, il apparaît qu'il serait bienvenu de clarifier la terminologie en la matière. À titre d'illustration, bien que le vocable « résiliation » couvre des réalités bien distinctes, la diversité même des situations que ce seul terme recouvre témoigne du manque de théorisation des notions de fin de contrat. En outre, les élans de la jurisprudence, s'ils permettent de régler des situations au cas par cas, ne participent pas encore à soutenir cette théorisation qui apporterait une plus grande sécurité juridique aux parties.

Cette situation a le désavantage de ne pas fournir aux mécanismes que nous avons abordés l'efficacité pragmatique que les acteurs économiques, civils et praticiens pourraient attendre compte tenu de l'importance des contrats, y compris à la fin de leur vie, dans la société actuelle.

162. – **Droit comparé.** Outre les sources traditionnelles de droit, il est une source d'influence qui ne peut pas être négligée et ne doit pas être sous-estimée. Ce glissement entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée témoigne de la prégnance du droit international sur le droit français. À la différence de ce dernier, d'autres systèmes juridiques n'établissent pas nécessairement de lien entre la durée du contrat et ses modalités de rupture. La rupture est alors analysée à l'aune de ses motifs propres — indépendamment du terme contractuel.

L'ensemble de ces éléments montre qu'il est à présent temps que le régime de la fin de contrat en droit français soit totalement repensé.

---

<sup>227</sup> Rappel : le contrat à durée déterminée prend fin par l'arrivée du terme extinctif ; dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, les parties ont une faculté de résiliation unilatérale à tout moment.

## CHAPITRE 2 : LA RUPTURE DE LA RELATION COMMERCIALE

### INTRODUCTION

« *Se séparer, ce n'est pas quitter quelqu'un, c'est se quitter tous les deux.* »

*Sacha Guitry*, Extrait du Quadrille

163. – **Liberté de rompre ?** La liberté contractuelle s'entend du droit de contracter, mais aussi du droit de ne pas contracter. Cette liberté, principe qui irradie tout le droit des obligations, n'est pas pour autant arbitraire : elle est tempérée par son corollaire et garde-fou : la bonne foi. A. De Brosse considère ainsi que « *le droit de rompre est un droit potestatif, mais non discrétionnaire* »<sup>1</sup>.

Si les parties ont le droit de rompre leur relation, elles ne peuvent pas pour autant mépriser totalement les intérêts de leur cocontractant, que ceux-ci divergent des leurs ou qu'ils leur soient juste indifférents. Nous savons depuis longtemps que les relations entre professionnels sont loin d'être la résultante de rapports de force équivalents. En considérant, par exemple, le secteur de la distribution, nous pouvons constater que les rapports entre le distributeur d'une part et le fournisseur d'autre part sont déséquilibrés. Il convenait dès lors d'encadrer la liberté de rompre l'engagement contractuel.

164. – **Nouvelle législation.** Tant le législateur que le juge ont porté leur attention sur l'exercice par les parties du droit de rompre le contrat. La jurisprudence, notamment, use de la notion de bonne foi pour tenter d'instaurer un certain équilibre dans les relations d'affaires. C'est de cette logique que participe l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce résultant de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui dispose :

qu'engage sa responsabilité, tout producteur, commerçant, industriel ou artisan qui rompt « *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 ou à défaut de tels accords, par des arrêtés du Ministère de l'Économie* ».

Par ce texte, le législateur a tenté de concilier deux intérêts divergents :

- d'une part « *la protection de la victime d'une rupture de relations commerciales* »
- d'autre part « *éviter [...] le prétexte à une paralysie de toute remise en cause d'une telle relation notamment en cas de rupture justifiée.* »<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A. De Brosse, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *DÉP* 2003 06-2003 n°116.

<sup>2</sup> D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024 Lundi 13 avril 2009 p. 27.

Cette législation repose en grande partie sur la jurisprudence antérieure fondée sur les articles 1382 et 1134 du Code civil. Aucune grande innovation n'est donc à retirer de cette législation si ce n'est le mérite d'apporter une plus grande sécurité juridique par la légalisation de la jurisprudence. Le rédacteur de contrat devra faire preuve d'une particulière vigilance quant à la prévision de la durée de préavis. La clause de préavis qui était jusqu'à présent d'une importance secondaire recouvre aujourd'hui un véritable enjeu.

165. – **Irruption de l'économie dans la législation.** Pour autant, le législateur ne s'est pas reposé sur les notions juridiques traditionnelles et a décidé de ne pas strictement définir les contours de l'applicabilité de son texte, laissant ainsi aux juges un large pouvoir d'appréciation. Il leur revient, ainsi qu'à la doctrine, d'en préciser la notion et la portée.

Le législateur ayant utilisé une notion plus économique que juridique dans les termes « relations commerciales établies », il apparaît difficile de déterminer les contours précis du régime légal mis en place. Si nous allons tenter de préciser la terminologie employée, cette notion ne peut être strictement enfermée : le juge pourra toujours user de son pouvoir souverain d'appréciation. Pourtant, la clarification de cette notion est nécessaire afin d'instaurer une plus grande sécurité juridique et d'éviter l'arbitraire du juge.

166. – **Intégration de la législation par la pratique.** Il appartient aux praticiens d'intégrer ce nouveau mécanisme de rupture des contrats aux stipulations contractuelles. La sphère d'influence de cette nouvelle législation dépasse la simple relation entre professionnels. Elle tend à s'imposer de plus en plus comme une référence dans la rupture des contrats en droit commun. Il s'agit d'un mécanisme protecteur pour la partie qui subit la rupture du contrat.

167. – **Plan.** Les parties ont intérêt à négocier contractuellement les conditions de la rupture. La prévisibilité requise dans les relations d'affaires impose aux parties, souhaitant limiter leur responsabilité et préserver leur liberté de rupture, d'adapter les termes volontairement généraux de la loi à leur situation contractuelle spécifique (**Section 1**).

La portée de cette nouvelle législation et les incertitudes du régime de responsabilité qui en découlent sont cependant telles qu'il devient important d'en préciser les contours (**Section 2**).

## SECTION 1 : L'APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE L. 442-6 I 5° DU CODE DE COMMERCE

### (SECTION 2 : LES INCERTITUDES DU RÉGIME)

168. – **Délit civil.** L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce instaure un véritable délit civil lorsque la rupture des relations commerciales établies est considérée comme brutale. En effet, la législation mise en place instaure un régime de responsabilité civile pour faute à l'égard de l'auteur de la rupture.

Afin de déterminer la portée de ce texte, il convient de déterminer ce que le législateur entend d'une part par la notion de « relation commerciale établie » (§1) et d'autre part par la notion de « rupture brutale » (§2).

## §1. La « relation commerciale établie », une notion plus pratique que juridique

169.– **Notion autonome.** Dire de la notion légale de « *relation commerciale établie* » qu'elle est floue est encore en deçà de la réalité. Loin de se rapporter à un terme juridique précis, elle se rapproche, sans pour autant l'épouser, de la notion, plus économique, de relations d'affaires. Le législateur pose ici la question des points de rencontre entre les domaines du droit et de l'économie. La Cour de cassation a précisé ce qu'il ne fallait pas entendre par « *relation commerciale établie* ». Ainsi, cette notion diffère de celle de « *relation contractuelle* ». Elle ne couvre pas non plus toute relation nouée « *entre deux opérateurs économiques.* »<sup>3</sup> Notion autonome et nouvelle qui prend place dans un paysage juridique déjà complexe, elle se veut pragmatique et adaptée à la réalité. Mais les notions juridiques traditionnelles délaissées, il n'en demeure pas moins qu'il faut définir le périmètre de la règle de droit.

Il convient donc de définir ce que le législateur entend par « relation commerciale » (A) et par « relation établie » (B).

### A. La relation doit être « commerciale »

170.– **Un régime dérogatoire.** Le terme de « relation commerciale » implique d'en définir le champ d'application à au moins deux points de vue :

- négativement — ce qui en est exclu (1) ;
- positivement – ce qui est inclus dans le périmètre (2).

La notion de commercialité<sup>4</sup> renvoie à une notion juridique précise qui se voit appliquer des règles dérogatoires à celles du droit commun. Or, comme toute exception à un principe, elle n'a pas vocation à régir d'autres branches du droit. Nous pouvons d'ores et déjà relever que ce terme est exclusif de toute généralisation du délit de rupture brutale des relations commerciales établies au rang de délit de droit commun.

#### 1. Négativement : ce que n'est pas la « relation commerciale »

171.– **Négativement.** L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce n'a pas vocation à régir une relation non commerciale. Ne sont pas considérées comme commerciales les relations entre particuliers et celles entre consommateurs et professionnels.

Le droit de la consommation n'est donc pas concerné par de telles dispositions. Le rédacteur de conditions générales de vente n'a donc pas à se soucier de ce nouveau régime de responsabilité.

#### 2. Positivement : ce qu'est la « relation commerciale »

172.– **Positivement.** Qualifier une relation de « *relation commerciale* » ne relève pas de la plus grande simplicité dans l'application des critères de commercialité. Si certaines relations sont, sans

<sup>3</sup> Cass. com. 16 déc. 2008 n°07-15.589 Bull. n°207, D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024 Lundi 13 avril 2009 p. 27.

<sup>4</sup> G. Cornu propose la définition suivante : « *Qualité de ce qui est commercial, de ce qui réunit les critères de soumission au droit commercial* » c'est-à-dire « *ensemble des règles particulières applicables aux commerçants, aux sociétés commerciales et aux actes de commerce* », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9ème éd. 2011.

nul doute, concernées par le texte (a), d'autres situations ont nécessité la clarification du juge comme c'est le cas des professions libérales (b).

### a. Les relations commerciales incluses

173. – **Critère légal de commercialité.** L'application de l'article du Code de commerce aux fournitures d'un produit ne présente pas de difficultés particulières. Les relations concernées sont notamment les conventions de fourniture de biens<sup>5</sup> ou de services<sup>6</sup>, tels que les contrats de distribution et les contrats d'entreprise, mais également les contrats de sous-traitance<sup>7</sup>. La Cour de cassation pose le principe selon lequel l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce s'applique à « *toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service* »<sup>8</sup>.

Cependant, la Haute Juridiction considère que l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce n'a pas à s'appliquer en présence de dispositions légales spécifiques fixant la durée de préavis comme c'est le cas du contrat d'agence commerciale<sup>9</sup>.

Cette appréciation est regrettable : elle conduit à distinguer même là où la loi ne distingue pas et à complexifier à outrance le domaine d'application de la loi. Rien n'empêchait de cumuler les deux dispositions légales concernant le contrat d'agence commerciale.

L'application du texte aux professions libérales ne va pas de soi et a nécessité la clarification de la jurisprudence.

### b. Les activités libérales incluses ?

174. – **Applicabilité du texte aux activités libérales ?** Il est plus difficile de déterminer si des prestations purement intellectuelles peuvent être concernées par cette législation. Une Cour d'appel a décidé que « *les prestations réalisées par un architecte, issues d'une création purement intellectuelle et exclusive de toute acquisition antérieure en vue de la revendre, constituent une activité par essence civile* ».

Cette solution ne porte pas uniquement sur la nature de la prestation. Un architecte exerce une activité civile, et non une activité commerciale. Dès lors, il s'agit de déterminer si les professions libérales peuvent invoquer le bénéfice de ces nouvelles dispositions légales ou au contraire si les activités libérales sont exclues du champ légal. Faut-il « *retenir une acception large de la commercialité entendue comme synonyme de relation d'affaires* »<sup>10</sup> ? Est-ce à dire que sont concernées toutes les relations d'affaires, commerciales et civiles ?

La Haute Juridiction a refusé l'application du texte aux notaires<sup>11</sup> ainsi qu'aux chirurgiens<sup>12</sup> au motif que ceux-ci ne peuvent pas exercer d'actes de commerce en raison des dispositions réglementant la déontologie de ces professions.

Le critère retenu serait donc l'existence d'une norme qui exclurait le caractère commercial de la prestation. Cela concernerait les notaires, l'article 13 du décret de 1945 relatif au statut du nota-

<sup>5</sup> Accord de distribution : CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. section B 5 mars 2003.

<sup>6</sup> Cass. com. 23 avril 2003 n°01-11.664 Bull. n°57.

<sup>7</sup> CA de Paris 3<sup>ème</sup> ch. section B 4 mai 2001.

<sup>8</sup> Cass. com. 16 déc. 2008 n°07-18.050 Bull. n°208.

<sup>9</sup> Cass. com. 3 avril 2012 n°11-13.527 Bull. n°71.

<sup>10</sup> D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024, Lundi 13 avril 2009 p. 28.

<sup>11</sup> Cass. com. 20 janv. 2009 n°07-17.556 Bull. n°7.

<sup>12</sup> Cass. com. 23 oct. 2007 n°06-16.774 Bull. n°220, *RJD* 4/08 n°458.

riat<sup>13</sup> prévoyant une telle exclusion. Concernant les chirurgiens, c'est l'article R. 4127-19 du Code de la santé publique codifiant l'article 19 du Code de déontologie médicale<sup>14</sup> qui dispose d'une telle exclusion.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, il faudrait considérer que des professions telles que celles des avocats sont exclues du champ de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce.

175. – **Critère de l'exclusion de la commercialité ?** Le critère de commercialité de la relation serait-il établi dès lors que la relation nouée n'est pas soumise à un texte légal excluant expressément ladite qualification ?

Selon une opinion doctrinale<sup>15</sup>, la différence de régime qui existe entre la profession d'architecte d'une part et les professions de notaires et de chirurgiens d'autre part tient non pas tant à ces dispositions particulières applicables qu'au type de relations entretenues entre le professionnel et le particulier<sup>16</sup>. Une telle vision ne permet cependant pas de dégager de véritables critères de définition des professions incluses dans le champ de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Peut-être aurait-il fallu en revenir à une interprétation plus littérale de la loi et considérer que le texte s'applique à « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » à l'exclusion d'autres qualités telles que la qualité de consommateur, et même de professions libérales. Une telle approche cumule les critères applicables, mais a pour avantage d'être plus proche de la lettre du texte.

L'exclusion des professions libérales paraît cependant anachronique alors que la législation tant à rapprocher le régime du commerçant et des professions libérales<sup>17</sup>. Il est à regretter que le législateur n'ait pas précisé l'inclusion ou l'exclusion des professions libérales du régime de responsabilité de la rupture brutale.

Le critère de commercialité apparaît désuet et peu adapté aux développements de l'activité des professions libérales qui tend de plus en plus à se rapprocher de celles des commerçants. Cette législation, pour pragmatique qu'elle eut voulu être, reste enchaînée par de vieilles distinctions.

Le rédacteur de contrat au bénéfice des professions libérales a intérêt à prendre en considération ces exigences légales, n'étant pas à l'abri d'une évolution jurisprudentielle extensive du critère de commercialité.

---

<sup>13</sup> Article 13 du décret de 1945 relatif au statut du notariat : « *il est interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement, soit indirectement : 1° De se livrer à aucune spéculation de bourse ou opération de commerce, banque, escompte et courtage* ».

<sup>14</sup> Article R. 4127-19 C. santé pub. codifiant l'article 19 C. déont. méd. : « *la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce* ».

<sup>15</sup> D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024 p. 27.

<sup>16</sup> Action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, *BRDA* Concurrence p. 8 : « *On peut cependant relever que ces professions induisent à l'égard du « client » une relation particulière, fondée sur la confiance et la prise en compte de la situation personnelle du client. Il en va différemment pour les architectes qui entretiennent avec leurs clients une relation fondée pour l'essentiel sur la compétence technique et la capacité d'imagination* ».

<sup>17</sup> Trois exemples : (1) acceptation de la validité de la cession de fonds libéral selon le régime de la cession de fonds de commerce ; (2) application des procédures collectives aux professions libérales et (3) instauration de sociétés libérales sur le modèle des sociétés commerciales comme la S.E.L.A.R.L. (société d'exercice libéral à responsabilité limitée), la S.E.L.A.F.A. (société d'exercice libéral à forme anonyme), la S.E.L.A.S. (société d'exercice libéral par actions simplifiée), ou la S.E.L.C.A. (société d'exercice libéral en commandite par actions).



Il ne suffit pas que la relation soit commerciale, encore faut-il que la relation commerciale soit établie.

## ***B. La relation commerciale doit être « établie »***

176. – **Tentative de définition.** La notion de relations commerciales établies est des plus incertaines. Cette terminologie ne fait pas appel aux notions traditionnelles du droit. Dans un arrêt de 2008<sup>18</sup>, la Cour de cassation est venue préciser que la notion de « *relation commerciale établie* » différerait de la notion de « *relation contractuelle* ».

La lecture de la jurisprudence permet de dégager des critères jurisprudentiels (1). L'interprétation est extensive notamment au regard de la qualité des parties à un contrat (2).

### ***1. Détermination des critères jurisprudentiels***

177. – **Critères jurisprudentiels.** Toute relation contractuelle n'est donc pas une relation commerciale établie. La jurisprudence<sup>19</sup> estime que la notion de la relation commerciale établie est sous-tendue par une idée de permanence de la relation liant les parties, les préservant ainsi, au moins partiellement, du jeu de la concurrence.

Les juges tiennent principalement compte de l'ancienneté de la relation, mais pas uniquement. La progression du chiffre d'affaires, la succession de bons de commandes ou de contrats échelonnés sont des éléments essentiels à l'appréciation des juges. « *Plus que la durée de la relation, c'est sa qualité et l'importance qu'elle revêt dès l'origine pour un cocontractant qui est prises en compte.* »<sup>20</sup>

Le « *caractère significatif* » de la relation commerciale pour au moins une des parties apparaît comme un véritable critère de la qualification de relation commerciale établie<sup>21</sup>. La relation commerciale établie ne prend pas pour autant en compte toutes les relations « *nouées [s] entre deux opérateurs économiques* »<sup>22</sup>. C'est une notion autonome et nouvelle qui vient prendre place dans un paysage juridique déjà complexe.

178. – **Applicabilité aux contrats à durée déterminée ?** La prévision d'un terme contractuel est une problématique qui se pose ici avec une plus grande acuité. Les contrats à durée déterminée, et plus particulièrement la succession de contrats à durée déterminée, peuvent-ils constituer une relation commerciale établie ? Et si oui, à partir de quelle durée de relation ?

Si les contrats à durée déterminée ne sont pas a priori exclus du jeu de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, la charge de la preuve du caractère établi de la relation sera plus importante que pour les contrats à durée indéterminée. Les modalités de renouvellement sont dès lors un élément essentiel pour pouvoir bénéficier des dispositions légales.

<sup>18</sup> Cass. com. 16 déc. 2008 n°07-15.589 Bull. n°207 et CA de Paris 29 novembre 2007, *D.* 2008 Pan. 2196 obs. D. Ferrier.

<sup>19</sup> CA de Versailles 24 mars 2005, *CCC* 2005 n°133 obs. M. Malaurie-Vignal : les missions semestrielles confiées par un annonceur à une agence de publicité dont la commande était systématiquement précédée d'une mise en concurrence ne constituent pas une relation commerciale établie, dès lors que le recours à un tel procédé a pour effet de priver les relations commerciales de toute permanence garantie en les plaçant dans une perspective de précarité.

<sup>20</sup> A. De Brosse, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *DéP* 2003 06-2003 n°116.

<sup>21</sup> Cass. com. 15 sept. 2009 n°08-19.200 Bull. n°110.

<sup>22</sup> D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024 Lundi 13 avril 2009 p. 28.

179. – **Incertitudes jurisprudentielles.** Aucune jurisprudence ne se dégage clairement. Dans certains arrêts en effet, la qualification de relation établie a été refusée. Un arrêt de la Cour de cassation<sup>23</sup> nous fournit cependant quelques indications :

« *les relations entre la société BBI et la société Les Ateliers d'origine résultaient de contrats indépendants, intervenant en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par la société BBI au Turkménistan, que la société BBI, qui n'avait pas passé d'accord-cadre avec la société Les Ateliers d'origine, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité sur le marché turkmène et qu'elle avait confié en 2003, après consultations, la confection de voilage pour l'Hôtel du Président à un concurrent plus compétitif; qu'en l'état de ces constatations dont elle a pu déduire l'absence d'une relation commerciale établie entre les deux sociétés* ».

La Haute Juridiction contrôle les critères de qualification de la relation commerciale comme établie par les juges du fond. Il ne ressort aucunement de la lecture de la jurisprudence que le contrat à durée déterminée est exclu du champ d'application de la nouvelle législation. On peut observer que la Cour de cassation prend en compte principalement deux éléments de qualification :

- (i) L'éventuel renouvellement du contrat, ces contrats successifs étant « indépendants » les uns des autres ;
- (ii) l'absence ou la présence d'un cadre contractuel conférant une unité conceptuelle à la relation commerciale.

La jurisprudence n'exige cependant pas que les contrats aient été reconduits, c'est-à-dire qu'ils se soient succédé de façon continue dans le temps. Un simple renouvellement périodique du contrat initial peut suffire : ces contrats, bien qu'indépendants, ont un objet et une cause similaires entre les mêmes parties. Il y a donc une unité conceptuelle qui se dégage.

Ainsi une relation commerciale peut être établie dans le cadre de l'organisation de foires et de salons. Manifestations périodiques, elles se caractérisent par leur régularité. La Cour de cassation<sup>24</sup> décide ainsi que : « *la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie* ».

Cette appréciation jurisprudentielle est heureuse, car elle permet de faire bénéficier de ce régime de responsabilité les professionnels exerçant des activités périodiques telles que les intermittents du spectacle, les intervenants réguliers au sein de formation professionnelle, et autres activités. Dans ces situations, le prestataire compte sur ce renouvellement tacitement convenu sans que pour autant rien d'écrit ait été convenu.

180. – **Critères factuels.** Les critères qui se dégagent sont très factuels, la jurisprudence ne cherchant pas à enfermer une notion pragmatique dans des catégories juridiques connues. Il faut rapporter la preuve de ce que la relation se caractérise par « *la régularité, le caractère significatif et la stabilité* ».

Il convient de souligner l'importance des clauses de renouvellement du contrat permettant d'inscrire la relation commerciale dans la durée. De telles clauses apparaissent comme un élément de preuve de la relation établie entre les partenaires et permettent d'effacer, au moins en partie, la différence première entre les contrats à durée déterminée successifs et le contrat à durée indéterminée. « *La*

<sup>23</sup> Cass. com. 16 déc. 2008 n°07-15.589 Bull. n°207.

<sup>24</sup> Cass. com. 15 sept. 2009 n°08-19.200 Bull. n°110.



*notion de relation commerciale établie permet de dépasser la qualification juridique donnée au contrat par les parties pour embrasser la relation dans sa globalité.* »<sup>25</sup>

Il faut dès lors considérer que toute organisation événementielle périodique et reconductible annuellement pour un temps donné est une relation commerciale établie bien que discontinue.

L'appréciation extensive de la jurisprudence se traduit également dans l'appréciation des parties à la relation.

## **2. Détermination des parties à la relation**

181. – **Détermination des parties à la relation.** La Cour de cassation a étendu la notion de « *relation commerciale établie* » au regard de la qualité des parties contractantes. Les parties ne sont pas considérées en leur qualité de personnes, mais il est tenu compte de leur intégration sociétale.

Ainsi, un groupe de sociétés a appliqué une politique commerciale commune dans le cadre de la fourniture de produits. Les différentes sociétés du groupe sont des personnes morales distinctes, mais intégrées par leur actionnariat. La Cour de cassation a qualifié la « *relation commerciale établie* » envers le distributeur en tenant compte à la fois du contrat passé avec la société fournisseur signataire, et à la fois des contrats passés précédemment avec les autres sociétés du groupe du fournisseur. Ainsi, la Cour de cassation<sup>26</sup> énonce : « *qu'après avoir rappelé les termes du préambule du contrat de 2003, selon lequel la société Nestlé France souhaitait à son tour commercialiser des produits ethniques et, eu égard aux relations nouées antérieurement par la société Charles avec la société Nestlé Maroc pour l'importation des deux potages, avait décidé de prendre appui sur les ressources marketing et industrielles du groupe, la cour d'appel a retenu que les parties avaient ainsi entendu se situer dans la continuation des relations antérieures, le but d'un contrat écrit étant de poursuivre et développer les relations existant entre la société Charles et le groupe Nestlé, en s'appuyant notamment sur l'expérience acquise par la société Charles dans le cadre de son partenariat informel avec la société Nestlé Maroc pour la commercialisation des mêmes produits ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, d'où il ressort que la société Nestlé France avait poursuivi la relation initialement nouée avec la société Nestlé Maroc, la cour d'appel a pu retenir que cette relation avait commencé en 1991 ; que le moyen n'est pas fondé* ».

Cet arrêt publié au bulletin est un tournant à plusieurs points de vue. Il consacre l'existence juridique de groupe de sociétés, malgré l'absence de personnalité morale. C'est ici une avancée majeure en droit des sociétés. Par cette reconnaissance, la relation commerciale n'est plus considérée au regard des seules parties au contrat, mais bien en tenant compte des politiques de groupe et des différents contrats conclus par les sociétés dudit groupe<sup>27</sup>. La Cour de cassation avait amorcé une telle évolution<sup>28</sup>, désormais consacrée. « *C'est une chose, en effet, de faire masse des différents contrats conclus au fil du temps entre les mêmes personnes, c'en est une autre de reconnaître l'existence d'une seule et même relation commerciale par-delà les changements intervenus en la personne du partenaire.* »<sup>29</sup> Il s'agit d'une interprétation in concreto plus économique que juridique qui permet d'adapter la règle de droit à la pratique de groupe des sociétés. La jurisprudence tient compte de la cause du nouveau lien contractuel qui se situe dans la continuité du précédent<sup>30</sup>. Cet arrêt est particulièrement inno-

<sup>25</sup> C. Sévère, « 5-3 La rupture de la relation commerciale établie », *RDC* 05-2004 n°5 Pan. 2003.

<sup>26</sup> Cass. com. 25 septembre 2012 n°11-24.301 Bull. n°NC.

<sup>27</sup> E. Chevrier, « Rupture d'une relation établie : extension de la notion », *D.* 2012 p. 2382.

<sup>28</sup> Cass. com. 2 novembre 2011 n°10-25.323, *D.* 2012 p. 795 note C. Mouly-Guillemaud.

<sup>29</sup> B. Fages, « Par-delà les personnes morales, la relation commerciale », *RTD civ.* 2012 p.721.

<sup>30</sup> C. Mouly-Guillemaud, « La relation établie entre tiers, propagation de la notion et hypertrophie de l'effet », *RDA* 2013 n°78.

vant, car ici il n'y a pas de substitution de partenaire. Il y a bien deux contrats distincts entre des parties autonomes et différentes.

Pour opérer une telle extension de la notion de relation commerciale établie, la Cour de cassation se fonde sur le préambule contractuel. En effet, celui-ci mentionnait les relations contractuelles passées entre le distributeur et l'autre société du groupe. Cette référence inscrit le contrat dans la continuation<sup>31</sup> de la relation contractuelle. Cet arrêt confère donc une reconnaissance juridique au préambule du contrat. Le préambule acquiert ainsi une portée obligatoire et s'affirme comme nouvel outil pour le rédacteur de contrat. Celui-ci doit désormais prendre garde à sa rédaction. Il ne s'agit plus simplement d'évoquer un contexte contractuel.

Il convient d'approuver une telle jurisprudence évolutive qui tient compte de la réalité économique et l'adapte aux règles juridiques.

182. – **Application jurisprudentielle étendue.** La jurisprudence retient assez largement la qualification de relations commerciales établies tout en évitant soigneusement de poser des critères restreignant son pouvoir souverain d'appréciation. Les parties sont donc confrontées à une véritable incertitude juridique et aux différences d'appréciation des juridictions du fond.

Cependant, le fait de considérer la relation contractuelle et non plus le seul contrat est une évolution favorable. Le clivage entre les contrats selon leur durée apparaît occuper une place trop importante dans la doctrine.

183. – **Conclusion.** La qualification de la relation contractuelle comme étant une relation commerciale établie ouvre l'application du régime de la responsabilité civile de la rupture brutale. Nous allons nous intéresser à la notion de « *rupture brutale* », notion qui se révèle également plus factuelle que juridique.

## §2. La « rupture brutale » ?

184. – **Nécessité de définition.** Si la notion de « relation commerciale établie » est une notion sui generis, la terminologie de « rupture brutale » est elle-même très générale ce qui souligne l'importance d'en connaître le sens et le champ d'application. Le praticien a un véritable travail didactique à accomplir afin d'anticiper les modalités de rupture du contrat qui ne seront pas considérées comme « brutales ».

Le législateur se réfère à la notion de « rupture » (A), traduisant par là le manque de théorisation de la fin de contrat et son refus de qualification. Il se réfère encore à la notion de « brutalité » (B), terme pour le moins surprenant en droit. Traditionnellement, on parle plus volontiers de violence, d'abus de droit, ou de mauvaise foi.

### A. La notion de « rupture »

185. – **Définition de la « rupture ».** Que faut-il entendre par le terme de « rupture » ? De même que la notion de « relation commerciale » n'est pas employée dans le vocabulaire juridique traditionnel, la notion de « rupture » ne correspond pas à une qualification juridique précise. Il s'agit d'un terme générique désignant la fin d'une relation, quelle qu'elle soit – on pourrait même inclure le divorce comme rupture du mariage ou le partage comme rupture de l'indivision.

<sup>31</sup> Cass. com. 29 janvier 2008 n°07-12.039 Bull. n°21, *D.* 2008 p. 475 obs. E. Chevrier ; *CCC* 2008 comm. 78 obs. N. Mathey.

En l'espèce, la notion de rupture est à considérer dans le cadre de la « *relation commerciale établie* ». Elle est contextuelle. La rupture peut s'appliquer tant à un contrat à durée indéterminée qu'à des contrats successifs, mais indépendants, ou encore à des contrats intégrés.

Il convient de déterminer si la rupture doit être totale (1) ou si elle peut être partielle (2). Le législateur a encore prévu le cas de la tentative de rupture (3).

### ***1. Rupture totale : quelle rupture ?***

186. – **Les différents mécanismes de rupture du contrat.** La notion de rupture peut être associée à divers mécanismes de fin du contrat — la rupture consistant à mettre un terme à la relation contractuelle. La rupture fait penser spontanément aux mécanismes :

- de la résolution ou de la résiliation pour inexécution ;
- de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.

La rupture peut encore s'entendre du non-renouvellement de la relation contractuelle lorsque celle-ci est amenée à se renouveler périodiquement — ce sera notamment le cas du refus de reconduire le contrat.

187. – **Rupture volontaire ou extérieure aux parties.** Il convient de s'interroger sur la portée de la rupture : sous-tend-elle une action humaine volontaire ou peut-elle résulter de circonstances prédéfinies et automatiques telles que la condition résolutoire<sup>32</sup> ? En d'autres termes, la rupture est-elle un acte juridique unilatéral ou peut-elle résulter de la simple application d'une clause contractuelle automatique ?

La rupture, considérée par le législateur, a pour particularité de devoir être brutale. Si, dans le cadre de la réalisation d'une condition résolutoire, l'évènement peut survenir brutalement, pour autant, cet évènement est anticipé par les parties, il est contractualisé. Les parties savent que l'évènement en question peut se produire en raison de l'aléa qui affecte le contrat. Il semble donc que la rupture extérieure aux parties, telles que la réalisation d'une condition résolutoire, ne puisse pas entrer dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce faite pour la rupture de résulter d'une intervention humaine susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

La jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur une telle question. Il serait opportun d'écarter tout mécanisme extérieur aux parties pour retenir tout mode de fin de contrat fondé sur la volonté d'une partie. Tel est le cas de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, d'une clause de caducité ou d'un acte de résiliation unilatérale.

La rupture totale de la relation commerciale établie entre directement dans les prévisions légales. Une rupture partielle peut-elle suffire pour l'applicabilité de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce ?

### ***2. Rupture partielle : quelle portée ?***

188. – **Notion de rupture partielle.** La rupture peut être soit totale et englober l'ensemble de la relation contractuelle, soit être partielle. Que fait-il entendre alors par la notion de « rupture partielle » ? La rupture partielle de la relation commerciale peut consister :

- soit à rompre une des branches économiques d'une relation contractuelle complexe telle que par exemple la rupture de certains contrats accessoires à un accord-cadre<sup>33</sup> ;

<sup>32</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 « Section 1 : La condition résolutoire », p. 240.

<sup>33</sup> CA Douai 2<sup>ème</sup> ch. 5 déc. 2002 n°02/05070 concernant la rupture d'une activité.

- soit à réduire de façon significative l'objet principal du contrat unique liant les parties, notamment par la diminution du flux d'échanges<sup>34</sup>.

La rupture partielle pourrait également englober la renonciation à certaines clauses accessoires du contrat.

La jurisprudence a refusé de qualifier de rupture partielle l'abandon réciproque de l'exclusivité<sup>35</sup>. Cette jurisprudence tient compte d'une part de la réciprocité de dépendance économique entre les parties, et surtout du fait que ladite renonciation a été décidée pendant l'exécution du préavis. La portée de la rupture ne saurait s'apprécier pendant le préavis, mais bien lors de la prise de décision de rupture du contrat.

Se poserait également la question de la portée du mécanisme de la reconduction tacite judiciaire<sup>36</sup> qui ne renouvelle que les clauses principales du contrat à l'exclusion des clauses accessoires.

189. – **Distinction entre rupture partielle et rupture totale.** La distinction entre la rupture totale et la rupture partielle n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît : en effet, la jurisprudence a pu qualifier la rupture de totale dans certaines situations telles que :

- une baisse significative du chiffre d'affaires<sup>37</sup> ;
- la rupture de certains contrats liés à une opération économique globale elle-même maintenue<sup>38</sup> ;
- lors de la suppression de certaines clauses contractuelles déterminantes du consentement de l'une des parties<sup>39</sup>.

À l'opposé, certaines décisions<sup>40</sup> ont pu décider que la chute brutale du chiffre d'affaires ou des commandes était une forme de rupture partielle.

Il n'est donc pas facile de prévoir pour les parties ce qu'englobe la notion de rupture totale ou partielle. L'appréciation factuelle des juges sera là encore déterminante du régime de la responsabilité civile de la rupture des relations commerciales établies confrontant les parties à une incertitude juridique. Le rédacteur de contrat ne peut pas anticiper la qualification d'une telle rupture, par essence imprévisible. Il reviendra aux plaideurs de préciser la portée voulue de la rupture et aux juges de décider.

190. – **Risque juridique.** L'admission de la rupture partielle dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce présente le risque juridique de porter gravement atteinte à la liberté de rompre et de ne pas contracter. A. De Brosse affirme ainsi que « *La prohibition de la rupture partielle [...] impose une véritable obligation [...] de contracter* »<sup>41</sup> et C. Sévère ajoute que « *cette disposition implique d'anticiper et de connaître l'impact de cette baisse des commandes sur l'activité du fournisseur ou du sous-traitant* »<sup>42</sup> alors que dans le même temps, on ne lui impose pas d'obligation d'assistance à la reconversion de son partenaire.

<sup>34</sup> CA Rouen 3 nov. 1998 n°2187/98 concernant la réduction significative de prestations.

<sup>35</sup> Cass. com. 9 juill. 2013 n°12-20.468 Bull. n°NC.

<sup>36</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 «Les clauses de reconduction *versus* la tacite reconduction», p. 137.

<sup>37</sup> CA Paris 4 mai 2001 n°99/0574.

<sup>38</sup> CA Douai 2<sup>ème</sup> ch. 15 mars 2001 n° 1999 01301.

<sup>39</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> juill. 2003 n°01-00.191 concernant la dénonciation d'une clause d'exclusivité.w

<sup>40</sup> T. com. Roubaix-Tourcoing 26 nov. 1998 Pbc c/ Auchan, *LD* mars 1999.

<sup>41</sup> A. De Brosse, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *DÉP* 2003 06-2003 n°116.

<sup>42</sup> C. Sévère, « 5-3 La rupture de la relation commerciale établie », *RDC* 05-2004 n°5 Pan. 2003.

La question qui pourrait se poser alors au travers de la possibilité de sanctionner la rupture brutale est l'appréciation de l'opportunité d'une politique de groupe de sociétés qui viserait à se délocaliser. Il convient d'espérer que la jurisprudence fera preuve d'une appréciation restrictive de la notion de rupture pour éviter de paralyser les évolutions contractuelles nécessaires à toute relation établie dans le temps. La reconnaissance de l'impact juridique de la notion de groupe de sociétés au stade de la qualification des relations commerciales établies<sup>43</sup> laisse incertaine la position de la jurisprudence quant à la rupture considérée.

Le régime de responsabilité de la rupture suppose que ladite rupture ait été consommée par l'une des parties. Le législateur ne s'est pas arrêté là, il a étendu la responsabilité civile au cas de « tentative » de rupture.

### **3. Tentative de rupture : irruption d'une notion hétéronome**

191.– **Emprunt au droit pénal.** Le législateur, reprenant la notion pénale de « tentative »<sup>44</sup> pour le peu surprenante en droit civil, a prévu de sanctionner, non seulement le délit civil de rupture brutale, mais aussi le délit civil de tentative de rupture brutale. L'article L. 442-6 I 4° du Code de commerce sanctionne le fait : « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir sous la menace d'une rupture totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente manifestement dérogeant aux conditions générales de vente* ».

« *Ce texte incrimine donc la tentative de rupture au même titre que la rupture elle-même, ce qui est une innovation remarquable en droit civil.* »<sup>45</sup> Ce n'est pas donc pas la tentative de rompre en elle-même qui est poursuivie – la liberté contractuelle demeure sauvegardée –, mais le fait de tenter d'obtenir des avantages indus. Sous-jacent à la notion de tentative, l'idée du législateur est de sanctionner la violence, un des vices du consentement dans le droit commun<sup>46</sup>.

La différence que l'on peut noter est que la violence n'a vocation à être prise en compte qu'au moment de la formation du contrat et qu'ici, elle est applicable non seulement aux conditions de renouvellement du contrat, mais aussi, aux conditions de poursuite d'un contrat à durée indéterminée. La DGCCRF considère que ce texte s'applique notamment à des « *pratiques des acheteurs qui exercent des pressions auprès de leurs fournisseurs en utilisant la menace de déréférencement ce qui est de nature à conduire les fournisseurs à mettre en œuvre des pratiques abusives.* »<sup>47</sup>

Il est à regretter que le législateur parle de « tentative ». Cette terminologie crée une confusion des genres (entre civil et pénal) inutile pour obtenir le bénéfice escompté.

192.– **Appréciation des juges.** La notion de rupture est donc une notion très large, sujette à l'appréciation des juges du fond quant aux situations incluses dans le régime légal instauré. Le texte

<sup>43</sup> Cass. com. 25 sept. 2012 n°11-24.301 Bull. n°NC.

<sup>44</sup> Art. 121-4 C. pen. : « *Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.* »

Art. 121-5 C. pen. : « *La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.* ».

<sup>45</sup> A. De Brosse, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *D&P* 06-2003 n°116.

<sup>46</sup> Art. 1111 et 1112 C. civ. notamment Art. 1112 : « *Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.* ».

<sup>47</sup> *DGCCRF*, Documents Fiches pratiques de la concurrence et de la consommation, « Rupture des relations commerciales : menace de rupture et rupture brutale », actualisé en août 2008.

étant d'ordre public, les parties ne semblent pas pouvoir restreindre contractuellement les cas de rupture susceptibles d'engager leur responsabilité, ni même pouvoir exclure leur responsabilité. Heureusement, il ne suffit pas qu'il y ait rupture pour que la responsabilité de l'auteur soit engagée, il faut encore que la rupture soit brutale.

### ***B. La rupture doit être « brutale »***

193. – Caractère brutal de la rupture. Le législateur ne sanctionne pas la rupture en elle-même, mais consacre un délit civil fondé sur la brutalité de la rupture. Ce qualificatif est déterminant du régime de responsabilité mis en place.

L'appréciation de la brutalité de la rupture (1) pose la question de l'existence d'une obligation de motivation (2).

#### ***1. L'appréciation de la brutalité***

194. – **Protection des professionnels.** Le terme de « brutalité » peut paraître inapproprié lorsqu'on évoque les relations entre professionnels. Ce vocable est souvent associé à une idée de domination par la force d'une partie sur l'autre. C'est une forme de violence. Or ici, sont concernées des relations contractuelles commerciales entre des partenaires avertis. Le législateur tempère par cet article la différence de protection légale qu'il peut exister selon que les rapports contractuels soient conclus entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs.

195. – **Caractères de la brutalité.** La rupture peut être qualifiée de brutale quand elle présente certaines caractéristiques. Elle doit être « *imprévisible (a), soudaine (b) et violente (c)* »<sup>48</sup>. Ces indices paraissent appliqués de façon cumulative par la jurisprudence.

##### **a. La rupture imprévisible**

196. – **Imprévisibilité.** La rupture doit d'abord être imprévisible : l'imprévisibilité s'entend du fait que la partie qui subit la rupture — que l'on pourrait qualifier de « victime » — ne pouvait pas anticiper utilement la fin de la relation commerciale.

Ce critère interpelle concernant la succession de contrats à durée déterminée reconduits tacitement. Le terme contractuel lie les parties pour une durée déterminée à l'issue de laquelle chacune des parties est censée retrouver sa liberté de poursuivre ou de rompre la relation. Aucune incertitude ou restriction n'existent : les parties sont considérées connaître la date d'arrivée du terme. La clause de tacite reconduction jouant automatiquement, une procédure de rupture du contrat est en général prévue ce qui disqualifierait le caractère imprévisible de l'évènement. De ce fait, l'article L. 442-6 I 4° du Code de commerce ne pourrait s'appliquer à de tels contrats. C'est la solution qu'a pu retenir la jurisprudence<sup>49</sup> refusant de qualifier la rupture de brutale dans le cadre de la succession de contrats à durée déterminée.

Pourtant, une telle argumentation fait fi à la fois des pratiques commerciales et à la fois de l'esprit du législateur. C'est ici que tout l'intérêt de parler de « *rupture brutale de relations commerciales établies* » recouvre son importance : les contrats à durée déterminée qui se succèdent pour recevoir

<sup>48</sup> CA Montpellier 11 aout 1999, *RJD* 11/99 n°1176.

<sup>49</sup> Cass. com. 9 avril 2002 n°99-15.532, *CCC* janv. 2003 p. 12.



la qualification de « *relations commerciales établies* » devraient pouvoir bénéficier de la législation et de la qualification de brutalité de la rupture.

En pratique, cela concerne plus spécifiquement les contrats de distribution tels que les contrats de référencement prévus annuellement et reconduits tacitement. Leur succession permet de renégocier chaque année les tarifs<sup>50</sup>, mais ne remet pas en cause la continuité de la relation. Par extrapolation, ceux-ci sont pris en application d'un accord-cadre tacitement conclu.

Le régime légal de responsabilité mis en place par le législateur ne peut être compris qu'en intégrant la pratique de la reconduction des contrats. Le critère d'imprévisibilité doit être apprécié factuellement et non juridiquement dans le respect de l'esprit et de la lettre du législateur. Toute autre interprétation vide de sens la terminologie pragmatique de la loi. C'est ici une véritable reconnaissance légale des effets des clauses et mécanismes de renouvellement du contrat au stade de la rupture. S'il n'existe effectivement pas de droit au renouvellement, il existe un droit du renouvellement.

La rupture imprévisible doit encore être soudaine.

### **b. La rupture soudaine**

197. – **Soudaineté.** La rupture soudaine s'entend du fait que la brutalité comporte un effet de surprise – l'autre partie ne s'y attendait pas, elle n'a pas pu anticiper, elle pensait même qu'il n'y aurait pas de rupture, que la relation allait se poursuivre.

Avant que la jurisprudence ne soit légalisée, la Haute Juridiction sanctionnait le fait d'imposer des investissements à son contractant avant une rupture de la relation commerciale sur le terrain de l'abus de droit<sup>51</sup>. Toutefois, il faut noter que les investissements opérés sans sollicitation de l'auteur de la rupture, à la seule initiative de la partie qui subira la rupture, ne sont pas pris en compte. Il convient d'apprécier le comportement de l'auteur de la rupture et non de la victime.

La rupture imprévisible et soudaine doit enfin être violente

### **c. La rupture violente**

198. – **Violence.** La notion de violence se définit comme étant une « *contrainte illicite, acte de force dont le caractère illégitime tient (par atteinte à la paix et à la liberté) à la brutalité du procédé employé (violence physique ou corporelle, matérielle) ou (et), par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale)* »<sup>52</sup>.

Traditionnellement employée lors de la contrainte exercée pour conclure le contrat, elle s'applique lorsque la rupture est imposée par un raisonnement par analogie avec le régime de la formation du contrat. La prise en compte de la violence au stade de la rupture du contrat est une heureuse évolution qui rétablit une forme de justice contractuelle. Elle intègre une réalité et permet de la sanctionner plus facilement.

L'appréciation du caractère brutal de la rupture est laissée à l'appréciation des juges du fond. C'est donc une grande responsabilité qui est confiée aux magistrats. Le rédacteur de contrat est mis devant le fait accompli et n'a ici que peu de moyens de limiter le régime légal mis en place. Le comportement des parties sera déterminant. Est-ce à dire que les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation des motifs de la rupture ?

<sup>50</sup> M. Pédamon, « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », *Bull. d'actualités Lamy Droit économique* déc. 2001.

<sup>51</sup> Cass. com. 7 oct. 1997 n°95-14.158 Bull. n°252 et Cass. com. 20 janv. 1998 n°96-18.353 Bull. n°40.

<sup>52</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.



## 2. Motivation versus brutalité ?

199. – **Absence d'obligation de motivation.** Le principe est clairement posé en jurisprudence : il n'existe aucune obligation de motivation :

- lors de l'exercice de son droit de rompre le contrat à durée indéterminée, règle fondée sur le principe de la prohibition des engagements perpétuels<sup>53</sup> ;
- lors du refus de renouvellement de contrats à durée déterminée, règle fondée sur le principe de libre consentement.

Pourtant, le contrôle des motifs de la rupture est un glissement tentant pour le juge épris d'équité. Certains y ont succombé. Encore aujourd'hui, l'absence de motivation peut être retenue comme un indice de brutalité de la rupture<sup>54</sup>. La Cour de cassation<sup>55</sup> refuse d'imposer une obligation de motivation de la rupture. Cependant, il ressort des décisions des juges du fond que ceux-ci n'y sont pas insensibles.

200. – **Pratique.** Il est à conseiller à l'auteur de la rupture d'adopter une attitude d'une particulière prudence dans l'exercice de son droit, et ce particulièrement lorsqu'il est en position dominante. La Haute Juridiction ne ferme pas hermétiquement la porte à la prise en considération des motifs de la rupture quant à l'appréciation du délit civil de rupture brutale de la relation commerciale établie. Le moment venu, l'auteur de la rupture devra apprécier l'opportunité éventuelle de motiver sa rupture. Malgré le flottement jurisprudentiel, il est à déconseiller au rédacteur de contrat de prévoir une obligation de motivation.

La notion légale de « *rupture brutale* » est donc une notion factuelle laissée à l'appréciation des juges du fond, de façon comparable à la notion légale de « *relations commerciales établies* ». La place des juges est prépondérante, le praticien ne pouvant que s'en remettre à leur appréciation

201. – **Conclusion.** Le législateur a offert une base légale à la jurisprudence plus qu'il n'a mis en place un véritable régime juridique précis. Il a imposé un régime protecteur en faveur du professionnel subissant la rupture de relations commerciales établies. La loi est rédigée de façon à garantir un pouvoir d'appréciation judiciaire par une terminologie factuelle et économique, mais non juridique. Le régime mis en place présente des incertitudes nécessaires à une appréciation in concreto. G. Teboul s'interroge : « *Les outils procéduraux permettent-ils d'assurer un contrepoids aux agissements d'entreprises puissantes, n'hésitant pas au mépris de toute déontologie, à rompre brutalement des relations commerciales établies ou à utiliser des procédés déloyaux pour parvenir à un gain rapide ?* »<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 « Chapitre 1 : Détermination de la durée de la relation contractuelle », p. 23.

<sup>54</sup> CA Paris 8 janv. 2009 n°2009-37.3707.

<sup>55</sup> Cass. com. 16 déc. 2008 n°08-13.423.

<sup>56</sup> G. Teboul, « La cupidité en droit des affaires – propos introductifs », *Gaz. Pal.* n° 363 à 365 du 29 au 31 déc. 2013 p. 4.

## SECTION 2 : LES INCERTITUDES DU RÉGIME

202. – **Anticipation de la rupture.** La décision pour une partie de rompre son contrat, quel qu'il soit et pour quelque cause que ce soit, n'est pas sans risque : aujourd'hui, il existe une réelle incertitude quant au régime de responsabilité de la rupture du contrat. Ces incertitudes obligent les parties à anticiper contractuellement les modalités de rupture de leur engagement. Afin d'éviter toute responsabilité pour faute dans le fait de rompre le contrat, la stipulation d'un préavis semble une solution adaptée (§1). Néanmoins, quelles que soient les stipulations du contrat, il appartient aux juges du fond d'apprécier les éventuelles responsabilités (§2).

### §1. Prévoir un préavis : des difficultés de méthode

203. – **Faire courir la durée du préavis.** La rupture n'est considérée comme brutale que lorsqu'elle est « *imprévisible, soudaine et violente* »<sup>57</sup>. Le respect d'un préavis d'une durée suffisante permet de limiter le risque d'engager sa responsabilité en rompant le contrat. Les parties doivent prévoir d'une part, la mise en place d'un régime de notification de la rupture faisant courir le délai de préavis (A) et d'autre part, un système de calcul de la durée du préavis en fonction de la durée de la relation (B).

#### *A. De la nécessité de stipuler un préavis*

204. – Principe légal d'inspiration solidariste. Le législateur est venu poser le principe de la stipulation d'un préavis en cas de rupture du contrat. L'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce dispose ainsi : « *I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 5° 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.* »

Pourquoi le législateur porte-t-il un tel regard sur la nécessité de respecter un préavis suffisant ? Du point de vue du solidarisme contractuel<sup>58</sup>, le préavis est un moyen de sortir plus en douceur de la relation contractuelle, en permettant de limiter au maximum les conséquences dommageables pour la partie qui subit la rupture. Le but est que celle-ci soit le plus indolore possible pour les parties. Le préavis permet de « *donner à son activité une nouvelle orientation* »<sup>59</sup> ou de « *donner le temps d'envisager les mesures d'adaptation nécessaire pour combler le manque à gagner* »<sup>60</sup>.

Le respect d'une durée suffisante de préavis est donc nécessaire afin de permettre la réalisation de cet objectif. Les parties sont aujourd'hui dépossédées (1) quant à la détermination de la durée suffisante de préavis à respecter (2).

<sup>57</sup> CA Montpellier 11 août 1999, RJDA 11/99 n°1176.

<sup>58</sup> D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in *Mélange F. Terré*, D. 1999. 603 ; C. Jamin, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », in *Mélange Ghestin*, LGDJ 2001 441.

<sup>59</sup> CA Paris 25<sup>ème</sup> ch. 13 oct. 1995 n°14.270/93 et CA Toulouse 2<sup>ème</sup> ch. 23 janv. 2002 n°1998/05.140.

<sup>60</sup> CA Paris 4 mai 2001 n°99/0574.

## 1. *Appréciation de la durée de préavis : les parties dépossédées*

205. – **Intervention du législateur.** Loin de se désintéresser d'une question apparemment purement factuelle, le législateur a prévu un régime précis d'exonération de responsabilité de l'auteur de la rupture. La liberté contractuelle a été restreinte au bénéfice de sources légales de détermination de la durée de préavis.

Il est laissée une place incertaine à la volonté individuelle (a), l'appréciation légale étant primordiale (b).

### a. *La place incertaine laissée à la volonté individuelle*

206. – **Pouvoir de contrôle judiciaire.** Afin d'éviter de commettre une faute dans la rupture du contrat, il est conseillé aux parties de stipuler un préavis dont il convient de déterminer la durée. La question qui se pose alors est de savoir si la prévision d'une telle clause contractuelle libère les parties du pouvoir de contrôle du juge quant à la durée dudit préavis ?

En effet, il pourrait être considéré que par l'effet du consentement, les parties ont d'ores et déjà apprécié quelle était la durée suffisante du préavis. Cela reviendrait à considérer que les parties seraient libres d'aménager contractuellement la durée du préavis prévu par l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Il est ici question de la portée d'ordre public de cet article.

La réponse a été tranchée par la jurisprudence<sup>61</sup> : il ne relève pas du pouvoir contractuel d'abaisser les indications de durée fixées par les différentes sources visées par la loi : « *le fait que les parties aient prévu dans le contrat de distribution exclusive un préavis d'une durée d'une année n'empêche pas le juge de rechercher si le préavis contractuel est suffisant ou raisonnable au regard de l'article L. 442-6 I 5°, les modalités de la rupture négociée entre les parties et notamment la durée du préavis pour mettre fin au contrat ne sont pas laissées à l'entière liberté contractuelle et doivent être conformes audit article.* »<sup>62</sup> La Cour de cassation n'hésite pas à casser les arrêts des Cours d'appel qui n'aurait pas souverainement apprécié la durée de préavis eut égard à la durée de la relation commerciale établie<sup>63</sup>. Le législateur et la jurisprudence ont ici clairement écarté la volonté des parties pour éviter que les stipulations contractuelles ne puissent vider de sa substance le régime de responsabilité mis en place. Le rédacteur de contrat joue là encore un rôle limité.

207. – **Rédaction.** S'il ne relève pas de la liberté des parties de s'affranchir des prévisions légales, d'en prévoir les modalités de fixation au contrat et d'en négocier une durée déterminée ou déterminable en fonction de certains paramètres semble indispensable. En effet, « *la mesure du préavis [étant] une question de fait* »<sup>64</sup>, les juges prendront en compte les prévisions contractuelles, sans pour autant que celles-ci n'écartent leur pouvoir judiciaire d'appréciation.

Il convient donc de déterminer les méthodes d'évaluation de la durée de préavis conformément aux exigences légales.

<sup>61</sup> Cass. com. 12 mai 2004 n°01-12.865 Bull. n°86, *RDC* oct. 2004 p. 943.

<sup>62</sup> CA de Lyon 3<sup>ème</sup> ch., 10 avr. 2003 n°2000/06057.

<sup>63</sup> Cass. com. 22 oct. 2013 n° 12-19.500 Bull. n° NC.

<sup>64</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd. n°1403.

## b. L'appréciation légale primordiale

208. – **Hiérarchie des sources.** Le législateur est intervenu afin de donner des indications impératives quant à la durée « suffisante » de préavis à respecter. Une hiérarchie de sources a été mise en place :

- les usages du commerce et/ou les accords interprofessionnels<sup>65</sup> ;
- à défaut, les arrêtés du ministre de l'Économie : à ce jour, aucun arrêté du ministère de l'Économie n'a encore été adopté.

Dans le silence de ces deux sources du droit, il faut s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Cependant, la Cour de cassation considère que même en présence de telles normes, les juges du fond ont l'obligation d'apprécier la durée suffisante de préavis selon différents critères jurisprudentiels<sup>66</sup>. Par là, la Haute Juridiction réaffirme le rôle primordial du juge quant à ce régime de responsabilité dont la clef est l'appréciation de la durée de préavis.

209. – **Durée du préavis doublée.** Dans certains cas, le législateur considère que la durée du préavis doit être doublée, bien qu'aucune indication quant à cette durée à doubler ne soit donnée :

- la « *fourniture de produits sous marque de distributeur* » : cette mesure s'insère dans la politique légale de lutte contre certaines pratiques en matière de droit de la distribution et notamment la lutte contre le déréférencement abusif<sup>67</sup> ;
- la « *mise en concurrence par enchères à distance* »<sup>68</sup> si la durée du préavis initial est de moins de 6 mois elle est d'au moins un an dans les autres cas. Cette disposition résulterait de la prise en compte de la particulière dépendance économique du cocontractant<sup>69</sup>.

Outre ces maigres indications légales, les parties sont livrées au pouvoir de contrôle des juges quant à la durée de leur préavis. Le rédacteur de contrat retrouve ici un rôle : les stipulations contractuelles, si elles ne lient pas le juge, seront prises en considération.

---

<sup>65</sup> Les usages du commerce et/ou accords interprofessionnels sont :

- Le Code de bonne conduite de la Fédération des magasins du bricolage qui prévoit une fourchette entre deux et douze mois en fonction de la durée de la relation et du chiffre d'affaires ;
- Le règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002 JOCE 1er août 2002 n° L. 203 p. 30 applicable au secteur automobile qui prévoit un préavis minimum de 2 ans pour un contrat à durée indéterminée et un préavis minimum de 6 mois pour un contrat à durée déterminée d'au moins 5 ans ;
- La durée du préavis varie en fonction du chiffre d'affaires pour la Fédération française de l'imprimerie et de la communication graphique ;
- Les usages en matière de contrat de conseil en communication ont été évalués à un préavis de 6 mois - Cass. com. 3 déc. 2002 n°00-16.818.

<sup>66</sup> Cass. com. 3 mai 2012 n°11-10.544 Bull. n°NC ; Cass com. 2 déc. 2008 n°08-10.731 Bull. n°201.

<sup>67</sup> S. Retterer, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.* 2003 p. 1210.

<sup>68</sup> L'enchère à distance est une pratique récente qui depuis la loi n°2000-642 du 10 juill. 2000 autorise notamment les enchères par voie électronique, téléphonique, par voie postale

<sup>69</sup> E. Claudel, Loi n°2005-882 du 2 août 2005 comportant diverses dispositions en faveur des petites et moyennes entreprises, JO du 3 août 2005, p. 12639 ; Circulaire du 8 déc. 2005 relatives aux relations commerciales, disponible sur le site du ministère de l'économie, *RTD com.* 2006 p. 51.

## 2. Détermination de la durée du préavis

210. – **Différents critères jurisprudentiels.** Plusieurs critères sont à considérer pour apprécier la durée du préavis dans le respect des dispositions légales et des décisions judiciaires.

La principale indication donnée par la loi est la considération de la durée de la relation commerciale. Plus la relation commerciale sera longue, plus la durée de préavis devra être longue. Ce critère, déterminant, n'est pas le seul à considérer.

La jurisprudence tient compte de deux critères principaux :

- La durée de la relation contractuelle est bien sûr le premier élément à considérer. La durée est prise en compte en fonction de la nature du contrat – à savoir, s'il est à durée indéterminée ou s'il s'agit de contrats à durée déterminée renouvelés et successifs.
- L'évolution du chiffre d'affaires des échanges entre les parties est le second élément. Il doit être combiné au premier.

D'autres indicateurs sont encore retenus par les juges :

- L'exclusivité des relations des parties ou tout élément indiquant un état de dépendance d'une partie par rapport à l'autre : cet élément est d'autant plus important que la jurisprudence n'impose pas d'obligation d'assistance à la reconversion<sup>70</sup>. Le délai de préavis sert d'équilibrage entre les intérêts des parties. Les juges auront dès lors tendance à se montrer plus rigoureux en fonction des circonstances de la rupture ;
- Les clauses de stocks<sup>71</sup> pouvant prévoir une obligation de restitution, de destruction ou autorisant leur écoulement, les prévisions contractuelles de l'après-contrat doivent être analysées en considérant leur impact global. Il en ressort toute l'importance pour les parties inscrivant leur relation commerciale dans une continuité temporelle de penser leur après-contrat non par éléments indépendants les uns des autres, mais véritablement d'en apprécier l'économie.

211. – **Conseils.** C'est à l'aune de la conjonction de ces éléments qu'il convient d'apprécier la durée du préavis. Il est donc très difficile pour les parties de savoir *ab initio* quelle durée sera suffisante pour les juges. Il ne suffit pas de répertorier les décisions judiciaires qui admettent telle ou telle durée de préavis, il faut opérer une véritable analyse de facto. Il est à conseiller d'apprécier la durée du préavis à deux instants :

- lors de la conclusion du contrat, la clause de préavis peut prévoir une durée variant en fonction de l'évolution des relations d'affaires en chiffre et en temps. Une telle prise en compte est possible dans le cadre des contrats de distribution comme dans les contrats de prestation de services ;

### ■ Exemple :

« La durée de préavis est de :

- [à compléter] mois les [à compléter] premières années (première période) ;
- [à compléter] mois les [à compléter] années suivantes (deuxième période) ;
- puis à [à compléter] par la suite (troisième période).

La durée de préavis pourra être augmentée de [à compléter] mois si le courant d'affaires entre les parties excédait :

- [à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la première période ;

<sup>70</sup> Cass. com. 6 mai 2002 n°99-14.093 Bull. n°81 : « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vu de sa reconversion ».

<sup>71</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 «Les restitutions de marchandises en cas d'extinction non rétroactive», p. 349.

- [à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la seconde période ;

- [à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la troisième période.

*Au-delà, la durée du préavis pourra être renégociée par les parties tenant compte de la durée de la relation et de l'évolution du chiffre d'affaires. »*

- Lors de la résolution du contrat, il pourra être opportun pour l'auteur de la rupture d'accorder un délai plus long à son partenaire compte tenu des critères factuels pouvant différer des prévisions initiales.

#### ■ Exemple :

*« Dans tous les cas, la partie qui souhaite rompre le contrat peut octroyer une durée de préavis supérieure à celle prévue au contrat, l'autre partie étant alors libre de ramener la durée de préavis à celle initialement fixée au contrat. »*

Le rédacteur de contrat doit donc faire preuve de souplesse dans la rédaction de la clause de préavis et attirer l'attention des parties sur cet aspect lors de la signature du contrat. Il a donc une véritable obligation de conseil.

212. – De ce régime pour le moins incertain, il apparaît difficile pour les parties de se préserver totalement de leur responsabilité lors de l'exercice du droit de rupture de la relation contractuelle. Une fois la durée de préavis choisie ou imposée par l'auteur de la rupture, il convient de respecter une règle de forme : la notification écrite du préavis faisant courir le délai ainsi accordé.

### ***B. La mise en œuvre du droit de rompre : de la nécessité d'une notification du préavis***

213. – **Point de départ du préavis.** La durée de préavis doit encore respecter une règle de forme : elle doit être écrite. Peu importe la durée du préavis, si celle-ci n'est pas écrite, la responsabilité de l'auteur de la rupture pourra toujours être recherchée.

Généralement, les parties prévoient une notification par lettre recommandée avec accusé de réception. Il peut encore être prévu une dénonciation par acte authentique ou par acte d'avocat. Cette notification devra comporter les mentions suivantes :

- la décision de mettre un terme à la relation contractuelle dans le cas des contrats à durée indéterminée ou la décision de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée ;
- la date de prise d'effet de la rupture ;
- le point de départ de la notification faisant courir le délai de préavis : ce point de départ peut notamment être l'envoi ou la réception de la notification ;
- la mention du délai de préavis.

214. – **Motivation de la durée de préavis ?** Outre ces éléments, il peut être opportun pour l'auteur de la rupture de mentionner les éléments ayant permis de déterminer la durée du préavis.

Cependant, aucune justification des motifs de la rupture n'est ni requise<sup>72</sup>, ni forcément souhaitable. Mentionner les motifs, c'est permettre au juge de s'immiscer dans les choix du cocontractant, et de lui laisser la possibilité d'apprécier l'opportunité de la décision de rompre le contrat. C'est

<sup>72</sup> Cass. com. 4 janv.1994 n°91-18170 Bull. n°13.



prendre le risque d'être sanctionné sur le terrain de l'abus de droit si les motifs ne sont pas exacts<sup>73</sup>. Il convient de bien distinguer la motivation de la durée de préavis de la motivation de la rupture.

215. – **Rédaction de la notification.** La rédaction de la notification de la rupture, point de départ du délai de préavis, exigera une vigilance particulière. Outre les dispositions légales spécifiques imposant une durée de préavis, les parties ont grand intérêt à stipuler une clause de préavis prévoyant d'une part la forme du préavis et d'autre part une durée variable de préavis en fonction de la durée de la relation, du chiffre d'affaires généré par la relation, des clauses d'exclusivité et d'après-contrat.

#### ■ Exemple :

« Par la présente, il vous est notifié la décision de rompre le contrat conclu le [à compléter] dans le respect des stipulations contractuelles et notamment de l'article x du contrat ci-après reproduit.

La rupture prendra effet dans le délai de préavis convenu de [à compléter] commençant à courir à compter de la première présentation par les services postaux de la présente. La durée de préavis tient compte du flux d'affaires et de la durée de la relation.

Le contrat prendra donc fin le [à compléter] ».

216. – **Conclusion.** La prévision d'un préavis d'une durée suffisante est une obligation tant légale que jurisprudentielle pour l'auteur de la rupture. Cependant, ce dernier est confronté à une véritable incertitude juridique quant à la détermination de la durée suffisante. Or, le non-respect des exigences légales et jurisprudentielles a pour conséquence que l'auteur de la rupture voit sa responsabilité engagée, quand bien la décision de rompre le contrat est fondée au regard de l'inexécution de son partenaire contractuel. Nous allons à présent étudier la responsabilité de l'auteur de la rupture.

## §2. Quelle responsabilité ?

217. – **Incertitude quant à la responsabilité civile.** Venant substituer une jurisprudence qui sanctionnait la rupture tantôt sur le fondement de l'article 1134 du Code civil tantôt sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la loi du 15 mai 2001<sup>74</sup> adoptant la rédaction de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, s'est abstenue de définir la nature de la responsabilité applicable. Cet article est inséré au sein du chapitre du Code de commerce portant sur « les pratiques restrictives de concurrence ».

218. – **Distinction entre deux délits civils.** Il convient de distinguer le régime de responsabilité en fonction de l'abus de droit ou de la brutalité de la rupture des relations commerciales établies. En effet, deux délits se côtoient : le délit de rupture brutale des relations commerciales (B) et le délit de rupture abusive (A). Cette distinction, loin de remonter à l'adoption de la loi de 2001, traduit une continuité avec la jurisprudence antérieure qui distinguait déjà entre les deux délits civils<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> CA Paris 17 fév. 1992, CCC 1992 n°52 obs. L. Vogel.

<sup>74</sup> Loi du 15 mai 2001 n°2001-420.

<sup>75</sup> Rupture brutale : Cass. com. 5 déc. 1984 n°83-14.273 Bull. n°332 ; Abus du droit de rompre : Cass. com. 13 déc. 1994 n°92-16.152 Bull. n°372.



## ***A. Régime de responsabilité pour rupture abusive des relations commerciales***

219. – **Rupture abusive versus rupture brutale.** L'abus du droit de rompre n'est pas encadré par l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Le régime de responsabilité est spécifique. Il convient d'apprécier la notion de rupture abusive (1) par opposition avec la notion de rupture brutale afin de déterminer le régime de responsabilité spécifique en vigueur (2) et son fondement (3).

### ***1. Notion de « rupture abusive »***

220. – **Cumul de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce et de l'abus de droit.** La notion d'abus de droit demeure en vigueur et se cumule avec la notion de rupture brutale. « *Le droit de résiliation unilatérale s'arrête là où commence l'abus* »<sup>76</sup>.

La théorie de l'abus de droit n'est pas allée de soi. Confronté à une forte opposition<sup>77</sup>, E. Josserand<sup>78</sup> a expliqué que tout droit est par nature limité par l'abus. « *L'abus de droit est une faute dans l'usage des droits. Elle doit donc être distinguée de la faute commise en sortant de son droit. Il n'y a plus abus de droit, mais "défaut de droit", comme dans le cas du cultivateur qui pousse sa charrue sur le champ du voisin* »<sup>79</sup>. Traditionnellement s'opposait la conception subjective rattachée à G. Ripert et la conception objective rattachée à E. Josserand. Cependant, cette distinction est à atténuer, E. Josserand soulignant que : « *la théorie de l'abus de droit met en rapport l'objectif et le subjectif par cela même qu'elle entraîne nécessairement la confrontation d'un acte, production d'une volonté juridique, avec la fonction sociale d'un droit, concept objectif* »<sup>80</sup>.

Il convient d'approuver une telle conception qui englobe une variété de situations sans avoir à opérer de distinction difficile selon les cas d'espèce. La généralité de la notion d'abus est à privilégier.

221. – **Appréciation de l'abus du droit de rompre.** L'appréciation de l'abus de droit est variable selon la nature du droit concerné, la jurisprudence n'ayant pas unifié la notion. Ainsi de remarquer : « *Pour les uns, ce sera l'intention de nuire pure et simple [...] ; pour d'autres, ce sera la faute plus ou moins grave ; pour d'autres enfin, l'absence de motif légitime* »<sup>81</sup>.

En l'espèce, il est reconnu aux parties le droit de rompre leur contrat. Ce qui est sanctionné dans le cadre de l'abus de droit, c'est le fait pour l'auteur de la rupture de commettre une faute dans la mise en œuvre de son droit. La notion de « rupture abusive » peut se définir « *[comme étant] celle qui est faite de mauvaise foi ou d'une manière fautive, la faute n'étant pas liée à la brutalité, mais aux circonstances qui entourent la rupture* »<sup>82</sup>.

Ainsi, le préavis peut bien être d'une durée suffisante, la rupture peut être non brutale, et pour autant elle peut être abusive. Il en ressort que les régimes de responsabilité pour rupture brutale et pour rupture abusive se cumulent et ne viennent pas sanctionner le même délit.

Il convient de s'intéresser au régime de la responsabilité pour rupture abusive.

<sup>76</sup> C. Sévère, « 5-3 La rupture de la relation commerciale établie », *RCD* 05-2004 n°5 Pan. 2003.

<sup>77</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> éd., 1949, LGDJ, n°91 : « la théorie de l'abus de droit n'a aucun sens » ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 9<sup>ème</sup> éd., 1923, n° 871.

<sup>78</sup> E. Josserand, *De l'abus des droits*, 1905, Rousseau.

<sup>79</sup> Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3<sup>ème</sup> éd., 1982, D., n°1943.

<sup>80</sup> E. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd., 1939, D., n°303.

<sup>81</sup> H. Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365, spéc. p. 375.

<sup>82</sup> A. De Brosses, « La rupture fautive de relations commerciales établies », *D&P* 06-2003 n°116.

## ***2. Régime de la rupture abusive***

222. – **Cumul entre les régimes de responsabilité.** L'abus de droit peut être retenu dans différentes hypothèses, incluant toutes celles de la rupture brutale, mais aussi les cas de rupture brutale lorsque la relation commerciale n'est pas établie, ou encore lorsqu'il y a intention de nuire, tromperie, manquements contractuels.

Le régime du délit de rupture brutale des relations commerciales établies est plus favorable à la victime de la rupture que celui de l'abus du droit de rompre : en effet, la charge de la preuve pèse plus lourdement sur la victime d'un abus de droit. Par contre, les parties peuvent trouver une solution de repli sur le terrain de l'abus de droit lorsque la relation commerciale ne sera pas qualifiée de relation établie. La partie à un contrat à durée déterminée qui ne pourrait pas bénéficier du régime de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce pourra toujours venir rechercher la responsabilité du cocontractant sur le terrain de l'abus de droit dont le champ d'application est plus large. En cas de contentieux du non-renouvellement de contrats à durée déterminée, le plaideur intervenant au soutien des intérêts de la partie subissant le non-renouvellement aura tout intérêt à cumuler les fondements de son action.

Il convient dès lors de s'intéresser au fondement de la responsabilité.

### ***3. Fondement de la responsabilité***

223. – **Responsabilité contractuelle et/ou délictuelle.** Il a pu être soutenu qu'à chacun des délits correspondrait une nature de responsabilité ou que les deux délits relèveraient du même régime juridique. Tel n'est pas le cas.

Le fondement retenu par la jurisprudence concernant l'abus de droit peut être soit l'article 1382 du Code civil – responsabilité délictuelle, soit les articles 1134 et 1135 du Code civil – responsabilité contractuelle.

Ni le législateur, ni le juge, ni même la pratique ne distinguent plus entre les régimes de responsabilité, l'article 1150 du Code civil ayant cessé de recevoir application. Les seules différences qui persistent portent sur la limitation de la responsabilité et l'évaluation des dommages et intérêts. Une telle évolution est inéluctable, les différences selon les fondements de la responsabilité engagée s'effaçant au profit d'une unité de régime. Il est à regretter que le législateur se limite à édicter des dispositions particulières sans entamer une réelle refonte du droit de la responsabilité.

Le délit de rupture abusive côtoie le délit de rupture brutale des relations commerciales établies, lequel fait face à de graves incertitudes.

#### ***B. Le délit de rupture brutale des relations commerciales établies***

224. – **Régime de responsabilité particulier.** Le délit de rupture brutale des relations commerciales établies met en place un régime de responsabilité particulier. Confrontée à une indétermination du régime de responsabilité mis en place, la jurisprudence a adopté une position regrettable (1). Il n'en demeure pas moins que l'auteur de la rupture qui a engagé sa responsabilité est tenu d'indemniser son partenaire contractuel (2).

## 1. Indétermination du régime de responsabilité

225. – **Incertitudes doctrinales.** Dans le silence de la loi, le délit civil de rupture brutale des relations commerciales établies relève soit du régime de la responsabilité contractuelle soit de celui de la responsabilité délictuelle, selon les courants doctrinaux.

Certains auteurs, tels que C. Sévère<sup>83</sup>, estiment qu'il s'agit évidemment de responsabilité contractuelle. « *L'article L. 442-6 I 5° du code de commerce définit un cas de responsabilité contractuelle relevant de la compétence des tribunaux de commerce et non une infraction relevant stricto sensu du droit de la concurrence.* »

D'autres auteurs considèrent que le délit de rupture brutale des relations commerciales établies relève du régime de la responsabilité délictuelle<sup>84</sup>. En effet, ils considèrent que « *la solution paraît évidente dès lors que cette rupture met fin non pas à un contrat, mais à un courant d'affaires, c'est-à-dire à une succession discontinue de contrats constituant la "relation commerciale"* ».

226. – **Position jurisprudentielle.** La Cour de cassation<sup>85</sup> a décidé de retenir la qualification de responsabilité délictuelle : « *la société [...] avait assigné la société [...] exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur* ». Il s'agit d'une décision publiée au bulletin par la Haute Juridiction qui a donc vocation à déterminer le régime de responsabilité de la rupture des relations.

Une des conséquences de cette qualification du régime de responsabilité est que la Cour de cassation admette qu'un tiers au contrat puisse agir en responsabilité délictuelle en invoquant le manquement à une obligation contractuelle à savoir la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie à laquelle il n'est pas parti dès lors qu'il justifie d'un préjudice<sup>86</sup>.

227. – **Critique.** La majorité de la doctrine<sup>87</sup> approuve une telle qualification. Pourtant, cette décision est pour le moins contestable en ce sens que l'application de la responsabilité délictuelle aurait pour conséquence d'exclure l'application des clauses de résolution des différends (clause attributive de compétence et clause compromissoire) ou encore les clauses de responsabilité (clause pénale et clause limitative de responsabilité). Or telle n'est pas le cas.

Tout d'abord, la jurisprudence retient l'application de ces clauses de résolution des conflits<sup>88</sup> malgré le régime de responsabilité délictuelle. Le droit international invite à reconnaître l'application des

<sup>83</sup> C. Sévère, « 5-3 La rupture de la relation commerciale établie », *RJDC* 05-2004 n°5 Pan. 2003.

<sup>84</sup> D. Ferré et R. Pihéry, « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n°1024 Lundi 13 avr. 2009 p. 27.

<sup>85</sup> Cass. com. 13 janv. 2009 n°08-13.971 Bull. n°3 ; Cass. com. 21 oct. 2008 n°07-12.336 ; Cass. com. 6 fév. 2007 n°04-13.178 Bull. n°21, *D.* 2007. 653 obs. E. Chevrier, *D.* 2007.1694 obs. A. Ballot-Léna, *JCP G* 2007. II. 10108 obs. F. Marmoz, *RDC* 2007.731 obs. J.-S. Borghetti, *JCP E* 2008.1638 obs. D. Mainguy, *RTD civ.* 2007.343 obs. J. Mestre et B. Fages, *RTD com.* 2008. 210 obs. P. Delebecque.

<sup>86</sup> Cass. com. 6 sept. 2011 n°10-11.975 Bull. n°126.

<sup>87</sup> D. Mazeaud, *RDC* 2009. 1016 ; J.-S. Borghetti, *RDC* 2007.731.

<sup>88</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2007 n°06-10.946, *D.* 2007.951 obs. E. Chevrier, *JCP E* 2008.1638 obs. D. Mainguy, *RTD com.* 2008.210 obs. P. Delebecque ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n°07-15.823, *D.* 2009.200 obs. F. Jaults-Seseke, *D.* 2009.684 C. obs. A. Huet, *CCC* 2008 n°270 obs. M. Malaurie-

clauses du contrat<sup>89</sup>. Ensuite, les clauses de responsabilité ont vocation à s'appliquer quant à l'indemnisation du partenaire subissant la rupture.

Enfin, l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce traite de la « *rupture brutale* » d'une « *relation commerciale établie* ». Dès lors, comment considérer que le mode de rupture appliquant les termes du contrat ne soit plus le contrat ? La rupture est liée au contrat : dans les deux délits de rupture brutale et de rupture abusive, le fait générateur est situé durant la relation contractuelle. Il paraîtrait donc cohérent de se placer sous le signe de la responsabilité contractuelle. De même que ce qui précède le contrat n'est pas encore le contrat, ce qui suit le contrat n'est plus le contrat ; corrélativement, la conclusion du contrat est déjà le contrat – les vices du consentement pour prendre un seul exemple ; et la rupture du contrat est encore le contrat.

Il est regrettable que la Cour de cassation ait adopté une telle solution. Il est à espérer qu'elle revienne à une plus grande orthodoxie si tant est que la distinction entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle soit maintenue.

228. – **Responsabilité *sui generis***. L'article L. 442-96 I 5° du Code de commerce pourrait être considéré comme une responsabilité *sui generis* cumulant tout à la fois le régime de la responsabilité délictuelle et le régime de responsabilité contractuelle. Elle ne serait alors ni contractuelle ni délictuelle<sup>90</sup>. Cela correspondrait au mouvement légal de ces dernières années conduisant à dépasser les différences entre responsabilité contractuelle et délictuelle en instaurant des régimes de responsabilités dérogatoires<sup>91</sup>.

Quel que soit le régime de responsabilité retenue, le partenaire contractuel peut prétendre à une indemnisation.

## ***2. Indemnisation du partenaire contractuel***

229. – **Indemnisation importante ?** L'enjeu du régime de responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies réside pour l'auteur dans l'indemnisation éventuelle de son partenaire contractuel.

Le régime de responsabilité est celui de droit commun : le partenaire subissant la rupture a le droit à être indemnisé de l'intégralité de ses chefs de préjudice en lien de causalité avec la rupture. Les sommes pourraient être particulièrement importantes au regard du préjudice pour perte de chance dans un contexte de difficultés économiques. Cependant, l'indemnisation à laquelle peut prétendre la partie subissant la rupture tient compte de la durée considérée comme suffisante du préavis<sup>92</sup>. Cette appréciation jurisprudentielle vient limiter les risques pécuniaires d'un tel régime, qui pourrait s'avérer dans le cas contraire une dissuasion à la rupture du contrat.

---

Vignal, *RDC* 2009. 691 obs. M. Béhar-Touchais, *JCP E* 2009.1479 obs. D. Mainguy, *Rev. Crit. DIP* 2009 1 obs. D. Bureau et H. Muir Watt ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 juill. 2010 n°09-67.013, *D.* 2010. 2884 obs. M. Audit et O. Cuperlier.

<sup>89</sup> D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.1495.

<sup>90</sup> D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.1495.

<sup>91</sup> Ex : la responsabilité des produits défectueux, la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation.

<sup>92</sup> Cass. com. 9 juill. 2013 n°12-20.468 Bull. n°NC.

O. Deshayes<sup>93</sup> a procédé à une analyse détaillée de la jurisprudence et propose un tableau du dommage réparable en fonction du secteur d'activité, de la durée des relations, de la durée du préavis jugée raisonnable, des chefs de préjudices réparés et des montants alloués. Au titre des préjudices indemnisés, la jurisprudence reçoit notamment la perte de marge durant la durée de préavis lorsque celle-ci n'était pas suffisante ; l'atteinte à l'image ; les licenciements ; la perte de valeur de matériels. L'auteur de la rupture doit donc être particulièrement vigilant dans le cadre de la mise en œuvre de son droit de rupture, et ce même si la relation est entre professionnels.

230.– Le régime légal de responsabilité de rupture brutale des relations commerciales établies est spécifique. Le législateur tient compte des situations empiriques. Les rédacteurs de contrat doivent donc faire preuve d'une particulière vigilance : car dès la conclusion du contrat, il convient d'anticiper l'évolution de la relation commerciale nouvellement établie.

### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** Il est à conseiller aux contractants de stipuler une clause contractuelle régissant le régime de la rupture du contrat intégrant le régime légal des relations commerciales établies et ce quelque soit le contrat en cause.

#### ■ Exemple de clauses à prévoir dans un contrat à durée indéterminée

**Conseils de rédaction.** La durée de préavis pour résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée doit prendre en compte la durée de la relation commerciale. Plus la relation sera longue, plus la durée du préavis devra être longue.

L'ouvrage dirigé par le professeur Mousseron<sup>94</sup> propose une clause de préavis rédigée comme suit : « *Le présent contrat est à durée indéterminée. Chaque partie aura la faculté de le résilier dans le simple respect d'un préavis dont le délai sera fixé à 3 mois pour les 5 premières années, 6 mois pour les suivantes, 1 an par la suite.*

*Le présent dispositif pourra être modifié par les parties si le fournisseur exigeait du distributeur des investissements excédant une valeur de x euros. »*

On pourrait également proposer la formulation suivante :

*« Le présent contrat conclu à durée indéterminée pourra être résilié à tout moment et sans justification par l'une des parties sous réserve du respect d'un préavis qui devra être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception.*

*La durée de préavis est de :*

- *x mois les x premières années (première période) ;*
- *x mois pour les x années suivantes (deuxième période) ;*
- *x par la suite (troisième période).*

*La durée de préavis pourra être augmentée de x mois si le courant d'affaires entre les parties excédait :*

- *0.000,00 euros de chiffre d'affaires à l'issue de la première période ;*

<sup>93</sup> O. Deshayes, « Le Dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RCD* 2010.51.

<sup>94</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd. n°1401.

- 0.000,00 euros de chiffre d'affaires à l'issue de la seconde période ;
- 0.000,00 euros de chiffre d'affaires à l'issue de la troisième période.

*Au-delà, la durée du préavis pourra être renégociée par les parties tenant compte de la durée de la relation et de l'évolution du chiffre d'affaires.*

*Dans tous les cas, la partie qui souhaite rompre le contrat peut octroyer une durée de préavis supérieure à celle prévue au contrat, l'autre partie étant alors libre de ramener la durée de préavis à celle initialement fixée au contrat. »*

### ■ Exemple de clauses à prévoir dans un contrat à durée déterminée

**Conseils de rédaction.** La rédaction d'une clause de préavis intégrant la durée de la relation commerciale établie est délicate dans le cadre de contrat à durée déterminée. La clause de préavis doit tenir compte des mécanismes contractuels de renouvellement du contrat tels que la tacite reconduction ou la reconduction expresse. Le présent exemple concerne des contrats renouvelables tacitement.

*« Le présent contrat conclu à durée déterminée pourra ne pas être renouvelé, et cela sans justification par l'une ou l'autre des parties à l'arrivée du terme contractuel sous réserve du respect d'un préavis d'une durée de x mois qui devra être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception.*

*La durée de préavis sera augmentée lors des reconductions du contrat. La durée sera donc :*

- x mois lors du premier renouvellement ;
- x mois lors du second renouvellement ;
- x pour les autres renouvellements.

*La durée de préavis pourra être renégociée à l'issue du troisième renouvellement du contrat. La négociation tiendra compte de la durée de la relation et de l'évolution du chiffre d'affaires entre les parties.*

*Dans tous les cas, la partie qui souhaite rompre le contrat peut octroyer une durée de préavis supérieure à celle prévue au contrat, l'autre partie étant alors libre de ramener la durée de préavis à celle initialement fixée au contrat. »*



## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 1

231.– **Synthèse.** Le législateur a mis en place un régime de responsabilité originale en cas de rupture brutale des relations commerciales établies. La rupture brutale des relations commerciales établies peut être définie comme suit : la rupture totale ou partielle, ou la tentative de rompre d'une relation commerciale globale, continue et durable entre deux entités économiques, de manière imprévisible, soudaine, et violente.

Afin d'échapper à ce régime de responsabilité, les parties doivent prévoir que la rupture sera précédée du respect d'un préavis d'une durée suffisante. La durée de préavis pour être suffisante doit tenir compte de la durée de la relation et du chiffre d'affaires réalisés entre les cocontractants. Elle devra encore prendre en compte l'éventuelle dépendance économique des parties et les stipulations régissant l'après-contrat telles que la clause de stock.

Le non-respect d'une durée de préavis suffisante engage la responsabilité de l'auteur de la rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Le régime légal de responsabilité de rupture brutale des relations commerciales établies est original non par sa nouveauté, celui-ci ne faisant qu'entériner une jurisprudence établie, mais par l'usage de notions économiques.

Dans un contexte où prime la liberté contractuelle, le rôle du juge est ici primordial afin de rétablir une justice contractuelle au profit du professionnel. Le législateur n'a pas hésité à faire fi des notions juridiques pour tenir compte de situations empiriques. Le professionnel a lui aussi son régime protecteur particulier, qui côtoie celui du consommateur. Il est à regretter que le droit commun soit mis à mal par le développement des régimes dérogatoires qui manquent de généralité et de cohérence. Reste aux parties d'intégrer cette législation dans le cadre de la rédaction de clause de rupture.



## CONCLUSION DU TITRE 1 DE LA PARTIE 1

« *La durée est essentiellement une continuation de ce qui n'est plus dans ce qui est.* »

*H. Bergson, Durée et simultanéité*

232. – **Évolution du droit.** L'armature traditionnelle du droit des contrats consistant à lier la rupture du contrat à sa durée déterminée ou indéterminée est remise en question par l'évolution de la législation, de la jurisprudence et de la pratique. En principe, le contrat à durée déterminée prend fin par l'arrivée du terme tandis que le contrat à durée indéterminée prend fin par le droit de résiliation unilatérale.

Le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée tendent à se rapprocher gommant les divergences quant aux mécanismes de rupture applicables.

Aujourd'hui, divers mécanismes de rupture sont communs à ces deux contrats. La pratique prévoit ainsi des clauses spécifiques telles que la clause de résiliation unilatérale, la convention de *mutuus dissensus* ou la clause de force majeure par exemple.

Le législateur, quant à lui, a mis en place un régime original de rupture fondé sur des notions plus économiques que juridiques. Ainsi, il a créé le régime de la rupture brutale de la relation commerciale établie applicable aux contrats sans distinction selon leur durée.

233. – **Évolution de la durée contractuelle.** La place de la durée contractuelle évolue d'une vision objective fondée sur le temps mathématique vers une vision plus subjective fondée sur la durée des relations entre les parties et l'intensité du lien contractuel créé.

---

## TITRE 2 :

### LE MAINTIEN DE LA RELATION CONTRACTUELLE

---

#### INTRODUCTION

« *Fabriquer des décrets pour deux lieues de terrain et deux jours de durée* »

*Victor Hugo, Bug-Jargal.*<sup>1</sup>

234. – **Terme déterminé et sécurité.** Les parties souhaitent parfois inscrire leur relation dans une forme de sécurité : le terme extinctif déterminé de leur contrat leur offre cette sécurité. En effet, la force obligatoire du contrat leur assure que pendant le délai fixé par le contrat, le partenaire sera tenu d'exécuter les obligations convenues<sup>2</sup>. Le terme extinctif déterminé offre également comme avantage de permettre aux parties de rompre leur relation à des échéances connues et consenties. Il arrive cependant que ce terme ne convienne pas aux parties. Parfois, elles manquent de temps pour accomplir l'objet du contrat. Dans d'autres circonstances, elles veulent poursuivre leur relation dans les mêmes conditions. Le rédacteur de contrat dispose de différents outils qui vont permettre d'adapter le temps du contrat aux besoins des parties. La durée de la relation contractuelle est modulable en fonction de l'évolution des intérêts des parties.

235. – **Plan.** Le temps du contrat à durée déterminée n'est qu'une indication et non un élément définitif. En effet, deux clauses permettent d'en aménager les effets :

- il s'agit d'une part de la clause de prorogation qui permet d'étirer le contrat dans le temps. Celui-ci durera plus longtemps que ce qui avait été initialement convenu ;
- il s'agit d'autre part de la clause de reconduction qui permet de conclure à nouveau le même contrat. Différents contrats identiques se succèdent alors dans le temps.

---

<sup>1</sup> V. Hugo, *Bug-Jargal*, 1826, p. 74.

<sup>2</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771 n°5.

## CHAPITRE 1 : LA CLAUSE DE PROROGATION

(CHAPITRE 2 : LA CLAUSE DE RECONDUCTION)

### INTRODUCTION

*« La certitude qu'elle était en train de faire une course avec Françoise,  
qu'elle reviendrait avec celle-ci à un moment prochain  
et que j'eusse volontiers prorogé »*

*M. Proust*, La Prisonnière, Gallimard 1923, p.157

236. – **Maintien du contrat au-delà du terme.** Parfois, au moment de se séparer, les parties voudraient encore prolonger la relation qui les unit. La prolonger parce qu'elles n'ont pas eu le temps de faire tout ce qu'elles avaient convenu dans le délai imparti ou la prolonger parce que, pendant la durée de cette relation, un événement l'a écourtée. C'est « le cas où les parties sont si heureuses de ce lien contractuel que la durée prévue initialement leur a paru un peu trop courte et qu'elles veulent le prolonger »<sup>1</sup>. La clause de prorogation joue ce rôle principalement. Cette clause vient faire survivre momentanément le contrat en accordant par exemple un délai de grâce au retardataire ou en prolongeant le contrat suspendu du fait de la survenance d'un événement causé par un cas recouvrant les caractéristiques de la force majeure. Prévue au sein des contrats conclus pour une durée déterminée, elle reporte dans le temps les effets du terme extinctif. Le même contrat se poursuit, en sursis.

237. – **Définition.** La prorogation consiste à modifier le terme extinctif du contrat par « son prolongement et permet de différer ou de supprimer le terme extinctif prévu initialement au contrat et partant de prolonger son existence »<sup>2</sup>. Le terme extinctif joue en principe automatiquement, sauf à en prévoir son possible « étirement conventionnel »<sup>3</sup>.

Restant indifférent à la problématique de la durée contractuelle, le législateur ne s'est pas soucié de définir le mécanisme de la prorogation. En effet, « les parties sont libres de fixer la durée de leur convention sous réserve des dispositions légales et réglementaires impératives »<sup>4</sup>. Le praticien dispose d'une grande liberté dans l'usage de la clause de prorogation.

238. – **Terminologie.** Une incertitude de vocabulaire existe en la matière : la « prolongation », terme couramment usité, est-elle synonyme de « prorogation » ?

<sup>1</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 126.

<sup>2</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4ème éd. n°539 p. 228.

<sup>3</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, P. Grignon, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005, p. 247 §297.

<sup>4</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, P. Grignon, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005, p. 247 §297.

Le terme de « prolongation » est majoritairement associé au mécanisme de la prorogation, mais ce n'est pas un terme juridique. Il convient de retenir le vocable de « prorogation » afin d'éviter toute confusion de langage notamment avec le mécanisme proche, mais bien distinct de la reconduction<sup>5</sup>.

239. – **Utilité par rapport à la reconduction ?** L'utilité de la clause de prorogation a été contestée au regard du mécanisme voisin de la reconduction : « *Entre les parties qui prévoient le 14 octobre de proroger leur contrat expirant le 15 et celles qui continuent de l'exécuter le 16 sans avoir rien dit, est-il véritablement justifié de faire une distinction aussi fondamentale pour soumettre celles-ci à un nouveau contrat et celles-là à leur premier accord ?* »<sup>6</sup> La clause de prorogation est apparue redondante par rapport à la reconduction qui lui est préférée ; jumelles, certains préféreraient opter pour une unité conceptuelle.

Pourtant, la clause de prorogation revêt une spécificité toute particulière. Le climat économique actuel exige de pouvoir adapter les termes contractuels aux événements imprévisibles affectant l'exécution du contrat. Le mécanisme de la prorogation fait appel à une unité contractuelle des obligations dont l'exécution se poursuit, unité qui peut avoir un intérêt pratique en cas de suspension du contrat résultant de la survenance d'un cas de force majeure. Dans le cadre d'une reconduction, il s'agit de nouvelles obligations indépendantes des précédentes alors que la prorogation permet de maintenir une situation contractuelle malgré les éventuelles interruptions ou suspensions.

240. – **Une volonté temporaire.** Ce qui caractérise la clause de prorogation, à la différence de la reconduction, est l'existence d'une volonté expresse de faire survivre le même contrat de façon temporaire. Les parties ne veulent pas poursuivre l'exécution de leurs obligations pour une nouvelle durée, mais elles souhaitent permettre que ce qui n'a pas été achevé dans un certain laps de temps puisse l'être. « *Ces clauses permettent de rattraper le temps perdu* »<sup>7</sup>. C'est le mécanisme de la dernière chance.

241. – **Distinction du maintien forcé du contrat.** La prorogation est un mécanisme basé sur la volonté des parties au contrat<sup>8</sup>. Elle est parallèle au mécanisme du maintien forcé du contrat par lequel la loi ou une décision de justice<sup>9</sup> impose la poursuite des effets du contrat aux parties.

242. – **Utilité.** Très souvent usitée lors des retards d'exécution, qu'ils soient fautifs ou causés par un événement recouvrant les caractéristiques de la force majeure, la clause de prorogation se retrouve également comme mécanisme permettant de renégocier les termes d'un nouvel accord.

Un des intérêts de la clause de prorogation réside dans le fait qu'elle peut être l'accessoire d'une clause de *hardship* ou d'une clause d'avenir<sup>10</sup>. La pratique a su recourir largement à la clause de prorogation pour en faire un mécanisme d'ajustement contractuel. En effet, elle prépare l'avenir contractuel en autorisant une adaptation temporelle du contrat en fonction des événements affec-

<sup>5</sup> cf. Partie 1 Titre 2 « Chapitre 2 : La clause de reconduction », p. 128.

<sup>6</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 135.

<sup>7</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd. n°539 p. 228.

<sup>8</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 Durée dans les contrats*, JCL Contrat - Distribution, n° 206 et s. et 211 et s.

<sup>9</sup> A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LP* 2 oct. 02 p. 7.

<sup>10</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon, *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005 ; M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon, *RTD civ.* 2005 p. 863.

tant l'exécution de celui-ci. Elle a cette double utilité de prévoir l'octroi d'un délai d'exécution quand un retard est possible, mais aussi de prévoir que « *les obligations affectées par la force majeure soient prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance du cas de force majeure* »<sup>11</sup>.

243. – **Caractère éventuel de la mise en jeu.** Les clauses de prorogation ont vocation à modifier éventuellement le terme contractuel. Ces clauses contiennent par essence un aléa : elles n'ont vocation à produire leur effet que lorsque des circonstances, spécifiquement prévues par les parties, surviennent. Sans la survenance de ces circonstances, le terme extinctif initial a vocation à produire pleinement ses effets. Cette clause de prorogation ne sera alors pas appliquée.

244. – **Promesse de prorogation ?** Certains auteurs<sup>12</sup> parlent de promesse de prorogation, plutôt que de prorogation pure et simple. En effet, selon ces auteurs, le caractère aléatoire de la clause implique que l'expression de la volonté des parties de proroger le contrat intervienne dans un second temps par rapport à la conclusion du contrat et donc par rapport à la stipulation de la clause proprement dite.

Cependant, la clause de prorogation ne peut pas être qualifiée de promesse de prorogation dans la mesure où la promesse est un avant-contrat accessoire qui précède le contrat principal. Par essence la prorogation est un mécanisme permettant de continuer un contrat déjà conclu en cours d'exécution à l'aurore de son extinction. La promesse suppose un engagement certain d'au moins une partie tandis que la clause de prorogation ne crée aucun engagement entre les parties : sa mise en œuvre est par définition éventuelle. L'aléa de la promesse tient dans son résultat au contraire de la prorogation qui, une fois mise en œuvre, a un résultat certain : la survie temporaire du contrat. Ces mécanismes ne semblent pas pouvoir être assimilés sans pour autant s'exclure.

245. – **Absence d'automatisme du mécanisme ?** Selon certains auteurs<sup>13</sup>, la prorogation du contrat ne peut pas être automatique et doit dès lors être spécifiquement consentie avant l'arrivée du terme : « *il y a, à notre avis, prorogation du contrat lorsque les parties ont décidé formellement de continuer l'exécution de leur contrat* ». Le contrat est alors résiliable ou prorogable à chaque échéance contractuelle. Il devient séquentiel.

Une telle position ne rend compte que partiellement du mécanisme de la prorogation. Les parties peuvent prévoir une prorogation automatique et non aléatoire lors de la conclusion du contrat : cela revient à neutraliser la clause de durée — qui perd alors son intérêt. Mais, il est également possible de prévoir que le contrat sera prorogé automatiquement par la survenance d'un événement éventuel extérieur aux parties. La prorogation peut donc être automatique ou non. Mécanisme issu de la pratique, il s'adapte aux besoins des parties.

246. – **Quels contrats ?** Cette nécessité de prévoir des clauses de prorogation se rencontre plus spécifiquement dans les contrats continus dont l'exécution des obligations par l'une des parties est sujette à un risque important de retard — c'est le cas notamment des contrats de travaux et des contrats d'aide financière afférents. Serait une clause valable le fait de prévoir une prorogation automatique du contrat en cas de retard d'exécution non fautif dû aux intempéries exceptionnelles, aux

<sup>11</sup> M. Trochu, *L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive*, in Mélanges offerts à Y. Loussouarn, Paris, D. 1994 p. 386.

<sup>12</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd. n°543 p. 229.

<sup>13</sup> Mémento pratique Francis Lefebvre, *Droit commercial 2008*, n°16.006.

catastrophes naturelles et grèves. Elle se trouve également fréquemment stipulée au sein des contrats internationaux en cas de suspension du contrat lié à un événement recouvrant les caractéristiques de la force majeure<sup>14</sup>. Enfin, la clause de prorogation est un atout pour les contrats de service relatifs aux nouvelles technologies notamment en cas de suspension non fautive des services d'un site internet — il peut devenir un argument commercial.

Le mécanisme de la prorogation est un mécanisme original issu de la pratique (**Section 1**), dont le régime traduit cette idée de continuité temporelle d'un même contrat dans son contenu obligationnel et non obligationnel (**Section 2**).

## SECTION 1 : CONDITION ET MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT CONTINUÉ

### (SECTION 2 : RÉGIME DU CONTRAT CONTINUÉ)

247. – **Originalité du mécanisme.** L'originalité du mécanisme de la prorogation tient au fait que c'est un outil juridique qui s'utilise en deux phases :

- La première phase consiste à stipuler une clause de prorogation au sein du contrat ; c'est une clause anticipant la poursuite dudit contrat ;
- La seconde phase consistera en la mise en œuvre de la clause de prorogation lors de l'arrivée du terme extinctif. La nature éventuelle de la prorogation ne permet pas de connaître l'acceptation ou le refus de continuer le contrat en cas de prorogation expresse ou la survenance de l'évènement incertain en cas de prorogation automatique.

La prorogation est un mécanisme issu de la pratique, validé dans son principe par la jurisprudence (§1) qui soumet l'efficacité de sa mise en œuvre à certaines conditions prétorienne (§2).

### §1. La validité de la stipulation de la clause de prorogation

248. – **Accessoire.** En tant qu'élément contractuel, la clause de prorogation répond aux mêmes conditions de validité que le contrat qui la contient. Accessoire, elle suit le sort du principal. Elle doit dès lors être consentie, l'expression du consentement à la clause de prorogation étant concomitante au consentement au contrat. De cette validité de principe, il résulte une relative liberté concernant les modalités de la prorogation prévue par la clause.

La clause de prorogation est une clause accessoire du contrat (A) qui offre différentes modalités de mise en œuvre (B).

#### *A. La clause de prorogation : un accessoire du contrat*

249. – **Appréciation de la durée contractuelle.** La durée d'un contrat est à apprécier en tenant compte de la poursuite éventuelle de celui-ci. La clause de prorogation s'affirme comme un élément du contrat qui modifie le terme extinctif (1) et donc la durée déterminée de celui-ci (2).

---

<sup>14</sup> M. Trochu, *L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive*, in *Mélanges* offerts à Y. Loussouam, Paris, D. 1994 p. 386 et M. Fontaine, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *Dr. pr. com. Int.* 1979 p. 469.

## ***1. La clause de prorogation comme élément du contrat***

250. – **Accessoire.** La clause de prorogation est une des clauses que négocient les parties lors de la conclusion de leur contrat. Il ne s'agit pas d'un élément essentiel permettant la réalisation de l'objet du contrat, mais c'est un accessoire qui modifie la durée du lien contractuel.

251. – **Utilité.** Bien qu'elle ne soit qu'un accessoire, la clause de prorogation peut permettre de prévenir les risques de contentieux à l'arrivée du terme extinctif. Elle ne doit pas être négligée par les rédacteurs du contrat. Clause d'anticipation, elle revêt une utilité toute particulière, notamment concernant les retards d'exécution.

252. – **Validité empruntée au contrat.** Cette clause, en tant qu'élément contractuel, suit le sort du contrat dans ses conditions de validité<sup>15</sup>. En cas de nullité du contrat, la clause de prorogation cessera en même temps que le contrat qui ne pourra pas être poursuivi temporairement par l'usage de cette clause. La clause de prorogation ne se conçoit pas indépendamment du contrat qui la contient. Sa survie dépend du support contractuel.

À l'inverse, la nullité de la clause de prorogation n'affectera pas nécessairement le sort du contrat, notamment si la prorogation n'a pas été un élément déterminant du consentement des parties.

En raison du fait que la clause de prorogation fasse partie du contrat, la durée du contrat tient compte à la fois du terme extinctif stipulé et à la fois de la durée de la prorogation qui sera éventuellement appliquée.

## ***2. La durée déterminée du contrat et la clause de prorogation***

253. – **Durée et prorogations.** Considérer la durée du lien contractuel consiste à ajouter le temps de la prorogation au temps d'exécution du contrat s'achevant par la survenance du terme extinctif. Dès lors, lorsque la durée du lien contractuel est légalement limitée, il convient d'inclure les éventuelles prorogations du contrat. Le rédacteur du contrat devra donc être attentif. La durée contractuelle se conçoit comme un tout unique, et ce malgré l'éventualité de la mise en œuvre de la clause de prorogation (a).

À la différence, le droit des sociétés a pour spécificité de permettre des prorogations successives au-delà de la durée légale de vie de la société (b).

### **a. Durée déterminée du contrat incluant la prorogation**

254. – **Durée légale.** Si par principe, les parties sont libres de déterminer la durée de leurs relations contractuelles, il arrive que le législateur intervienne pour fixer une durée légale maximale<sup>16</sup>. Dans cette situation, la clause de prorogation ne saurait faire échec à la durée légalement plafonnée. Ainsi, la clause de prorogation ne sera valable que si la durée totale de la relation contractuelle incluant la durée de la prorogation respecte les dispositions légales. Les parties ne pourront pas valablement proroger le contrat au-delà du plafond légal : en effet, le même contrat se poursuivant, la prorogation ne permet pas de faire échec à ce terme<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Art. 1108 C. civ.

<sup>16</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 n° « Intervention du législateur », p. 34.

<sup>17</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 127.



En cas de volonté, même temporaire, de poursuivre la relation contractuelle, les parties n'auront d'autre choix que de recourir au mécanisme de la reconduction, qui impose la conclusion d'un nouveau contrat.

255. – **Sanctions.** Traditionnellement, la sanction prévue en cas de non-respect des prescriptions légales était la nullité.

La jurisprudence a cependant assoupli la rigueur de la sanction et décide désormais le plus souvent de modifier le terme conventionnellement prévu en l'harmonisant avec la durée légale maximale<sup>18</sup>. Elle ramène la durée du contrat au terme maximum légalement prévu. Une telle sanction est opportuniste et permet de sauver un contrat valablement formé dans ses autres stipulations.

La sanction peut encore être la requalification du contrat en cas de non-respect de la durée légale du contrat. Il en a été ainsi décidé notamment concernant la vente à réméré dont la durée est légalement plafonnée à 5 ans<sup>19</sup>. Dans l'hypothèse d'une prévision contractuelle de durée supérieure à cette obligation légale, la sanction a été la requalification de la vente à réméré en promesse unilatérale de vente<sup>20</sup>. Une telle sanction est là encore opportuniste.

La jurisprudence se montre réticente à annuler l'ensemble d'un contrat dont la durée ne respecte pas les plafonds légaux. Elle tente donc de trouver des remèdes pour sauver le contrat. La nullité est délaissée au profit de la volonté de faire survivre les conventions. Une réflexion d'ensemble quant à la sanction à prononcer serait opportune. Il pourrait notamment être prévu une nullité partielle de la seule clause de prorogation.

À la différence du droit commun, le droit des sociétés n'intègre pas la prorogation dans la détermination de la durée légale de vie de la société.

### **b. Durée déterminée de la société excluant la prorogation**

256. – **99 ans.** La durée légalement déterminée de la vie de la société est de 99 ans maximum<sup>21</sup>. La clause de durée qui prévoirait un terme au-delà de 99 ans serait réputée non écrite<sup>22</sup>.

257. – **Prorogation de la société.** Couramment, il est question du renouvellement de la société. En l'espèce, le terme « renouvellement » n'est pas synonyme de reconduction<sup>23</sup>, mais bien de prorogation : c'est la même société et les mêmes statuts, modifiés le cas échéant, qui se poursuivent. Le meilleur témoin de cette réalité juridique est la permanence du numéro Siren qui est associé à une société et la suit tout au long de sa vie<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Cass. com. 10 fév. 1998 n°95-21.906 Bull. n°71, *RTD civ.* 1998 p. 365 obs. J. Mestre, *JCP E* 1998 n°23 p. 894 obs. L. Leveneur.

<sup>19</sup> Art. 1660 C. civ.

<sup>20</sup> J. Mestre, *Les clauses d'avenir in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990 p. 166.

<sup>21</sup> Art. L. 210-2 C. com.

<sup>22</sup> Art. 1.844-10 al. 2 C. civ.

<sup>23</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 «Chapitre 2 : La clause de reconduction», p. 128.

<sup>24</sup> Toutefois, le numéro SIREN étant associé à la compétence du greffe du Tribunal de commerce dont dépend le siège social, il est peut être amené à être modifié en cas de changement de ressort de tribunal du siège social. Néanmoins, dans cette situation, l'ancien numéro SIREN reste attaché aux informations relatives à la société.

258. – **Période de 99 ans.** Pour autant, contrairement au droit commun, cette limitation légale n'inclut pas la durée prorogée de la société. En effet, la prorogation est possible pour une nouvelle durée de 99 ans<sup>25</sup> sans limitation du nombre de prorogations possibles. Ces durées s'ajoutent les unes aux autres.

259. – **Nature particulière de la société.** Ce régime original<sup>26</sup> n'est pas transposable aux autres cas légaux de limitation de la durée des engagements. Cette disposition légale tient compte de la nature particulière de la société : en effet, il n'est pas possible de recourir à la reconduction en matière de société sauf à constituer une nouvelle société. Fondée sur un lien contractuel, la société est aussi une institution qui a la personnalité morale. Il résulte de cette nature spécifique la nécessité d'adapter la durée de son existence juridique.

La loi préserve le principe de prohibition des engagements perpétuels, le contrat de société étant limité dans sa durée, sans pour autant interdire que la société soit renouvelée indéfiniment.

260. – La clause de prorogation est donc un accessoire du contrat qui permet d'en déterminer la durée. Elle n'en est pas pour autant un mécanisme homogène ; en effet, elle peut prévoir différentes modalités. Elle s'adapte à la situation des parties contractantes.

### ***B. La clause de prorogation : différentes modalités***

261. – **Mécanisme ajustable.** La clause de prorogation est un mécanisme ajustable aux besoins particuliers des parties. Ainsi, la clause pourrait stipuler soit un mécanisme volontaire de prorogation basé sur le consentement des parties, soit un mécanisme automatique de prorogation basé sur une circonstance extérieure aux parties<sup>27</sup>.

De ces considérations découlent les conditions de formes que prendra la prorogation, à savoir si elle peut être mise en œuvre tacitement ou seulement expressément.

La pratique a utilisé la clause de prorogation comme un mécanisme automatique ou volontaire (1), exprès ou tacite (2) afin de répondre aux besoins des différentes situations contractuelles.

#### ***1. La clause de prorogation : caractère automatique ou volontaire***

262. – **Volontaire ou automatique ?** La clause de prorogation peut prévoir diverses modalités de mise en œuvre selon l'utilité attendue. Une réflexion doit être menée par le rédacteur de contrat afin de faire correspondre l'intérêt escompté des parties et le mécanisme de prorogation le plus en adéquation avec cet intérêt.

Tour à tour volontaire (a) ou automatique (b), la clause de prorogation s'affirme comme un mécanisme de réajustement de la durée du contrat lorsque celle-ci a été suspendue. Elle s'harmonise avec la clause de suspension de contrat (c).

---

<sup>25</sup> Art. R. 210-2 al. 2 C. com.

<sup>26</sup> Ce mécanisme est proche de celui prévu pour le renouvellement des droits de propriété intellectuelle et industrielle : le dépôt d'une marque confère un droit de propriété exclusif sur la marque pour 10 ans renouvelable indéfiniment moyennant le paiement de la redevance.

<sup>27</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, P. Grignon, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005, p. 247.

### a. Clause de prorogation volontaire

263. – **Consentement.** Traditionnellement, la clause de prorogation a été pensée pour reposer sur la volonté des parties exprimée avant la survenance du terme extinctif. Les parties stipulent dès la conclusion du contrat une clause de prorogation qui nécessitera l'accord unanime des parties avant l'extinction du contrat pour le proroger. Le consentement de chacune des parties sera alors nécessaire. Ce consentement n'est pas un consentement à un nouveau contrat, mais à la poursuite temporaire du contrat en cours.

264. – **Décision unilatérale ?** Le fait de stipuler que la décision puisse être unilatérale semble porter atteinte à la force obligatoire du contrat<sup>28</sup>, le droit commun exigeant le consentement de chacune des parties sans qu'une seule n'ait le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat. Ceci marque la différence fondamentale du droit privé par rapport au droit administratif<sup>29</sup>. En droit de la consommation, une clause permettant au professionnel de proroger unilatéralement le contrat sans le consentement du consommateur est présumée irréfragablement abusive<sup>30</sup>, sans que le professionnel puisse prouver que la clause n'est pas abusive<sup>31</sup>. Il n'existe aucune exclusion au principe de validité comparable au sein du droit commun.

265. – **Rédaction.** Le rédacteur de la clause de prorogation doit prévoir les conditions formelles dans lesquelles les parties devront exprimer leur consentement à la prorogation.

#### ■ Exemple :

« Les parties peuvent convenir de la prorogation du contrat avant l'arrivée du terme extinctif. Le consentement des parties devra être constaté dans un écrit signé par chacune des parties, cet écrit devant être formalisé avant la survenance du terme extinctif initialement prévu. »

266. – La clause de prorogation n'est pas nécessairement volontaire. Les parties peuvent prévoir que la clause jouera automatiquement en cas de survenance d'un événement déterminé ou déterminable.

### b. Clause de prorogation automatique

267. – **Évènement déterminé et incertain.** Initialement, la clause de prorogation a été conçue comme reposant sur un accord exprès de volonté exprimée avant la survenance du terme extinctif. Cependant, la pratique a innové en permettant d'écarter éventuellement la clause de durée du contrat en cas de survenance d'un événement déterminé, mais incertain. La clause de prorogation peut dès lors avoir un effet automatique sans que les parties aient à y consentir expressément avant l'arrivée du terme.

<sup>28</sup> Art. 1134 C. civ.

<sup>29</sup> H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, Thèse LG.D.J. 2009 Tome 260.

<sup>30</sup> Art. R. 132-1 C. conso. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ».

<sup>31</sup> Art. L. 132-1 C. conso.

268. – **Sanction.** En principe, un tel mécanisme est valable. En effet, il ne heurte aucune règle d'ordre public. Cependant, la clause de prorogation pourra être annulée lorsque celle-ci permet de limiter le droit de sortie au contrat par le cocontractant. Dans une telle situation, la jurisprudence a annulé un contrat de location d'installation téléphonique, car il astreignait le bénéficiaire de l'installation « *à des obligations pour une durée pouvant se poursuivre indéfiniment* »<sup>32</sup>.

En l'espèce, le contrat stipulait en son article 6 que celui-ci serait prorogé pour la durée initiale de 15 ans dès lors que l'installation téléphonique était modifiée selon certaines conditions. Or, ladite installation était en constante évolution technique. La Haute juridiction constate qu'afin de faire cesser la prorogation tacite du contrat, il fallait que le locataire « *renonce (r) à toute modification de l'installation téléphonique pendant 15 ans* ». Dans ces conditions, il apparaît que la clause de prorogation empêchait toute rupture du contrat pour le cocontractant. Le contrat lui est perpétuel et donc tombe sous le coup de la nullité. La nullité ne touche pas la seule clause de prorogation, mais l'ensemble du contrat.

Une telle solution doit être approuvée. La cause de la clause de prorogation était nulle puisque contraire au principe de prohibition des engagements perpétuels<sup>33</sup>. Cette sanction diffère de celle prononcée en cas de reconduction pour une durée indéfinie pour laquelle la Cour de cassation n'annule que la clause litigieuse et non l'entier contrat<sup>34</sup>. Une telle différence de jurisprudence s'explique par la différence entre le mécanisme de la reconduction et celui de la prorogation. En effet, la reconduction fait naître un nouveau contrat. Le premier contrat a bien pris fin par l'effet du terme extinctif. Seule la clause de renouvellement qui porte sur le nouveau contrat conclu est donc affectée du vice de nullité. À la différence, en matière de prorogation, la clause concerne le contrat dès l'origine, il s'agit du même contrat qui se prolonge. La nullité ne peut être limitée à la seule clause, celle-ci affectant l'entier contrat en paralysant le droit de rompre un engagement contractuel.

269. – **Utilité : suspension des obligations.** La clause de prorogation automatique s'adapte bien à la volonté de contrer l'effet suspensif d'exécution des obligations<sup>35</sup> en cas de survenance d'une cause étrangère de force majeure. Ainsi, il est courant de stipuler une clause par laquelle le contrat sera prorogé automatiquement de la même durée que celle de suspension du contrat.

---

<sup>32</sup> Cass. com. 3 nov. 1992 n°90-17.632 Bull. n°339 et Cass. com. 3 janv. 1989 n°87-13.691 Bull. n°3 : clause de tacite prorogation qui stipulait que le contrat reprendrait « *sa durée initiale pour la totalité de l'installation à partir de la date où la location initiale aura subi une augmentation égale ou supérieure à 25 % par suite d'une ou plusieurs augmentations de l'installation ou même d'un pourcentage inférieur dans le cas de remplacement du matériel par suite d'adjonction.* ».

<sup>33</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Terme extinctif et prohibition des engagements perpétuels», p. 26.

<sup>34</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 juin 1987 n°85-17.303 Bull. n°184 : « *un contrat de durée limitée contenant une clause de renouvellement indéfini par tacite reconduction n'est pas nul dès son origine, seule la clause de renouvellement étant atteinte par la nullité* ».

<sup>35</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 22 fév. 2006 n°05-12032 Bull. n°46, *RJD* 5/06 n°509 : en cas d'empêchement momentanée d'exécution, le contrat est suspendu jusqu'à l'extinction de l'empêchement.

Ces clauses présentent un intérêt particulier dans les contrats de prestation informatique<sup>36</sup> ou de prestation téléphonique<sup>37</sup> notamment, en cas de perte du réseau ou d'impossibilité de connexion momentanée et fortuite.

Dans la plupart des cas, c'est le prestataire de service qui décide de la suspension de service et de son prolongement. Dans d'autres situations, c'est l'abonné qui demande la suspension et la prolongation du service – notamment en cas de perte ou de vol<sup>38</sup>.

270. – **Rédaction.** Lorsque les parties souhaitent mettre en place une prorogation automatique, il est important de prévoir un évènement qui ne dépende pas uniquement de la volonté des parties ou d'une seule des parties. En effet, si l'évènement dépend uniquement de la volonté d'une seule partie, l'autre partie est placée en position de dépendance. La clause risque d'être annulée.

■ **Exemple :**

*« En cas de suspension de l'accès aux services due à une panne informatique matérielle et logicielle ou à un acte malveillant pendant la durée de l'abonnement, celui-ci sera prorogé automatiquement et de plein droit au profit de l'utilisateur pour une durée équivalente à celle de la suspension des services. »*

271. – La pratique recourt de plus en plus au mécanisme de la clause de prorogation automatique lors de la survenance d'un évènement recouvrant les caractéristiques de la force majeure qui a pour effet d'empêcher temporairement l'exécution du contrat.

### c. La clause de prorogation et la clause de suspension du contrat

272. – La clause de prorogation connaît un regain d'intérêt actuellement en tant que corollaire de la clause de suspension du contrat.

273. – **Suspension en cas de force majeure.** Traditionnellement laissée au législateur et au juge, la suspension du contrat n'était que peu contractualisée. Pour répondre à des situations de cas de

<sup>36</sup> Des sites de prestation de service en ligne, et notamment des sites de rencontre, proposent ce type de clause : « *Cas d'impossibilité d'utilisation du site AdopteUnMec.com : En cas de panne informatique ou d'impossibilité d'utiliser le site du fait de AdopteUnMec.com, le client abonné n'ayant pu utiliser son abonnement verra son abonnement prolongé de la durée de non utilisation. En cas de disponibilité inférieure à 99% cumulée sur un mois, les abonnés pourront sur simple demande être remboursés au prorata temporis de la durée d'indisponibilité* ». C'est le cas d'autres sites tels que : serecontrer.com ; marmitelove.com, mecalacarte.com...

<sup>37</sup> « *Une suspension des services de plus de 24 heures sera compensé par la prolongation pour la même durée à la fin du mois d'abonnement.*  
*En cas de suspension des services de plus de 15 jours, Red Line Production s'engage soit à rembourser l'abonnement à hauteur de la période de suspension, soit à reporter pour la même durée les jours de suspension à la fin du mois d'abonnement.*  
*Le report de jours de suspension entraîne évidemment un décalage de la date de commencement de la période d'abonnement.* » Disponible sur <http://www.redline-hosting.net/index.php?p=cgu>.

<sup>38</sup> Les clients de l'opérateur téléphonique Orange peuvent demander la suspension de leur abonnement en cas de perte ou de vol de leur téléphone. L'abonnement sera alors renouvelé. Disponible sur <http://assistance.orange.fr/les-etapes-a-suivre-en-cas-de-perte-ou-de-vol-de-mon-mobile-2026.php>.

force majeure<sup>39</sup> temporaire, la Haute juridiction décide, selon une jurisprudence constante<sup>40</sup>, que le débiteur n'est pas libéré de son obligation. Dès que l'obstacle disparaît, le créancier peut demander l'exécution de l'obligation dont l'exécution a été suspendue<sup>41</sup>. Cette jurisprudence<sup>42</sup> ne s'appliquait pas lorsque le contrat ou les circonstances l'excluaient<sup>43</sup>.

Cette solution jurisprudentielle a également été reprise par la législation tant française<sup>44</sup> qu'internationale<sup>45</sup>. Elle présente l'avantage de préserver le lien contractuel temporairement paralysé. Cette solution est largement établie.

274. – **Autres cas de suspensions judiciaires.** Les cas de suspension judiciaire<sup>46</sup> du contrat ne concernent pas exclusivement les situations recouvrant les caractéristiques de la force majeure. Le juge a recours à la suspension de contrat comme sanction de l'inexécution fautive du contrat, la suspension apparaissant alors comme un « *diminutif non seulement de la résolution judiciaire, mais aussi de la théorie des risques permettant de sauver le contrat dans l'avenir* »<sup>47</sup>. Une telle sanction se présente comme une modalité de l'exécution forcée du contrat, le juge cherchant à le faire survivre pour en préserver l'efficacité.

Le juge utilise également le mécanisme de la suspension<sup>48</sup> concernant des contrats de travail pour les salariés de société qui accèdent aux fonctions de dirigeant<sup>49</sup>. Elle considère que le contrat de travail est suspendu. Le simple changement de contrat ne saurait en modifier la nature par novation dans le silence des parties<sup>50</sup>. À la fin du mandat social, le contrat de travail recouvre sa force obligatoire. Une telle solution doit être approuvée. La rupture du contrat de travail ne saurait se présumer sauf à écarter le droit du travail.

275. – **Pratique.** La pratique s'est emparée des clauses de suspension tant pour les cas de force majeure que pour les mécanismes d'exception d'inexécution en prévoyant les événements de nature à suspendre de façon temporaire l'exécution du contrat. Le terme extinctif peut alors être reporté

---

<sup>39</sup> Art. 1148 C. civ. : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.* ».

<sup>40</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 fév. 1981 n°79-12.710 Bull. n°65, *D.* 1982.579.

<sup>41</sup> Cass. Req. 15 nov. 1921, *D.* 1922.5.14 ; Cass. Req. 12 déc. 1922, *D.* 1924.1.186.

<sup>42</sup> J. Treillard, *De la suspension des contrats in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé* sous la direction de P. Durand, éd. JLGJ 1960, p. 59 et s.

<sup>43</sup> Cass. com. 18 mai 1949 Bull. n°206.

<sup>44</sup> Suspension du contrat de travail en cas de grève (art. L. 2511-1 C. trav.) ou de grossesse (art. L.1225-17 et s. C. trav.) ; suspension du contrat d'assurance (art. L. 113-3 C. ass.).

<sup>45</sup> Art 79-3 Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

<sup>46</sup> J.-F. Artz, « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979 C 95.

<sup>47</sup> L. Boyer, *Contrat et convention*, Rép. Civ. n°434.

<sup>48</sup> J. Mestre, « Un nouvel exemple de suspension de contrat », *RTD civ.* 1992 p. 391.

<sup>49</sup> Cass. soc. 12 déc. 1990 n°87-40.596 Bull. n°658 : « *le contrat de travail se trouvait, en l'absence de convention contraire, suspendu pendant le temps d'exercice du mandat, peu important qu'il ait été modifié dans l'un de ses éléments substantiels lors de la cessation du mandat* ».

<sup>50</sup> Cass. soc. 12 juin 1991 n°88-42.286 Bull. n°295 : « *Attendu qu'il résulte de ces textes que le contrat de travail prend fin à l'initiative d'une des parties ou de leur accord commun, qu'il appartient à celui qui prétend qu'il a été mis fin à un contrat de travail d'en apporter la preuve et que la novation ne se présume pas* ».



dans le temps en tenant compte de la durée de ladite suspension par le biais de la stipulation d'une clause de prorogation.

Véritable mécanisme, il permet d'anticiper les risques de contentieux et d'éviter de recourir aux juges saisis d'une demande de résolution du contrat. Ce type de clause correspond à des contrats conclus dans la durée qui présentent des risques connus, ou tout du moins anticipés, dès l'origine. Ainsi, la clause de prorogation est courante dans les contrats internationaux.

#### ■ Exemple :

« Les obligations affectées par la force majeure sont prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance de ce cas de force majeure »<sup>51</sup>.

Ou :

« Dès la cessation de l'évènement recouvrant les caractéristiques de la force majeure, le contrat sera prorogé automatiquement de plein droit pour une durée équivalente à celle de la suspension des obligations. »

276. – **Portée de la suspension et de la prorogation.** Il convient de noter que la suspension du contrat ne porte en principe que sur l'obligation temporairement inexécutable, les autres obligations demeurant exigibles – notamment les obligations de non-concurrence et de confidentialité<sup>52</sup>. Pour autant, lorsque le contrat est prorogé, c'est l'ensemble des obligations qui est prorogé et non les seules obligations précédemment suspendues.

277. – L'utilisation de la clause de prorogation dans le cas de la force majeure est une initiative innovante de la pratique. La prorogation peut être soit volontaire soit automatique. La question qui se pose encore concerne la manifestation de ce consentement : peut-il être tacite ou doit-il être exprès ?

### 2. La clause de prorogation : caractère tacite ou exprès

278. – **Nécessité d'un écrit ?** Le consentement des parties peut être prévu selon diverses conditions de forme. L'écrit est cependant à conseiller quand il n'est pas légalement imposé dans le cadre de la prorogation volontaire. De même, dans le cas de la prorogation automatique, le constat écrit de la prorogation évite un contentieux à venir (a).

À la différence, le droit des sociétés se montre particulièrement exigeant imposant la formalisation du consentement par écrit dans un souci d'information des tiers (b).

#### a. Droit commun : un écrit ad probationem

279. – La condition de l'écrit s'apprécie différemment selon que l'effet de la clause de prorogation soit automatique ou résulte d'une décision des parties.

280. – **Écrit – condition de preuve.** Lorsque les parties conviennent que la prorogation procédera de leur consentement, bien qu'aucune disposition légale n'impose la rédaction d'un écrit à titre de validité, l'écrit s'impose comme une nécessité probatoire.

<sup>51</sup> M. Trochu, *L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive in Mélanges offerts à Y. Loussouarn*, Paris, D. 1994 p. 386.

<sup>52</sup> E. Petel, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse daçt, Montpellier 1984 n°669.



En effet, dans le silence des parties, la poursuite de l'exécution contractuelle ne donne pas lieu à interprétation par la jurisprudence qui ne distingue pas entre les mécanismes proches, mais bien distincts de la prorogation ou de la reconduction. Dans une telle situation, les juges décident que le contrat a été reconduit tacitement<sup>53</sup>. La prorogation, sauf preuve contraire, n'a alors pas vocation à jouer. « *Cet accord ne peut juridiquement constituer une prorogation que s'il est exprès, condition indispensable pour éviter la qualification légale de tacite reconduction* »<sup>54</sup>. L'appréciation est effectuée in abstracto.

Il existe cependant un arrêt qui a procédé à une réelle interprétation de la situation de fait. L'affaire concerne le prolongement d'un contrat d'assurance pour lequel l'assuré avait formulé une demande de renouvellement, en l'absence de clause de reconduction. La Cour de cassation<sup>55</sup> a considéré que cette demande constituait une demande de prolongation au sens de l'article L. 112-2 al. 5 du Code des assurances qui dispose : « *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 soit parvenue.* » Cette solution s'explique en raison de la nature particulière du contrat d'assurance et ne semble pas pouvoir être généralisée au droit commun. Elle ne fait qu'appliquer la législation spécifique en vigueur.

Il en résulte que l'écrit, s'il n'est pas une condition de validité, est une nécessité probatoire pour échapper à la reconduction.

281. – **Absence d'écrit.** Dans l'hypothèse où la prorogation jouerait automatiquement lors de la survenance d'un événement extérieur aux parties, la simple constatation de la survenance de cet événement suffit à la mise en œuvre de la clause sans qu'il ne soit nécessaire d'établir un écrit.

L'écrit n'est donc pas nécessaire. Il aurait pour utilité de prévenir tout risque de litige quant à l'interprétation de la prorogation. Le constat écrit de la survenance de l'événement et de la prorogation consécutive du contrat pour la durée conventionnellement prévue est donc à privilégier.

Il appartient alors au rédacteur de contrat de prévoir précisément la forme de la constatation de cet événement<sup>56</sup> qui peut avoir lieu par notification immédiate ou moyennant le respect d'un délai raisonnable. La clause peut également prévoir la charge de la notification et les moyens de preuve de l'événement. Il convient d'être attentif la formalité de l'écrit afin qu'elle ne soit pas considérée comme une condition de la prorogation. Une telle stipulation minimiserait la portée automatique de la prorogation.

#### ■ Exemple :

« *En cas d'intempéries exceptionnelles, de catastrophes naturelles ou de grèves qui rendent impossible ou trop coûteux [à préciser] la poursuite des travaux, le contrat sera suspendu pour une durée maximum de six mois à compter du constat écrit de l'événement par les parties.*

*Ces événements sont considérés comme étant un cas de force majeure lorsqu'ils se sont produits en dehors du contrôle de l'une ou l'autre des parties et contre lequel elles n'ont pu raisonnablement se prémunir. »*

Le silence du législateur sur la forme de la prorogation n'est que relatif. En effet, la loi est intervenue pour réglementer les conditions de forme de la prorogation de la société.

<sup>53</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 juin 2009 n°08-14.481 Bull. n°113.

<sup>54</sup> Mémento Francis Lefebvre, *Droit commercial*, 2009, n°16.006.

<sup>55</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 3 mai 2006 n°04-13.587.

<sup>56</sup> B. Fages, *Droit des contrats*, Droit civil, Lamy sous la direction de J. Mestre, Etude 410 n°356-25.

## b. Droit des sociétés : des conditions de forme rigoureuses

282. – **Prorogation écrite.** Concernant la prorogation de la société, la loi a institué un formalisme assez rigoureux. Les associés de la société doivent être réunis par les organes de direction à l'effet de statuer sur la décision de proroger ou non la société dans l'année qui précède la survenance du terme<sup>57</sup>. À défaut d'une telle convocation, tout associé peut saisir sur requête le président du tribunal de commerce afin qu'il soit désigné un mandataire de justice chargé de convoquer les associés. L'objet de la convocation est alors de statuer sur le sort de la société. L'arrivée du terme entraîne la dissolution de plein droit de la société et par voie de conséquence sa liquidation.

Il est rare que les dispositions légales relatives aux conditions de prorogation soient rappelées dans les statuts des sociétés. Néanmoins, ceux-ci renvoient aux dispositions légales qui sont des dispositions d'ordre public.

L'écrit est ici requis obligatoirement au travers d'un procès-verbal qui sera à insérer au registre des assemblées de la société. Ce principe a cependant été aménagé.

283. – **Prorogation tacite.** Il a été admis la validité de clauses particulières prévoyant une prorogation tacite pour des sociétés constituées pour des durées inférieures à la durée légale de 99 ans. Ces prorogations ne sont pas alors considérées de manière semblable à la prorogation légalement formalisée au-delà de 99 ans. Forme de prorogation particulière, la durée cumulée de la société et de ces prorogations tacites doit respecter la durée légale de 99 ans. Au-delà, les formes légales de prorogation devront être respectées<sup>58</sup>.

Cette solution peut paraître surprenante dans la mesure où les parties sont libres de prévoir une durée inférieure à la durée légale. En toute logique, le même formalisme devrait s'appliquer afin de statuer sur le sort de la société. Il peut donc être déduit que le législateur est attaché à la durée légale de 99 ans et permet en deçà une certaine souplesse au bénéfice des associés.

Même si la clause de prorogation peut être mise en œuvre de façon tacite, il convient de privilégier l'écrit lorsque celui-ci n'est pas imposé.

284. – **Conclusions.** Peu de règles encadrent la clause de prorogation qui est dès lors facilement adaptable aux besoins des parties. La validité de sa stipulation pose peu de difficulté et est largement admise. Il convient encore de s'intéresser à l'efficacité de la mise en œuvre de la prorogation, intervenant dans un second temps.

## §2. L'efficacité de la mise en œuvre de la prorogation

285. – **Conditions de mise en œuvre.** Si le législateur et la jurisprudence admettent la validité du mécanisme de la prorogation assez largement, l'efficacité de la mise en œuvre de la clause de prorogation exige le respect de certaines conditions.

La prorogation doit être mise en œuvre avant l'arrivée du terme extinctif, que ce soit par la survenance d'un événement ou par la décision des parties (A). La décision de prorogation est encore soumise à certaines conditions pour être véritablement efficace (B).

<sup>57</sup> Art. 1844-6 C. civ. « Un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés doivent être consultés à l'effet de décider si la société doit être prorogée. À défaut, tout associé peut demander au président du tribunal, statuant sur requête, la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation prévue ci-dessus. ».

<sup>58</sup> Mémento pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales* 2009, n°1173.

## ***A. La prorogation en temps utile***

286. – **Jurisprudence.** La jurisprudence est très claire : la prorogation doit être mise en œuvre avant l'arrivée du terme extinctif pour être efficace (1). Au-delà, le couperet tombe : le contrat est éteint. Cette solution peut avoir des conséquences irrémédiables (2), notamment pour le contrat de société.

### ***1. Prorogation avant l'arrivée du terme extinctif***

287. – **Pléonasme.** Pour que le contrat puisse être prorogé, il doit être en cours d'exécution lors de la mise en œuvre du mécanisme. Cette évidence a été rappelée par la Cour de cassation<sup>59</sup> qui précise qu'une fois le terme arrivé à échéance, le contrat s'éteint sans que l'on puisse le « *ressusciter* »<sup>60</sup>.

La clause de prorogation a donc vocation à produire ses effets avant et jusqu'à l'arrivée du terme extinctif initial. Elle doit être mise en œuvre en temps utile. Il convient dès lors d'anticiper les modalités de mises en œuvre d'une telle clause — notamment si un écrit est requis, il convient de prévoir si la date utile est la date d'émission ou de réception de l'accord entre les parties, lorsque celui-ci n'est pas donné concomitamment.

Au-delà du terme contractuel, la prorogation ne peut plus être décidée — le contrat dont l'exécution est poursuivie sera considéré comme ayant été reconduit avec toutes les conséquences afférentes. Or, la reconduction consiste à conclure un nouveau contrat et non à poursuivre le même contrat.

288. – Le rédacteur de contrat doit donc être attentif à ne pas prévoir de conditions de forme trop contraignantes au risque de porter atteinte à l'efficacité du mécanisme. Il ne peut pas y avoir de prorogation au-delà du terme extinctif. Les conséquences sont irrémédiables : le contrat a cessé entre les parties.

### ***2. Conséquences de la prorogation au-delà du terme extinctif***

289. – Le terme extinctif éteint définitivement le contrat, la prorogation ne pouvant ressusciter le contrat qui a pris fin. Les parties doivent donc faire preuve de vigilance sauf à subir des conséquences irrémédiables, ce qui est patent au regard du contrat de société.

290. – **Le cas de la prorogation d'une société.** Appliquée à la prorogation d'une société, l'importance de mettre en œuvre le mécanisme de la prorogation en temps utile revêt un caractère d'autant plus important que si la société n'a pas été prorogée avant l'arrivée de son terme, elle devra être dissoute et liquidée par les associés – ce qui entraîne la perte de la personnalité juridique<sup>61</sup>.

Les opérations de liquidation sont assez lourdes à gérer et impliquent de nombreuses et coûteuses formalités. Constituer à nouveau une société équivaut à recréer une nouvelle activité sans lien avec

---

<sup>59</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 mars 1994 n° 92-10.796, Bull. n°87.

<sup>60</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 127.

<sup>61</sup> En principe, les associés doivent décider de la prorogation un an avant l'arrivée du terme. Cependant, il est admis que les associés puissent décider de la prorogation jusqu'à l'arrivée du terme. Au-delà, même avec une clause de rétroactivité, la société est dissoute (CA Paris 2<sup>ème</sup> ch. B 21 oct. 1994, Sté Poincaré Immobilier c/Sté consorts Haziza, *BJS* 1995 p. 43 obs. M. Jeantin, *RJDA* 1995 n°581). La société dissoute qui continue à fonctionner est qualifiée de société de fait (Cass. com. 12 fév. 1973 n°71-13.615 Bull. n°70).

l'ancienne. Les associés perdent leur fonds de commerce et leur investissement. Il convient donc d'être particulièrement vigilant.

291. – Une fois que la prorogation a été décidée par les parties en temps utile, il convient de s'intéresser à l'expression de leur consentement.

## ***B. Le consentement à la prorogation***

292. – Prorogation éventuelle. La prorogation du contrat est toujours éventuelle. Lorsque la prorogation est volontaire, les parties peuvent soit consentir à la prorogation de leur contrat (1) soit s'y opposer (2). De ce nouveau consentement dépend l'efficacité du mécanisme.

### ***1. L'objet du consentement***

293. – **Acte de volonté.** La prorogation repose sur un acte de volonté des parties (a). La jurisprudence s'est emparée du mécanisme pour imposer dans certaines circonstances un maintien forcé du contrat sans tenir compte de la volonté des parties (b).

#### **a. Le consentement, acte de volonté**

294. – La clause de prorogation met en place une possibilité de proroger le contrat au-delà du terme extinctif et non un consentement pur et simple à la prorogation du contrat lors de la survenance du terme. Le caractère éventuel de la mise en œuvre de la clause oblige à vérifier la validité du consentement des parties à la prorogation. Il s'agit d'un accord des volontés des parties qui intervient a posteriori du contrat et qui impose de vérifier l'ensemble des conditions de validité d'un tel acte d'administration du contrat.

Certains auteurs<sup>62</sup> parlent d'avenant au contrat. Cependant, parler d'avenant ne rend pas totalement compte de la spécificité du mécanisme : il s'agit de la mise en œuvre d'une clause contractuelle consentie *ab initio* et non d'une modification contractuelle simple. Dans le cadre d'un avenant, les parties sont libres de consentir. Or, la liberté du consentement à la prorogation dépendra des modalités prévues par la clause : ainsi dans le cadre d'une éventuelle prorogation de délai pour retard d'exécution, la Cour de cassation<sup>63</sup> a pu sanctionner une partie refusant d'appliquer la clause. La prorogation ne semble pas pouvoir être qualifiée d'avenant.

La notion d'acte d'administration<sup>64</sup> du contrat par les partenaires contractuels rend davantage compte du mécanisme. Les parties appliquent le contrat bien qu'un nouveau consentement soit nécessaire.

---

<sup>62</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 127.

<sup>63</sup> Cass. com. 18 mai 1993 n°91-12.171 Bull. n°192 : « *Attendu que, débouter la société Résidence aurélienne de sa demande, l'arrêt énonce qu'aucune obligation légale ne lui permettant d'obtenir, après la revente, une prorogation du délai, la clause de prorogation mise à la charge de l'acquéreur s'analysait en une condition impossible ; Qu'en statuant ainsi, alors que la société Villa Aurélia s'était personnellement engagée à l'égard de la société Résidence aurélienne à construire dans le délai imparti à cette dernière pour tenir son propre engagement, la cour d'appel a méconnu la loi du contrat.* »

<sup>64</sup> Définition d'acte d'administration : « *Opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine (entretien, assurance, dépôt, prêt, location sauf exception etc.) qui peut varier selon la nature du bien administré (entreprise commerciale, exploitation agricole, immeuble de rapport) et comprend des actes*

295. – **Le consentement.** La prorogation n'est pas un acte normal et anodin. Elle augmente les engagements des parties qui sont tenues d'exécuter leurs obligations pendant un délai supplémentaire. En tant que telles, en matière de droit des sociétés, des règles spécifiques imposent que la décision soit prise à l'unanimité des associés ou à une majorité qualifiée dans les conditions de modifications statutaires<sup>65</sup> un an avant l'arrivée du terme. La législation qui s'applique porte sur le consentement exprimé lors du renouvellement, et non sur la possibilité de proroger lors de la signature des statuts.

296. – **La capacité.** En matière contractuelle, il convient de même que chacune des parties exprime un consentement libre et éclairé qui ne soit pas entaché des vices du consentement lors de la prorogation. Les parties doivent avoir la capacité et le pouvoir de décider de la prorogation de leur engagement au moment où la clause est mise en œuvre et pas seulement lors de la conclusion du contrat. Ainsi, la jurisprudence<sup>66</sup> a pu sanctionner la prorogation de contrats de prêt alors que le chef du pool bancaire n'avait pas de pouvoir spécifique.

Le principe de la prorogation est donc l'expression d'une volonté des parties. La jurisprudence a pu imposer la prorogation du contrat dans certains cas.

### b. Le consentement imposé

297. – **Sanction du maintien forcé du contrat.** La prorogation est un mécanisme basé sur la volonté des parties au contrat<sup>67</sup>. On parlera plus volontiers de maintien forcé du contrat lorsque la loi ou une décision de justice<sup>68</sup> impose la poursuite des effets du contrat aux parties sans tenir compte de leur consentement.

298. – **Loi.** En effet, le législateur est intervenu afin de conférer un droit de maintien dans les lieux au locataire dont le bail est expiré lorsque celui-ci a été conclu sous l'empire de la loi de 1948<sup>69</sup>. Le droit au maintien dans les lieux se distingue du mécanisme de la reconduction, il n'y a pas de conclusions d'un nouveau contrat. Ce droit permet au preneur de se maintenir dans les lieux sans limitation de durée dans les mêmes conditions que le bail expiré.

De même, toute mesure d'expulsion est suspendue durant toute la période de trêve hivernale<sup>70</sup>, les contrats de baux résolus étant dès lors prorogés dans leurs obligations durant cette période.

---

*d'aliénation (vente de marchandises ou de récolte), ou d'acquisition (achat de semences, d'engrais ou de petit outillage), opération qui occupe le 2ème degré dans l'échelle de gravité des actes juridiques (après les actes de disposition et avant les actes conservatoires) et dont l'ensemble détermine en canon législatif la limite des pouvoirs de l'administrateur du patrimoine d'autrui », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9ème éd. 2011.*

<sup>65</sup> Art. 1844-6 al. 1 C. civ. : « *La prorogation de la société est décidée à l'unanimité des associés, ou, si les statuts le prévoient, à la majorité prévue pour la modification de ceux-ci.* ».

<sup>66</sup> CA Versailles 5 déc. 2002, *RJD* 2003 n°417, *RTD civ.* 2004 p. 498 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>67</sup> A. Cermolace et V. Perruchot-Triboulet, *Fasc. 70 Durée dans les contrats*, JCL Contrat - Distribution, n°206 et s. et 211 et s.

<sup>68</sup> A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LP* 2 oct. 02 p. 7.

<sup>69</sup> Art. 17 de la loi n°48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948.

<sup>70</sup> Art. L. 613-3 CCH issu de la loi n°56-1223 du 3 déc. 1956.

299. – **Jurisprudence.** Les hypothèses judiciaires quant à elles concernent principalement le droit du travail<sup>71</sup> et le droit des baux commerciaux<sup>72</sup>. Cependant, il arrive que les juges du fond et le juge des référés utilisent le maintien forcé du contrat à titre de sanction des ruptures contractuelles abusives, ces ruptures pouvant concerner tant des contrats à durée déterminée que des contrats à durée indéterminée<sup>73</sup>.

Le juge des référés qui décide de recourir à une telle sanction doit « *fixer un terme certain à la mesure* »<sup>74</sup>, étant le juge de l'apparence, seule une décision de fond peut fixer définitivement le sort d'une relation rompue abusivement. Le juge des référés paralyse la rupture du contrat en prolongeant le même contrat pour un temps donné. Dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, il paralyse le terme extinctif et dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, il paralyse d'acte de rupture.

La Cour de cassation s'est notamment prononcée à l'occasion d'une résiliation régulière. Une compagnie d'assurance avait dénoncé le contrat d'assurance dans les délais conventionnels afin de ne pas avoir à garantir d'éventuels sinistres liés à la panne informatique prévue par le passage à l'an 2000. La Haute Juridiction a alors admis que le juge des référés puisse ordonner le maintien forcé des effets de la police d'assurance avec un terme certain afin de permettre à l'assuré de rester couvert le temps de trouver un autre assureur afin d'éviter un « *dommage imminent* »<sup>75</sup>.

300. – **Conditions jurisprudentielles.** Deux conditions sont donc imposées par la Cour de cassation : que la résiliation régulière entraîne un dommage imminent pour la victime de la rupture, et que le juge des référés fixe un terme certain à la prorogation du contrat. La prorogation ne peut donc être ni à durée indéterminée ni affectée d'un terme incertain – notamment par la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance comme dans le cas d'espèce. Le juge des référés a un pouvoir souverain d'appréciation de la durée de la prorogation imposée. L'auteur de la rupture ne pourra alors qu'agir au fond pour demander au juge qu'il constate la rupture du contrat.

301. – **Effet du maintien forcé.** Le maintien forcé du contrat par le juge fait survivre le contrat en « *paralysant* »<sup>76</sup> le terme extinctif. Le juge intervient directement sur l'application des stipulations contractuelles. Ce n'est donc pas tant qu'une sanction à l'égard de l'auteur de la rupture qu'une

---

<sup>71</sup> Nullité des ruptures de contrat de travail et réintégration du salariés dans l'entreprise : art. L. 1226-13 C. trav. en faveur des personnes ayant eu un accident de travail ou une maladie professionnelle, art. L. 1225-5 C. trav. en faveur des femmes enceintes, art. L. 1132-2 C. trav. en faveur des salariés grévistes, art. L. 1132-1 C. trav. en faveur des victimes de discrimination.

<sup>72</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 nov. 2003 n°01-17530 Bull. n°189 : « *la cour d'appel a pu en déduire que la société Euro manager's avait commis une faute ayant causé à la société locataire un préjudice qu'elle a souverainement évalué au montant des loyers dont cette société s'était trouvée redevable du fait de la continuation du bail* ».

<sup>73</sup> Cass. com. 27 avril 1993 n°91-10.203 Bull. n°159, J. Mestre, « Rupture abusive et maintien forcé du contrat », *RDC* 2005 p. 99 et 104 et cf. Thèse Partie 1 Titre 1 «Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale», p. 69.

<sup>74</sup> CA Paris 15 mai 2002, *Com. Com. elec.* 2002 com. 120 obs. P. Stoffel-Munck et *RGAT* 1992 p. 892 obs. J. Kullmann.

<sup>75</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n°99-18.576 Bull. n°286 p. 185, *JCP G* 2001 II n°10.506 obs. X. Vuitton, *D.* 2001 p. 256 obs. C. Jamin et M. Billau, *D.* 2001 p. 1.137 obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2001 p. 135 obs. J. Mestre.

<sup>76</sup> C. Jamin et M. Billau, « Le juge des référés impose la poursuite des effets d'un contrat d'assurance valablement dénoncé par l'assureur », *D.* 2001 p. 256.



mesure conservatoire dans le but de protéger la « victime » de la rupture pour qui les conséquences vont très probablement créer un préjudice.

302. – **Critique.** Cela revient à considérer que l'application du contrat peut être préjudiciable à une partie. Il y a ici non pas un contrôle des motifs de la rupture, mais un contrôle des conséquences de la rupture au nom de la bonne foi contractuelle. Ce pouvoir accordé aux juges des référés n'est pas sans laisser inquiet quant à son usage procédural par les parties. Il ne repose sur aucun fondement légal et est à l'appréciation des magistrats. Le consentement des parties est ici ignoré. Cette solution reste exceptionnelle, ce qui est heureux.

Les parties doivent valablement consentir à la prorogation du contrat. Cependant, elles sont libres de refuser de proroger leur lien contractuel.

## ***2. Le refus de proroger le contrat***

303. – Lorsque les parties refusent de proroger le contrat, le terme extinctif du contrat sera appliqué et il sera mis fin au contrat. Si les parties poursuivent tout de même l'exécution du contrat, celui-ci sera considéré comme tacitement reconduit.

304. – **Il est plus facile de reconduire que de proroger.** Nous constatons donc contrairement à la reconduction qui tend à s'appliquer même dans le silence des parties, la prorogation nécessite un acte de volonté qui soit réel, conscient et exprimé par les parties. Cette différence pratique n'a pas de fondement juridique autre que l'interprétation des tribunaux qui trouvent apparemment moins important de conclure un nouveau contrat que de continuer un contrat en cours !

Le refus de proroger doit être exprimé en temps utile : ainsi, en cas de prorogation automatique avec un terme déterminable, les parties ne pourront plus refuser la prorogation et seront soumises au nouveau terme extinctif convenu<sup>77</sup>.

L'efficacité de la clause de prorogation nécessite de respecter un certain formalisme qui ne va pas de soi.

305. – La validité de la prorogation est largement admise bien que son efficacité exige une certaine vigilance quant aux modalités de sa mise en œuvre. Lorsque les parties décident de recourir à la prorogation, quelles qu'en soient les différentes modalités, un régime spécifique lui est attaché qui témoigne de l'unicité contractuelle de la notion juridique.

## **SECTION 2 :**

### **RÉGIME DU CONTRAT CONTINUÉ**

306. – **Contrat continué.** La prorogation consiste à faire survivre temporairement le même contrat dans tous ses éléments à l'arrivée de l'échéance. C'est un contrat identique<sup>78</sup> qui est maintenu par un « *effet de continuation du fleuve contractuel initial* »<sup>79</sup>. Cette caractéristique est essentielle : elle permet de distinguer le mécanisme de la prorogation de celui de la reconduction.

<sup>77</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 17 juill. 1997 n°95-19.222 Bull. n°173.

<sup>78</sup> Cass. com. 8 juill. 2003 n°01-10.010.

<sup>79</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 129.



Le même contrat se poursuit : cet état de droit a des conséquences spécifiques entre les parties (§1) et envers les tiers (§2).

## §1. L'effet de la prorogation entre les parties

307. – **Report du terme extinctif.** Proroger un contrat c'est le prolonger, le poursuivre dans toutes ses dispositions. Les parties ne souhaitent pas conclure un nouveau contrat, mais juste se donner un peu plus de temps. La relation est appelée à prendre fin : le terme extinctif est seulement repoussé. Pendant cette prolongation, les parties restent tenues par l'ensemble des stipulations contractuelles ; l'exécution de leurs obligations se poursuit.

La prorogation a un effet temporel sur le contrat (A) dont les accessoires suivant le sort du contrat sont de fait prorogés (B).

### A. Temporalité de la prorogation

308. – **Modification du terme.** Décider de proroger un contrat, c'est en modifier le terme extinctif (1) afin de créer une continuité temporelle (2). Une unité contractuelle existe : il n'y a pas de nouveau contrat s'inscrivant dans une relation contractuelle qui se conclut, mais uniquement la poursuite du même contrat.

#### 1. Prorogation et modification du seul terme extinctif

309. – **Le terme prorogé.** La clause de prorogation modifie le terme extinctif du contrat. Le contrat perdure dans tous ses autres éléments. Seul le terme extinctif initial est modifié : il est prorogé pour un laps de temps déterminé ou déterminable.

L'objet du contrat doit rester le même, à la différence des mécanismes de la novation et de la reconduction. Si les parties souhaitent modifier l'objet du contrat, il ne s'agit plus du mécanisme de la prorogation, mais de celui de la conclusion d'un véritable avenant, voir d'un nouveau contrat.

310. – **Terme indéterminé ?** Le mécanisme de la prorogation a vocation à être utilisé concernant les contrats à durée déterminée et non les contrats à durée indéterminée. La question a pu se poser de savoir si les parties pouvaient changer la nature du contrat en substituant au terme déterminé un terme indéterminé.

Une telle modification bouleverserait l'économie du contrat, celle-ci ayant un impact sur les modalités de rupture du contrat — d'une force obligatoire limitant la rupture du contrat par l'arrivée d'un terme, le contrat devient résiliable à tout moment. Cependant, il s'agit bien de la modification du terme extinctif du contrat ce qui correspond à la définition du mécanisme de la prorogation.

Sauf dispositions légales impératives, les parties peuvent apporter des modifications substantielles au contrat conclu par le biais d'un avenant. Il est dès lors possible de décider que le contrat à durée déterminé devienne un contrat à durée indéterminée. Cependant, il ne s'agirait pas ici d'une prorogation de contrat, mais d'une modification du contrat. Or, l'avenant vient s'ajouter au contrat initial, c'est une nouvelle convention accessoire à la première<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> L. Boyer, *Contrat et convention*, Rép. civ. n°329.

Dans la mesure où la prorogation est décidée dès le contrat initial, la mise en œuvre d'une clause ne peut être perçue comme une modification substantielle du contrat. Il ne s'agirait que d'une des modalités d'exécution de la clause de prorogation.

311. – **Novation ?** Il a pu se poser la question de savoir si une telle modification ne s'analysait pas en une novation<sup>81</sup> de contrat<sup>82</sup>. La novation de contrat a notamment pour conséquence pratique de mettre un terme au contrat accessoire<sup>83</sup>. Il y a disparition de l'ancien contrat au profit d'une nouvelle relation contractuelle.

La suppression du terme extinctif ou l'adjonction d'un terme extinctif à un contrat initialement conclu à durée indéterminée n'est pas une novation de contrat pour la doctrine<sup>84</sup>, mais bien une prorogation, ce que confirme la jurisprudence<sup>85</sup>. La novation de contrat suppose une intention<sup>86</sup>, l'*aliquid novi*, qui ne peut pas être déduite du simple changement de nature du terme selon qu'il devienne déterminé ou indéterminé.

La question s'est plus particulièrement posée en jurisprudence en matière de contrat de travail. La Cour de cassation reconnaît un caractère novatoire à une modification du terme d'un contrat de travail<sup>87</sup>. L'enjeu pour l'employeur est la possibilité de prévoir une nouvelle période d'essai. Cependant, les derniers arrêts marquent un retour à une plus grande rigueur et n'hésitent pas à écarter la novation au profit de la prolongation de la relation salariale<sup>88</sup>.

312. – Rien ne semble pouvoir s'opposer à ce que la clause de prorogation substituée à un terme extinctif déterminé un terme extinctif indéterminé sans novation. La prorogation permet de continuer le même contrat. La continuité du contrat prorogé s'exprime dans le jeu des responsabilités contractuelles et des mécanismes de rupture.

---

<sup>81</sup> Art. 1271 C. civ. et s.

<sup>82</sup> Ph. Simler, *Contrats et obligations, Novation, Modes particulier, Novation par changement de l'obligation*, JCL Civ. Code Fasc. 20 n°66 et s.

<sup>83</sup> Art. 2316 C. civ.

<sup>84</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV 6<sup>ème</sup> éd. 1942 § 324 p. 328 s. ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français t. VII Obligations* par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde : 2<sup>ème</sup> éd. 1954 n° 264 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. I<sup>U</sup>, Les obligations*, Coll. Thémis PUF 22<sup>ème</sup> éd. 2000 n° 348 et 351 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations, t. II, Le régime*, par Ph. Jestaz, Sirey 2<sup>ème</sup> éd. 1989 n° 419 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. II, 1<sup>er</sup> vol., Obligations*, par F. Chabas, Montchrestien 9<sup>ème</sup> éd. 1998 n° 1223 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, t. III, Régime général*, Litec 6<sup>ème</sup> éd. 1999 n° 541 ; J.-L. Aubert, Rép. civ. Dalloz v° *Novation* n° 45 ; A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. Tallon, Thèse Paris II LGDJ 1980 n°304 s. ; Ch. Paçtet, « De la réalisation de la novation », *RJT D civ.* 1975 p. 435 p. 642 n° 37 ; P. Raynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation : Cours de DEA 1977/78*, vol. 1 et 1978/79, vol. 2, *Les cours du droit* vol. 2 p. 64 s. ; Contra : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis D. 10<sup>ème</sup> éd. 2009 n° 1429.

<sup>85</sup> Cass. req. 11 mars 1868, *DP* 1868 1 p. 435 ; Cass. req. 8 nov. 1875, *DP* 1876 1 p. 438 ; Cass. civ. 9 fév. 1887, *DP* 1878 1 p. 269 ; Cass. civ. 2 mai 1919, *Gaz. Pal.* 1919 2 p. 317 ; Cass. com. 7 fév. 1962 Bull. n°84 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 avril 2001 n°99-18.301 Bull. n°46, *JCP G* 2001 IV 2032.

<sup>86</sup> Art. 1273 C. civ. : « *La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.* ».

<sup>87</sup> Cass. soc. 9 mai 1983 n°81-40.725 Bull. n° 242 ; Cass. soc. 10 déc. 1984 n°82-42.42, *JCP G* 1985 IV 68 ; Cass. soc. 17 mars 1993 n°89-45.508 et 89-44.738, *Gaz. Pal.* 1993 1 pan. p. 104.

<sup>88</sup> Cass. soc. 3 mars 2009 n° 07-45.202 ; Cass. soc. 25 mars 2009 n°06-46.330 Bull. n°87.

## 2. Prorogation et continuité contractuelle

313.– **Continuation d'un même contrat.** La prorogation est la continuation du même contrat. Ceci a plusieurs conséquences qui illustrent la différence fondamentale entre le régime de la prorogation et de la reconduction (a). Cependant, prorogation et reconduction se rejoignent quant aux conséquences de la cessation de la relation contractuelle (b).

### a. Différences d'effets de la prorogation et de la reconduction

314.– **Continuité du régime légal initial.** La loi applicable au contrat est traditionnellement considérée comme restant inchangée. Cette affirmation est vraisemblablement confirmée par la théorie de l'effet immédiat de la loi nouvelle développée par le doyen Roubier<sup>89</sup> qui admet que la loi nouvelle n'a vocation qu'à régir de nouvelles situations contractuelles. Les volontés individuelles ne doivent pas être bouleversées : or, la prorogation n'est que la poursuite de la relation contractuelle selon le même *instrumentum* et le même *negotium*. Cet effet de la prorogation la distingue de la reconduction qui fait naître une nouvelle situation contractuelle<sup>90</sup>.

315.– **Les inexécutions.** Les manquements contractuels qui se sont produits avant la prorogation du contrat peuvent toujours être invoqués par le créancier notamment au titre de l'exception d'inexécution, ou de l'évaluation des dommages et intérêts.

L'octroi d'un délai par prorogation au débiteur n'efface pas sa responsabilité. Ainsi, une clause de prorogation après une suspension du contrat liée à la faute du débiteur peut être associée à une clause pénale. Il revient aux parties de déterminer les conditions de responsabilité et de garantie.

Si la reconduction et la prorogation ont des effets bien distincts, ces deux mécanismes se fondent l'un à l'autre quant aux conséquences de la cessation du lien contractuel.

### b. Identité d'effet de la prorogation et de la reconduction

316.– **Préavis de rupture.** À la différence, les régimes de la reconduction et de la prorogation du contrat se rejoignent en cas de rupture de la relation contractuelle : la durée totale du contrat est prise en compte, et ce incluant la durée de la prorogation et des reconductions. Cette durée totale permettra de déterminer la durée de préavis judiciairement non brutale<sup>91</sup>.

Lors de la rédaction de la clause de résiliation du contrat, il convient donc de considérer la durée du préavis en corrélation avec la clause de prorogation. Le contrat est un tout dont l'ensemble des clauses ne se comprend que les unes par rapport aux autres. Le rédacteur de contrat a donc cette responsabilité de penser la rupture du contrat en fonction du terme extinctif éventuellement prorogé. Il est libre d'en aménager les dispositions, mais il ne doit pas les ignorer.

Si le contrat est continué dans son contenu, la prorogation a une portée plus générale qui porte sur tous les accessoires au contrat.

---

<sup>89</sup> P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps [Théorie de la non-rétroactivité des lois]*, 2 vol., 1929-1933, Firmin Didot frères ; L. Bach, *Conflit de lois dans le temps*, Rép. civ. 2010, n°101 et s.

<sup>90</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 «Chapitre 2 : La clause de reconduction», p. 128.

<sup>91</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 «Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale», p. 69.

## ***B. Les accessoires prorogés***

317. – **Désignation des accessoires.** La décision de proroger le contrat ne pose pas les mêmes difficultés selon la nature des accessoires. Parler des accessoires du contrat désigne à la fois les obligations accessoires stipulées dans le contrat (1) et les contrats qui lui sont liés (2).

### ***1. Les obligations accessoires au contrat continué***

318. – **L'accessoire suit le principal.** Le contrat prorogé étant le même contrat maintenu dans ses effets, les accords qui lui sont liés profitent des effets de la prorogation du contrat. C'est notamment le cas des obligations accessoires telles que l'obligation de confidentialité ou l'obligation de non-concurrence.

319. – **Obligations post-contractuelles.** Le problème qui se pose porte sur les obligations accessoires affectées d'un terme différent de celui du contrat. Il arrive en pratique que les obligations post-contractuelles soient conclues selon une durée propre telles que des obligations d'information, de restitution ou de conservation de matériel, sur les licences d'utilisation éventuellement accordées...

La modification subséquente de la durée de ces obligations dépendra des stipulations contractuelles concernant le point de départ de ces obligations soit une date déterminée soit le terme extinctif du contrat – prorogé ou non prorogé.

#### **■ Exemple :**

« *L'obligation post-contractuelle prendra effet à l'extinction du contrat.* »

Une telle formulation a pour avantage de prendre en compte les éventuelles prorogations du contrat.

« *L'obligation post-contractuelle sera exigible à compter du [à compléter].* »

Une telle formulation ne prend pas en compte les éventuelles prorogations du contrat. Sa durée est autonome.

320. – Il est important d'éviter toute contradiction malheureuse entre les différentes stipulations. L'intérêt de la prorogation porte principalement sur l'extension de son effet aux conventions accessoires au contrat prorogé.

### ***2. Les contrats liés prorogés***

321. – **Effet extensif de la prorogation.** La prorogation du contrat porte sur le contrat dans tous ses éléments. Lorsque le contrat fait partie d'un ensemble contractuel, il convient de définir la portée de la prorogation d'un seul contrat sur les autres contrats. La question est d'autant plus importante en matière d'interdépendance contractuelle<sup>92</sup> pour laquelle « *proroger un contrat imbriqué, c'est nécessairement proroger l'opération globale* ».

322. – **Identité de parties.** Entre les mêmes parties, « *l'extension de la prorogation d'un contrat à un autre devrait ainsi être admise* ». Cependant, aucune position jurisprudentielle de principe n'a

<sup>92</sup> S. Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats », *D.* 2007 n°359.

été rendue, ce qui oblige les parties à une particulière vigilance dans la réalisation d'une opération globale afin que la prorogation d'un contrat soit cohérente avec la durée des autres engagements. Cependant, « *la notion d'indivisibilité n'est pas suffisamment précise pour servir de fondement juridique au phénomène d'imbrication des relations contractuelles et tout lien entre deux contrats n'est pas nécessairement un lien d'interdépendance.* »<sup>93</sup> La difficulté réside donc dans le fait de déterminer quels sont les contrats d'une opération complexe prorogés et non prorogés. Il est recommandé aux parties de proroger volontairement chaque contrat lié ou de prévoir une clause de prorogation automatique envers les contrats accessoires en cas de prorogation d'un contrat principal. Le rédacteur de contrat doit être attentif à maintenir un lien temporel entre les différentes opérations, quel que soit leur degré d'intégration les unes envers les autres.

323. – **Clause d'indivisibilité de durée.** La rédaction d'une clause d'indivisibilité liant les durées contractuelles permettrait de prévenir le risque de voir un contrat prorogé, mais pas l'autre. De même, cela permettrait d'éviter d'étendre la prorogation à un contrat qui n'aurait pas à l'être.

324. – **Rédaction d'une clause d'indivisibilité.** Lors de la rédaction d'une clause d'indivisibilité, il peut être utile de déterminer le contrat principal dont la prorogation éventuelle résultera d'un acte de volonté de la part des parties et le(s) contrat(s) accessoire(s) dont la prorogation sera automatique du fait de la prorogation du contrat principal.

■ **Exemple de clause d'indivisibilité dans un contrat accessoire :**

« *Le contrat conclu entre X et Y en date du [à compléter] est indivisible du contrat conclu entre X et Z en date du [à compléter]. Tous deux ont une durée identique. En cas de prorogation du contrat conclu entre X et Z, le contrat conclu entre X et Y sera automatiquement prorogé de la même durée, les parties consentant dès à présent expressément à la prorogation à venir.* »

■ **Exemple de clause d'indivisibilité dans un contrat principal :**

« *Le contrat conclu entre X et Y en date du [à compléter] est indivisible du contrat conclu entre X et Z en date du [à compléter]. Tous deux ont une durée identique.* »

325. – **Conseils de rédaction.** Parallèlement, il conviendra de stipuler une clause de prorogation.

326. – **Conclusion.** La prorogation a donc un effet extensif sur les accessoires du contrat qu'elle affecte qu'il est possible d'aménager contractuellement notamment par l'usage d'une clause d'indivisibilité.

Si entre les parties, la prorogation se caractérise par une continuité du rapport contractuel, l'opposabilité aux tiers nécessite le respect d'un certain formalisme.

## §2. L'effet de la prorogation envers les tiers

327. – **Opposabilité.** La prorogation est opposable aux tiers. Cependant, lorsque le contrat a fait l'objet de mesure de publicité visant à informer les tiers, il convient de s'intéresser aux formalités à réitérer en cas de prorogation. Les formalités de publicité sont variées : elles se rencontrent en matière de bail commercial, de licence de marque ou de brevet principalement.

<sup>93</sup> S. Pellé, « La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats », *D.* 2007 n°390 p. 364 et 365.

Dans certains cas, les tiers peuvent avoir un intérêt direct envers la prorogation du contrat. C'est notamment le cas des cautions.

La prorogation oblige donc à s'intéresser à l'information des tiers (A) et plus particulièrement de la caution (B) lorsqu'elle est mise en œuvre.

### ***A. Prorogation du contrat et information des tiers***

328. – **Silence légal.** La prorogation prolonge la durée du contrat. La question s'est posée de l'éventuelle réitération des formalités légales obligatoires lors de la conclusion du contrat initial.

Aucune disposition légale générale ne vient encadrer les modalités de prorogation et notamment l'opposabilité aux tiers. Seules certaines règles légales imposent explicitement une nouvelle publicité, notamment en ce qui concerne les inscriptions hypothécaires<sup>94</sup>.

329. – **Doctrine.** La doctrine<sup>95</sup> considère traditionnellement qu'il convient de respecter les mêmes conditions de fond et de forme que le contrat initial, et ce sans distinction des modalités de prorogation — que celle-ci soit automatique ou consentie. En effet, selon ces auteurs, la prorogation est considérée comme un avenant au contrat initial, soumis dès lors au même formalisme que le contrat initial.

330. – **Critique.** Cette position est critiquable. D'une part, le contrat initial soumis à publicité contient la clause de prorogation et les modalités de prorogation. Les tiers sont donc informés de l'éventualité de la prorogation et de ses modalités. D'autre part, cela reviendrait à limiter l'efficacité des cas de prorogation automatique soumise à un formalisme assez rigoureux.

Le régime pourrait être inverse : les tiers pourraient avoir un droit d'information des parties au contrat quant à la réalisation de l'éventuelle prorogation du contrat.

Confronté à ces incertitudes, le rédacteur de contrat a deux options :

- soit, il soumet le contrat à la réitération des formalités en cas de mise en œuvre de la prorogation ;
- soit, il stipule expressément le droit de réponse des tiers à la première demande d'information de leur part. Il lui est même possible de désigner un professionnel du droit chargé de répondre à une telle demande d'information.

Les incertitudes quant aux formalités à l'égard des tiers sont d'autant plus importantes concernant le contrat de cautionnement, la caution ayant un intérêt direct concernant l'exécution du contrat principal.

### ***B. Prorogation du contrat principal et information de la caution ?***

331. – **Cautionnement du contrat prorogé.** Prolonger le contrat entre les parties ressort de la liberté contractuelle, mais qu'en est-il des cautions qui se sont engagées à garantir un contrat principal ?

---

<sup>94</sup> Art. 2430 C. civ. imposant une inscription en marge des inscriptions existantes.

<sup>95</sup> A. Cermolace, V. Perruchot-Triboulet, *Durée dans les contrats*, JCL Contrats – Distribution, Fasc. 70, n°209 et s.



Les articles 2316<sup>96</sup> et 2292<sup>97</sup> du Code civil prévoient que la prorogation du terme par le créancier au bénéfice du débiteur principal ne décharge pas la caution de son engagement. Cependant, la prorogation ne lui est pas opposable sauf clause contraire<sup>98</sup>.

332. – **Obligation de couverture et de règlement.** En matière de cautionnement, il convient de distinguer entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement<sup>99</sup>. Ce qui importe, c'est le moment de naissance de la dette du débiteur principal. Si le contrat de cautionnement est arrivé à terme, seule l'obligation de couverture a pris fin : l'obligation de règlement demeure pour l'état d'endettement au jour de l'extinction de l'engagement du contrat de cautionnement<sup>100</sup>.

333. – **Période de couverture.** Il est donc important de déterminer la période de couverture, qui peut — mais pas nécessairement — être fonction de la durée du contrat principal incluant la possibilité de proroger le contrat principal.

Il ne serait cependant pas équitable de laisser les cautions à la merci des accords entre le créancier et le débiteur principal. C'est pourquoi le législateur, à l'article 2316 du Code civil, permet à la caution assignée en paiement de poursuivre le débiteur principal en exécution forcée lorsque celui-ci a obtenu une prorogation de terme du contrat principal.

La pratique a élaboré deux mécanismes, l'un favorable à la caution et l'autre favorable au débiteur principal.

334. – **Clauses spécifiques en faveur de la caution.** Certains contrats de cautionnement stipulent une clause par laquelle il est prévu qu'aucune prorogation de terme extinctif ne pourra être accordée au débiteur principal sans l'accord de la caution<sup>101</sup>.

La caution étant un tiers au contrat principal, cette clause ne saurait être efficacement opposée au débiteur principal. Cette difficulté a été écartée de deux manières : soit, le débiteur principal intervient au contrat de cautionnement et consent à une telle clause ; soit, le contrat principal fait référence à une telle stipulation. L'efficacité de cette clause est limitée aux accords contractuels à l'exclusion des délais de grâce qui peuvent être judiciairement accordés<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> Art. 2316 C. civ. : « *La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.* » (Ancien article 2039).

<sup>97</sup> Art. 2292 C. civ. : « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté* » (Ancien art. 2015).

<sup>98</sup> Cass. com. 9 avril 2013 n°12-18.019 Bull. n°NC.

<sup>99</sup> C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Thèse, Montpellier, Litec, 1979.

<sup>100</sup> Cass. civ. 28 oct. 1997 n°95-1345 Bull. n°296 : « *en cas de prorogation de la convention de compte courant, le fait que le créancier n'a introduit son action que postérieurement à la limite de l'engagement de la caution est, sauf convention contraire, sans incidence sur l'obligation de celle-ci dès lors que la dette du débiteur principal était antérieure à cette date limite et que, sauf à ce que toute remise postérieure vienne en déduction du montant de la dette, la caution est tenue de garantir le solde débiteur du compte courant au jour de l'expiration du cautionnement.* ».

<sup>101</sup> M. Dagot, « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », *JCP* 1973 I 2577.

<sup>102</sup> Article 1244-1 C. civ.



335. – **Clauses spécifiques en faveur du débiteur principal.** À l'inverse, certaines clauses prévoient que la caution accepte d'ores et déjà « toute prorogation qui pourrait être accordée à l'emprunteur »<sup>103</sup>. La portée de cette clause est limitée à la prorogation et non au mécanisme de la reconduction. Forme de prorogation automatique, elle lie les durées du contrat principal et du contrat accessoire de cautionnement. La prorogation étant la continuation du même contrat, l'obligation de couverture de la caution est prorogée. Il en ressort que la pratique dispose d'une faculté contractuelle d'aménagement du droit des cautions en cas de prorogation du contrat, en raison du fait que c'est le même contrat qui se continue et non un nouveau contrat.

336. – Le régime du droit des tiers confronté à la prorogation d'un contrat n'est pas clairement établi ce qui peut être source de contentieux. Le rédacteur de contrat peut essayer d'anticiper de telles difficultés en attendant une position légale ou jurisprudentielle.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils à la rédaction.** Lors de la rédaction de la clause de prorogation, le rédacteur de contrat doit allier deux objectifs contraires à savoir :

- d'une part, une certaine rigidité pour que la clause de prorogation n'ait vocation qu'à jouer dans les cas spécifiquement prévus par les parties ;
- et d'autre part, une certaine souplesse pour que la clause puisse facilement être mise en œuvre lorsque celle-ci a vocation à jouer.

Il doit donc prévoir les modalités de mise en œuvre de la prorogation entre les parties et à l'égard des accessoires du contrat.

### ■ Exemple de clause de prorogation volontaire

**Précisions.** La clause de prorogation volontaire peut être prévue in abstracto sans considération de l'origine de l'expression du consentement des parties à la prorogation du contrat.

Elle peut également anticiper un retard d'exécution, fautif ou non. Il appartient au rédacteur de préciser plus ou moins restrictivement les causes de prorogation. Cependant, la mise en œuvre de la prorogation résultant d'un consentement exprès des parties, une certaine souplesse peut être à préserver.

*« En cas de retard d'exécution justifié au regard des règles de l'art de la profession [à préciser], les parties peuvent convenir de la prorogation du contrat avant l'arrivée du terme extinctif. Le consentement des parties devra être constaté dans un écrit signé par chacune des parties, cet écrit devant être formalisé avant la survenance du terme extinctif initialement prévu.*

*La partie qui sollicitera la prorogation du contrat prendra à sa charge d'effectuer les formalités de publicité, sauf accord différent des parties. »*

### ■ Clause de prorogation automatique

**Précisions.** La clause de prorogation automatique est généralement stipulée dans les cas recouvrant

<sup>103</sup> P. D'Harcourt, « De l'importance de la distinction en matière contractuelle entre la prorogation et la reconduction (ou le renouvellement) », *JCP E* 18/09/1997 n°38 p. 330.

les caractéristiques de la force majeure qui suspendent temporairement l'exécution des obligations. Elle peut encore porter sur des situations de blocage non fautives sans cependant pouvoir être qualifiée de cas fortuit.

La clause de prorogation automatique doit prévoir<sup>104</sup> :

- les causes de suspension ;
- les formalités de constat de la suspension ;
- les obligations dont l'exécution est suspendue ;
- les conséquences qui peuvent être alternativement la suspension et la reprise des obligations, puis la cessation de la relation contractuelle en cas d'impossibilité de reprise.

Les causes de suspension ne doivent pas faire l'objet d'une formulation trop générale.

On peut proposer la rédaction des clauses suivantes dans le cadre de contrat de travaux et de contrat informatique :

#### □ *Contrat de travaux*

*« En cas d'intempéries exceptionnelles, de catastrophes naturelles ou de grèves qui rendent impossible ou trop coûteux [à préciser] la poursuite des travaux, le contrat sera suspendu pour une durée maximum de six mois à compter du constat écrit de l'évènement par les parties.*

*Ces évènements sont considérés comme étant un cas de force majeure lorsqu'ils se sont produits en dehors du contrôle de l'une ou l'autre des parties et contre lequel elles n'ont pu raisonnablement se prémunir.*

*Dès la cessation de l'évènement, le contrat sera prorogé automatiquement de plein droit pour une durée équivalente à celle de la suspension des travaux sans qu'un retard d'exécution puisse être reproché au maître de l'ouvrage.*

*Si l'impossibilité d'exécution dure au-delà des six mois, chacune des parties pourra résilier le contrat dans les conditions de l'article x du contrat. »*

#### □ *Contrat informatique*

*« En cas de suspension de l'accès aux services dus à une panne informatique matérielle et logicielle ou à un acte malveillant pendant la durée de l'abonnement, celui-ci sera prorogé automatiquement de plein droit au profit de l'utilisateur pour une durée équivalente à celle de la suspension des services.*

*Le prestataire informera l'utilisateur dans les meilleurs délais :*

- de la suspension, de ses causes et de sa durée probable ;
- de la reprise des services ;
- et de la prorogation et de la durée de prorogation du contrat sans frais supplémentaires pour l'utilisateur. »

<sup>104</sup> B. Fages, *Droit des contrats*, Lamy Droit civil sous la direction de J. Mestre, Etude 410 n°356-25.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1

337. – **Proroger son contrat.** Proroger le contrat est un mécanisme issu de la pratique qui intéresse peu le législateur et est source de peu de contentieux judiciaire.

La prorogation permet de prolonger la durée du même contrat en modifiant uniquement son terme extinctif. Il nécessite cependant d'être adaptée à la situation des parties et aux autres obligations contractuelles. La prorogation est un outil complémentaire d'autres mécanismes contractuels tels que l'indivisibilité, la force majeure, le droit à l'indemnisation, et le droit d'extinction du contrat. Elle revêt une véritable utilité et mérite l'attention du rédacteur de contrat.

338. – **Réduire son contrat ?** Si la tendance actuelle s'intéresse principalement à l'analyse de l'extension de la relation contractuelle, rien n'empêcherait les parties de vouloir réduire la durée de leur contrat par des clauses de réduction. Ce mécanisme est désigné comme des « *hypothèses de "raccourcissement" du contrat* »<sup>105</sup>.

Ces clauses porteraient sur la fin anticipée du contrat et permettraient de prendre en compte les conséquences de diverses situations telles que :

- La perte d'objet du contrat par des clauses de caducité<sup>106</sup> ;
- L'impossibilité d'exécution du contrat due à la survenance d'une cause étrangère de force majeure. « *Clause de congé anticipé* »<sup>107</sup>, le contrat serait réduit. Cette clause pourrait s'apparenter à un mécanisme de rupture anticipée qui se heurterait dès lors au régime de la rupture des contrats.

339. – La clause de prorogation voisine la clause de reconduction, mécanisme bien distinct par le fait qu'il a pour conséquence la création d'un nouveau contrat.

---

<sup>105</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* p.126.

<sup>106</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 2 : La Caducité», p. 261.

<sup>107</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd. 2001 n°236 et s.

## CHAPITRE 2 : LA CLAUSE DE RECONDUCTION

### INTRODUCTION

« *Que serait-ce donc s'il pouvait (...) renaître pour l'avenir sans rompre avec le passé !* »

*Germaine de Staël*, Corinne, tome 1, 1807, p. 95

340. – « **Le contrat est mort ! Vive le contrat !** »<sup>1</sup>. Cet adage est assez descriptif du mécanisme de la reconduction. Le contrat est par nature périssable. Les parties mentionnent la date de péremption que représente le terme extinctif. Néanmoins, le contenu contractuel peut survivre au contrat. En effet, les éléments essentiels du contrat peuvent habiter de manière continue une succession de corps contractuels. Le contrat apparaît alors comme un simple véhicule juridique.

341. – **Définition de la reconduction.** La reconduction permet de faire survivre la relation contractuelle. Bien que s'étant imposée comme un mécanisme de droit commun, la loi reste silencieuse, négligeant tant de la définir que d'en élaborer un régime général – se contentant de simples incursions en la matière. Livré à la liberté des parties et placé sous le contrôle des juges, le concept de reconduction semble aller de soi pour la doctrine qui n'y porte qu'un intérêt mesuré ; or « *les certitudes doctrinales sur le sujet sont inversement proportionnelles au laconisme de la jurisprudence* »<sup>2</sup>. La reconduction est un mécanisme original de formation du contrat. Par un jeu de vases communicants, le contrat reconduit reprend en principe les mêmes termes et conditions que son prédécesseur lors de l'achèvement de celui-ci<sup>3</sup>. La reconduction renouvelle la relation des parties par « *la substitution au contrat échu d'un nouvel accord* »<sup>4</sup>. G. Cornu<sup>5</sup> définit la reconduction comme « *la continuation d'un contrat à durée déterminée au-delà de la durée initialement convenue et aux conditions originaires, en vertu de l'accord explicite, ou le plus souvent, implicite des parties* ». Cette définition ne rend cependant pas compte de la spécificité du mécanisme qui réside en la création d'un nouveau contrat.

342. – **Reconduire, c'est faire du nouveau avec de l'ancien.** Il convient de noter qu'un contrat reconduit n'est pas la simple formation d'un nouveau contrat entre les mêmes parties, mais que ce contrat procède de la relation contractuelle précédente dans une continuité temporelle. Il faut tout

<sup>1</sup> L. Marino, « Le contrat ne meurt pas en France », *JCP G* II 22800.

<sup>2</sup> B. Fages, *Droit des contrats*, Lamy droit civil sous la direction de J. Mestre, Etude 410.

<sup>3</sup> Cass. com. 6 mai 1953 Bull. n°160 considérant que le nouveau contrat « *comporte [en principe] les mêmes clauses et conditions que le précédent* ».

<sup>4</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd. n°1403. n°553 p. 232.

<sup>5</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

à la fois une identité de parties et une identité d'objet entre le contrat reconduit et le contrat initial. La Cour de cassation<sup>6</sup> considère qu'« à la date d'expiration d'un contrat [...] se forme une nouvelle convention qui trouve sa force obligatoire, non dans le contrat d'origine dont la durée est limitée, mais dans l'accord [...] en vertu duquel les effets du contrat sont prorogés. »

Fondée sur le consensualisme, la volonté de reconduire le contrat n'est soumise à aucun formalisme. La reconduction permet aux parties de conserver le même *negotium* tandis que les contrats se succèdent dans le temps : ce ne sont pas tant les termes du contrat qui sont renégociés que les consentements des parties qui sont réitérés.

343. – **Précision terminologique : Reconduction ou renouvellement ?** Le terme de reconduction cohabite avec un autre vocable, celui de « renouvellement » laissant planer une ambiguïté quant à la terminologie à employer. Renouveler un contrat est-ce le reconduire ? Il convient de se référer à la terminologie utilisée par le législateur, la doctrine et la jurisprudence pour déterminer la terminologie appropriée.

344. – **La loi.** Tantôt la loi fait référence à la reconduction du contrat – notamment au travers du droit applicable à l'indivision<sup>7</sup> ou au contrat de louage<sup>8</sup>, tantôt il s'agira de l'attribution d'un droit au renouvellement.

345. – **La doctrine.** La doctrine n'a pas non plus établi de véritable consensus sur ces deux concepts. Parler de renouvellement peut tout à la fois désigner :

- dans une acception large<sup>9</sup>, l'ensemble des mécanismes de poursuite de la relation contractuelle,
- ou ne désigner que le simple mécanisme de la reconduction.

Il convient alors de s'intéresser aux divergences, s'il en existe, entre renouvellement et reconduction. Pour certains auteurs<sup>10</sup>, ces mécanismes sont irréductibles l'un à l'autre. Si l'un procède de la loi, à savoir le renouvellement, l'autre procéderait de la volonté contractuelle, à savoir la reconduction.

Un autre courant doctrinal<sup>11</sup> considère que la différence ne résiderait pas dans la source légale ou contractuelle du mécanisme, mais dans le contenu du contrat reconduit : la reconduction désignerait une succession de contrats strictement identiques, alors que le renouvellement désignerait des contrats similaires permettant des aménagements contractuels. Le renouvellement permet une modification du contenu obligationnel du contrat, tandis que la reconduction consiste en la simple translation du *negotium* d'un *instrumentum* à l'autre<sup>12</sup>.

À l'opposé, certains auteurs<sup>13</sup> assimilent totalement ces deux vocables considérés alors comme synonymes.

346. – **Synthèse de thèses doctrinales.** Il ressort de ces différents courants que la controverse porte sur l'emploi du terme renouvellement. G. Cornu en propose la définition suivante : le renouvelle-

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 janv. 1983 n°81-14.860 Bull. n°21.

<sup>7</sup> Art. 1873-3 C. civ.

<sup>8</sup> Art. 1739 C. civ.

<sup>9</sup> Cf. Thèse Partie 1 «Titre 2 : Le maintien de la relation contractuelle», p. 98.

<sup>10</sup> B. Amar-Layani, « La tacite reconduction », *D.* 1996 C. 143 qui parle de « *tacite reconduction légale* » pour désigner le renouvellement du contrat.

<sup>11</sup> F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, D. 7<sup>ème</sup> éd. 2004, n°466.

<sup>12</sup> M. Mekki, « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », *D.* 2006 p. 587.

<sup>13</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p.118.

ment serait « *l'avènement – par un accord exprès ou tacite – d'un nouveau contrat destiné à prendre effet – entre les mêmes parties – à l'expiration d'un contrat antérieur, pour une nouvelle période, et en général aux mêmes conditions, sous réserve des variations de prix* »<sup>14</sup>. La restriction portant sur la variation de prix est arbitraire — reposant sur la position doctrinale de l'auteur.

Au regard de l'état du droit de la rupture des relations commerciales établies<sup>15</sup>, on pourrait également considérer que le renouvellement est une notion qui engloberait celle de reconduction. Elle serait dès lors applicable à toute forme de poursuite de relations contractuelles continues ou périodiques à des conditions identiques ou similaires en vertu d'un accord implicite ou explicite ou de l'exercice d'un droit.

347. – **La jurisprudence.** La jurisprudence, indifférente à ces débats, parle plus volontiers de reconduction pour désigner le mécanisme juridique de succession continue de contrats ayant le même objet entre les mêmes parties.

348. – **Choix terminologique.** Dès lors, il apparaît préférable de se cantonner au terme de reconduction et de délaissier le concept de renouvellement qui n'apporte ici qu'une confusion de sens.

349. – **L'origine de la reconduction.** Les différentes formes de reconduction peuvent être distinguées de la manière suivante :

- La reconduction peut résulter d'une volonté expresse des parties en vertu :
  - D'une clause de reconduction expresse ou ;
  - D'un accord des parties pris indépendamment de toute prévision contractuelle initiale.
- La reconduction peut résulter du comportement des parties en vertu :
  - D'une clause de reconduction tacite ou ;
  - De la tacite reconduction automatique constatée par une décision judiciaire en cas de contentieux.

Afin de distinguer ces deux formes de reconduction tacite qui ne recouvrent pas les mêmes conséquences juridiques, nous opterons pour le choix terminologique de « tacite reconduction judiciaire » lorsque la reconduction ne résulte pas d'une stipulation contractuelle, mais de l'effet de la jurisprudence.

350. – **Plan.** Quelle que soit l'origine de la reconduction, il est à noter que le mécanisme opère d'une manière originale sur les modalités de formation d'un nouveau contrat (**Section 1**) qui se trouve être le « *clone* »<sup>16</sup> du contrat initial (**Section 2**).

<sup>14</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>15</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 « Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale », p. 69 et notamment Cass. com. 15 sept. 2009 n°08-19.200.

<sup>16</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 118.

## SECTION 1 :

### LA CLAUSE DE RECONDUCTION COMME MÉCANISME DE FORMATION DES CONTRATS

(SECTION 2 : LA RECONDUCTION COMME PHÉNOMÈNE DE « CLONAGE »<sup>17</sup> DU CONTRAT)

351. – **Mécanisme original.** Les clauses de reconduction sont le terreau de l'avenir contractuel et anticipent les points de passage entre le contrat conclu et le contrat à conclure. Elles portent sur l'expression du consentement des parties à la conclusion d'au moins un nouveau contrat. Ce mécanisme permet d'inscrire la relation contractuelle dans la durée. Les partenaires contractuels ont vocation à établir des liens sur le long terme. Le contrat initial est déterminant : il porte en germe l'ensemble de la relation contractuelle constitué de plusieurs contrats potentiels.

La validité de la clause de reconduction a été peu débattue. Elle est un véritable enjeu : les parties doivent anticiper sur l'avenir contractuel dès le commencement de leur relation contractuelle initiale. L'enjeu est de taille puisque les échéances du contrat à reconduire organisent les mécanismes de sortie du contrat et les modalités contractuelles renouvelées. Le rédacteur du contrat doit donc attirer l'attention des parties sur la nécessité de bien anticiper l'évolution de la relation contractuelle. La stipulation d'une clause de reconduction au sein du contrat initial (§1) permet d'organiser la formation du contrat à venir (§2).

#### §1. Stipuler une clause de reconduction

352. – **Liberté de recontracter.** La liberté de contracter, c'est aussi la liberté de « re » contracter et de poursuivre une relation contractuelle jugée fructueuse par l'ensemble des parties. Les clauses de reconduction sont un des moyens d'anticiper la conclusion d'un nouveau contrat en aménageant l'expression du consentement des parties.

Le législateur est silencieux quant au mécanisme de droit commun de la clause de reconduction. La validité de la clause de reconduction s'est affirmée (A). La clause de reconduction recouvre différents mécanismes qu'il convient de bien distinguer (B).

##### *A. La clause de reconduction : quelle liberté contractuelle ?*

353. – **Validité.** La validité de principe des clauses de reconduction s'est affirmée, consacrant ce mécanisme de renouvellement des contrats comme mécanisme de droit commun (1). Pourtant, des garde-fous légaux sont venus encadrer la validité de principe de la clause de reconduction utilisée tour à tour comme un mécanisme de protection ou comme un mécanisme dont il faut se protéger (2).

##### *1. La validité de principe des clauses de reconduction*

354. – **Admission.** La validité de la clause de reconduction n'est pas débattue, elle est considérée comme allant de soi (a). Le législateur se contente de restreindre le recours à ce mécanisme dans des cas très spécifiques (b).

---

<sup>17</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », RDC 04/1 p. 131.



### a. La validité de la clause de reconduction : admission sans discussion

355. – **Validité de principe des clauses de reconduction.** La validité des clauses de reconduction n'est pas contestée ni même discutée en doctrine. En effet, la reconduction ne porte atteinte, en tant que telle, à aucun principe directeur du droit. La liberté des parties est préservée, aucun consentement anticipé n'étant exprimé.

Cette validité n'a même jamais été discutée. Elle est admise sans avoir à être consacrée tellement elle va de soi. La jurisprudence elle-même n'a pas eu à rendre d'arrêt de principe, le contentieux de la clause de reconduction ne portant aucunement sur la validité même de ce mécanisme.

Le rédacteur de contrat dispose ainsi d'un confort dans la rédaction de la clause dont la nullité demeure exceptionnelle.

### b. Les exceptions légales à la validité de la clause de reconduction

356. – **Exceptions.** Les seules exceptions à envisager à cette validité de principe sont liées aux restrictions de la liberté de contracter. Ainsi, la nullité des clauses de reconduction est parfois prévue par le législateur lorsque certains principes supérieurs de formation des contrats doivent être préservés.

Parmi ces exceptions, il peut être relevé les cas du droit du bail et du droit des marchés publics. Le cas des baux emphytéotiques<sup>18</sup> en est une bonne illustration de même que les baux à construction<sup>19</sup>. Cette interdiction de reconduire est due à la durée initiale particulièrement longue de ces contrats. Permettre la reconduction du contrat serait alors permettre une forme de perpétuité de la relation contractuelle.

357. – **Reconduire un contrat de marché public.** Les contrats de marchés publics, quant à eux, sont soumis à une procédure de formation des contrats très stricte, les offres de contracter devant être mises en concurrence. Ces offres sont faites en considération des éléments fournis par la personne publique et tiennent notamment compte de la durée du marché public. Si la durée initialement prévue est déterminée, les clauses de tacite reconduction en tant que telles sont prohibées<sup>20</sup>, car elles font échec aux principes de conclusion des contrats de droit des marchés publics en créant un bénéfice injustifié au profit des cocontractants. La reconduction du contrat permettrait d'attribuer un marché à une entreprise de façon quasi-permanente en se soustrayant aux procédures de passation des contrats et donc à la concurrence.

Il convient de préciser néanmoins que ce n'est pas la reconduction en tant que telle qui est ici prohibée, mais l'atteinte à la procédure de mise en concurrence des offres de contracter. La reconduction

<sup>18</sup> Art. L. 451-1 C. rur.

<sup>19</sup> Art. L. 251-1 CCH.

<sup>20</sup> CE 29 nov. 2000 n°205143 Commune de Païta Mon. TP 29 déc. 2000 TO p. 333, *AJD* 2001 p. 101 et p. 219 note L. Richer ; CAA Nancy 19 mars 2009 n°07 NC 01433 Douet c/ Hôpital local de Montier en Der : « la clause de tacite reconduction contenue dans le contrat initial a eu pour effet de permettre la passation d'un contrat entrant dans le champ d'application de l'art. 104 du C. des marchés publics sans que soient respectées les obligations de publicité et de mise en concurrence, que par suite la clause de tacite reconduction contenue dans le contrat initial ne peut qu'être nulle, entraînant la nullité de toutes les conventions annuelles reconduites tacitement » obs. G. Eckert, « Nullité des clauses de tacite reconduction », CMP n°5 mai 2009 comm. 155 et CE 29 nov. 2000 n°205143 Cne Païta.

pourrait être valable dans la mesure où elle respecterait l'ensemble des dispositions légales d'ordre public<sup>21</sup>.

La reconduction est donc envisageable sous certaines conditions de portée très restrictive : il faut que la procédure d'appel d'offres initiale tienne compte précisément de l'éventualité de la reconduction et de ses modalités. Le marché initial pourrait prévoir des clauses de reconduction expresse à condition :

- que l'adjudicateur décide par écrit de reconduire le contrat<sup>22</sup> ;
- qu'il soit stipulé que le contrat reconduit demeure à durée déterminée ;
- qu'il soit précisé un nombre défini de reconductions possibles ;
- que les caractéristiques du contrat reconduit restent inchangées ;
- que la mise en concurrence des offres tienne compte de la durée totale du marché – somme des reconductions comprises.

Les mêmes restrictions légales sont prévues en matière de délégations de service public<sup>23</sup> et de marchés de prestation de services<sup>24</sup>.

Cette réglementation va de soi : la reconduction est la création d'un nouveau contrat. Il convient que ce régime soit organisé au regard des impératifs de droit public.

358. – **Procédures collectives et reconduction.** Autre domaine faisant échec aux clauses de reconduction : ce sont les procédures collectives en raison de leur vocation de sauvegarde de la société. La survie du contrat n'est alors plus bilatérale, mais dépend à titre dérogatoire, de la volonté du mandataire désigné<sup>25</sup>.

Là encore, l'intervention du législateur est présidée par la matière : le droit de contracter est écarté au profit d'un régime d'ordre public répondant à un souci de préservation du commerçant en état de cessation des paiements.

359. – Les interventions du législateur visent donc à écarter la clause de reconduction dans certaines situations bien précises. *À contrario*, dans le silence de la loi, préside la liberté contractuelle. Si aucune invalidité de principe ne se dégage des clauses de reconduction, la liberté des parties est néanmoins encadrée. Dans certains cas, la clause de reconduction protège ; dans d'autres, il convient de s'en protéger.

## ***2. Garde-fous de la liberté de reconduire***

360. – **Garde-fous à la liberté des parties.** Les garde-fous légaux ont pour finalité de protéger certaines parties considérées comme étant en position de faiblesse, telles qu'un locataire ou un salarié. Au moins deux modalités d'intervention du législateur sont employées : soit il favorise le recours aux clauses de reconduction (a), soit au contraire, il lutte contre les effets négatifs de la reconduction (b) et parfois contre les effets de la tacite reconduction judiciaire (c).

---

<sup>21</sup> Art. 16 al. 2 CMP.

<sup>22</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ 2001 3ème éd.

<sup>23</sup> TA Paris 17 nov. 2008 Société Sonotel, *BJCP* 2009 n°62.

<sup>24</sup> CAA Paris 24 oct. 2008 n°07PA00523, SA 3 BP, obs. J.-P. Pietri, « Clause de tacite reconduction et marché de prestations de services », *CMF* n°1 janv. 2009 comm. 5.

<sup>25</sup> Art. L. 622-13 C. com.

### a. Protection d'une partie par la reconduction

361. – **Droit au renouvellement du bail.** Le contrat de bail est un des domaines de prédilection de l'intervention du législateur. Il n'a pas été omis de traiter de la question de la reconduction du contrat – sauf qu'il est ici question du « renouvellement » du contrat. La loi a ainsi instauré au profit du locataire un droit au renouvellement de son contrat de bail<sup>26</sup>. Ce régime est prévu quelle que soit la nature du bail : ainsi sont concernés tant les contrats de baux de droit commun<sup>27</sup>, que les baux d'habitation<sup>28</sup>, que les contrats de baux commerciaux<sup>29</sup>, ou encore que des baux ruraux<sup>30</sup>.

Le législateur répond à la situation précaire dans laquelle sont placés les locataires. Il est ici question de protéger le droit au logement du particulier ou la pérennité du fonds de commerce ou du fonds agricole ou encore, de la clientèle du professionnel. Pour le locataire ou le professionnel, une forme de stabilité des contrats est particulièrement nécessaire à l'exercice de son droit au logement ou à la survie de son activité. Ainsi le législateur n'hésite pas à porter atteinte au droit de propriété du bailleur pour préserver d'autres libertés en usant du mécanisme de la reconduction, mécanisme élevé en véritable droit opposable à son partenaire contractuel.

362. – **Agents commerciaux.** Le législateur est encore intervenu pour réglementer la reconduction dans les contrats d'agences commerciales<sup>31</sup> en instaurant le principe de l'indétermination de la durée du contrat tacitement reconduit – que ce soit par l'effet d'une clause ou par l'effet du comportement des parties. Le contrat est alors à durée indéterminée, ce qui permet aux parties de sortir du contrat en mettant en œuvre le droit de résiliation unilatérale à tout moment.

363. – Si la reconduction peut être utilisée comme un mécanisme de justice contractuelle par le législateur au profit d'une partie en situation de faiblesse, parfois il convient de se protéger contre la reconduction.

### b. Protection d'une partie contre la reconduction

364. – **Subir la reconduction.** La multiplication du nombre de reconductions des contrats peut cacher l'existence d'un véritable contrat à durée indéterminée duquel on ne voudrait pas subir le régime de la rupture — droit du travail. C'est aussi se préserver un certain espace de sécurité lorsque son cocontractant, naïvement, laisse passer le délai pour faire échec à la reconduction et « subirait » ainsi le mécanisme — droit de la consommation. On pense ici aux salariés et aux consommateurs. C'est dans ces conditions que l'intervention du législateur est apparue bienvenue.

365. – **Droit du travail.** Le droit du travail limite le recours au contrat à durée déterminée qui n'est possible que dans des cas limitativement prévus. Le législateur préserve le principe des contrats de

<sup>26</sup> B. Amar-Layani, « La tacite reconduction », *D.* 1996 C. 143 qui parle de « *tacite reconduction légale* » pour désigner le renouvellement du contrat.

<sup>27</sup> Art. 1738 C. civ.

<sup>28</sup> Art. 10 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989.

<sup>29</sup> Art. L. 145-8 à L. 145-13 C. com.

<sup>30</sup> Art. L. 411-46 à L. 411-68 C. rural.

<sup>31</sup> Art. L. 134-11 C. com. : « *Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée.* ».

travail à durée indéterminée. Le contrat de travail à durée déterminée<sup>32</sup> ne peut faire l'objet que d'une seule reconduction à défaut de quoi le contrat sera requalifié en contrat à durée indéterminée<sup>33</sup>.

L'employeur, ignorant cette réglementation, se verrait appliquer toutes les conséquences attachées à une telle requalification notamment au regard du droit du licenciement et des indemnités à verser au salarié<sup>34</sup>. La loi est donc intervenue pour protéger le salarié contre le mécanisme de la reconduction.

366. – **Droit de la consommation.** Bien que ne faisant pas partie de la liste noire ou grise des clauses présumées et déclarées abusives<sup>35</sup>, une certaine méfiance entoure le recours par le professionnel aux clauses de reconduction tacite. Ces clauses privent souvent le consommateur négligent de sa liberté de dénoncer le nouveau contrat et de faire jouer la concurrence. Les listes noires, grises et blanches des clauses abusives ne sont pas exhaustives et n'excluent pas l'appréciation judiciaire.

La commission des clauses abusives se montre méfiante<sup>36</sup> concernant les clauses de reconduction tacite. En effet, elle considère que ces clauses peuvent avoir pour effet d'enfermer le consommateur dans la relation contractuelle contrairement à son intérêt. L'appréciation du caractère abusif des clauses relève en dernier lieu de l'appréciation des juges du fond et aucune stipulation n'est à l'abri de se voir réputée non écrite<sup>37</sup>. Le critère retenu pour qualifier l'abus est le déséquilibre contractuel caractérisé par les circonstances de la conclusion du contrat, ainsi que l'ensemble des clauses du contrat.

La clause de reconduction n'est pas abusive en soi, mais pourrait l'être en fonction du contexte contractuel. Le rédacteur de contrat de consommation doit toujours veiller à ne pas trop avantager le professionnel et le mettre en garde sur des mécanismes entamant la liberté de sortir du contrat du consommateur.

---

<sup>32</sup> Article L. 1243-13 C. trav. : un seul renouvellement pour une durée totale cumulée prévue par l'article L. 1242-8 C. trav. - 18 mois ou 9 mois dans certains cas.

<sup>33</sup> Le recours au contrat à durée déterminée est strictement limité par la loi, le principe étant le contrat à durée indéterminée.

<sup>34</sup> Néanmoins, en pratique cette législation est facilement détournée, l'employeur imposant des mois de carence entre deux renouvellements.

<sup>35</sup> Décret n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 C. conso. modifiant les articles R. 132-1 ; R. 132-2 et R. 132-2-1 C. conso.

<sup>36</sup> Commission des clauses abusives, Recommandation 22 fév. 2001 n°01-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, BOCCRF du 23 mai 2001, Disponible sur <http://www.clauses-abusives.fr/recom/01r02.htm>: « *Considérant qu'un grand nombre de contrats à durée déterminée contiennent une clause de prorogation ou de reconduction tacite ; que lorsque, de ce fait, la relation contractuelle doit se poursuivre pour une durée excessive, spécialement lorsque celle-ci est supérieure à la durée initiale du contrat, le consommateur est empêché de contracter à des conditions plus avantageuses avec un autre professionnel ;*

*Considérant que d'autres clauses obligent le consommateur, pour faire obstacle à la prorogation ou la reconduction tacite du contrat à durée déterminée, à informer le professionnel de son intention parfois plusieurs mois avant l'arrivée du terme convenu ; que de telles stipulations sont de nature à faire concrètement obstacle au droit du consommateur de ne pas prolonger la relation contractuelle lorsque la date limite fixée pour exprimer son choix est trop éloignée du terme du contrat ; qu'elles sont alors de nature à déséquilibrer gravement la relation contractuelle au profit du professionnel ».*

<sup>37</sup> Art. L. 132-1 al. 1 et s. C. conso : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* ».

C'est la raison pour laquelle, le législateur<sup>38</sup> a également prévu une obligation d'information du consommateur en cas de clause de reconduction tacite afin de le protéger<sup>39</sup>.

Se protéger contre la reconduction peut ne pas être contre toute forme de reconduction. Ainsi, la clause de reconduction peut être un remède pour contrer la reconduction non stipulée.

### **c. Protection d'une partie contre la reconduction non stipulée**

367. – **Recours aux clauses de reconduction.** Au contraire de ce climat de suspicion entourant toute forme de reconduction, la clause de reconduction peut parfois apparaître comme un rempart contre la reconduction non stipulée qui joueraient en dehors des prévisions contractuelles – la tacite reconduction judiciaire.

368. – **Droit des assurances.** En droit des assurances<sup>40</sup>, le législateur<sup>41</sup> a voulu préserver l'assuré et a instauré l'obligation de stipuler une clause de reconduction pour pouvoir prolonger la relation contractuelle. En l'absence d'une telle clause, la jurisprudence considère que le contrat est éteint et que les exécutions qui auraient pu avoir lieu entre les parties sont dépourvues de fondement. Elles sont donc indues et sujettes à restitution. La tacite reconduction judiciaire est donc exclue. L'intérêt de cette législation est de permettre la bonne information de l'assuré devant consentir expressément aux conditions de la reconduction. Il ne la subit plus.

369. – **Indivision.** La même solution est applicable à l'indivision. La législation prévoit que les coïndivisaires peuvent stipuler une clause de reconduction dans les conventions d'indivision, à défaut d'une telle prévision c'est le droit au partage qui préside à la relation<sup>42</sup>. L'indivision est considérée comme une situation précaire qui n'a pas vocation à perdurer dans le temps. Les parties peuvent cependant faire durer une telle relation, à charge pour elles d'en prévoir précisément les conditions. Il n'est pas possible de faire échec au droit au partage.

370. – **Utilité ?** La question de l'utilité de prévisions contractuelles négociées est posée, les clauses de reconduction étant devenues en pratique des clauses types automatiquement stipulées par les contrats d'adhésion. La situation qui découle de l'absence de telle clause n'est pas forcément favorable à l'assuré ou au coïndivisaire.

371. – Hormis ces quelques exceptions, le recours aux clauses de reconduction est soumis à peu de conditions de validité, la principale difficulté résidant dans les modalités de la reconduction.

## **B. Le choix de reconduire le contrat**

372. – **Prévoir/anticiper.** La clause de reconduction anticipe la fin du contrat. Cette anticipation vise à répondre au phénomène de l'imprévision qui touche toute relation inscrite dans la durée.

---

<sup>38</sup> Loi du 28 janv. 2005 n°2005-67 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur dite « Loi Chatel », art. L. 136-1 C. conso.

<sup>39</sup> J. Rochfeld, « Reconduction des contrats – Crédits », *RTD civ.* 2005 p. 478.

<sup>40</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 janv. 1983 n°81-14.860 Bull. n°21.

<sup>41</sup> Art. L. 111-2 et L. 121-4 C. ass.

<sup>42</sup> Art. 1873-3 C. civ. : « *Il peut être décidé que la convention à durée déterminée se renouvellera par tacite reconduction pour une durée déterminée ou indéterminée. À défaut d'un pareil accord, l'indivision sera régie par les articles 815 et suivants à l'expiration de la convention à durée déterminée.* ».

Les clauses de reconduction sont des clauses d'adaptation non automatique du contrat<sup>43</sup>. Elles permettent de réajuster le cas échéant l'engagement contractuel aux évolutions économiques. En l'absence d'accord entre les parties, celles-ci pourront rompre le contrat en invoquant le terme extinctif. Ces clauses présentent l'avantage de la prévisibilité : les parties s'accordent dès à présent sur les termes et conditions du contrat à reconduire, mais surtout sur les modalités par lesquelles le contrat sera reconduit. Plusieurs formes de reconduction coexistent, la reconduction sans clause (1) et la reconduction stipulée (2).

### 1. La reconduction sans clause

373. – **Deux formes de reconduction hors clauses.** Deux modalités principales de reconduction se font face hors le cas de la clause de reconduction : la tacite reconduction judiciaire (a) et la reconduction expresse décidée à l'arrivée du terme extinctif (b).

#### a. Les clauses de reconduction *versus* la tacite reconduction

374. – **Définition.** La tacite reconduction n'est pas une notion légalement définie. Elle procède d'une jurisprudence ayant généralisé le mécanisme légal propre aux contrats de baux<sup>44</sup>. Le juge applique la théorie de la tacite reconduction dans le silence des parties, lorsque celles-ci ont ignoré la survenance du terme extinctif et ont poursuivi l'exécution de leurs obligations respectives. C'est un régime subsidiaire qui permet, dans une certaine mesure, de régir contractuellement des relations entre les parties qui, sans cette théorie, se trouveraient dépourvues de cadre juridique.

G. Cornu<sup>45</sup> définit le mécanisme de la tacite reconduction judiciaire comme « *la continuation – fondée sur la volonté probable des parties – de tout contrat à durée déterminée dont les parties poursuivent l'exécution au-delà du terme prévu* ».

Cette jurisprudence génère une certaine « instabilité » pour « le contrat reconduit »<sup>46</sup>, les parties étant alors soumises à l'interprétation des tribunaux.

375. – **Échec à la tacite reconduction.** Les clauses de reconduction permettent de faire échec au régime mis en place par les juges, régime qui échappe à la prévision des parties. En effet, par un jeu de présomptions, le juge lie les parties entre elles. Pour y faire échec, les parties peuvent prévoir une clause de reconduction. Récemment, la pratique a développé le recours aux clauses de non tacite reconduction par laquelle il est prévu qu'au terme du contrat, la tacite reconduction judiciaire sera exclue<sup>47</sup>.

376. – **Ambiguïté terminologique.** La terminologie « clause de reconduction tacite » est trompeuse et peut laisser à penser que la notion est comparable à celle de « tacite reconduction ». Or, tel n'est pas le cas, il s'agit de faux amis.

La tacite reconduction opère par le biais de l'interprétation jurisprudentielle de la volonté silencieuse et implicite des parties alors que la clause de reconduction tacite procède de la volonté des

<sup>43</sup> R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983 p. 1.

<sup>44</sup> Art. 1738 C. civ. : « *Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit.* ».

<sup>45</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>46</sup> M. Mekki, « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », *D.* 2006 p. 587.

<sup>47</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1, « Les clauses de non-reconduction », p. 47 .



parties exprimée lors de la conclusion du contrat initial. La tacite reconduction relève de l'appréciation judiciaire du comportement des anciens cocontractants alors que la clause de reconduction tacite procède du consentement des parties.

Il est donc important de bien distinguer ces notions. Certains auteurs ont tenté d'adopter une terminologie différente<sup>48</sup> qui n'a cependant été reprise ni par la pratique ni par la jurisprudence.

377. – **Le contrat créé de fait.** À envisager une clarification terminologique, il semble opportun de substituer au terme jurisprudentiel de « tacite reconduction », le terme de « contrat créé de fait » par analogie au terme de « société créée de fait ». Ces mécanismes reposent en effet sur la même logique juridique : le juge constate l'existence du contrat, ou de la société, d'après le comportement des parties qui exprimerait une volonté implicite non consciente et, à tout le moins, non exprimée.

378. – **Rédaction.** Les parties peuvent prévoir d'écarter le principe de la tacite reconduction judiciaire contractuellement.

#### ■ Exemple :

*« Le contrat ne sera pas reconduit tacitement par décision judiciaire en cas de poursuite d'exécution par les parties au-delà du terme extinctif. »*

Autre de ses modalités de reconduction, la reconduction peut être expressément consentie.

### **b. La reconduction expresse non stipulée dans le contrat initial**

379. – **La reconduction expresse non stipulée.** La reconduction expresse, à l'opposé de la tacite reconduction, procède de la volonté des parties qui, avant l'arrivée du terme extinctif, décident de renouveler la relation contractuelle en dehors de toutes prévisions contractuelles.

Il est toujours préférable pour les parties d'anticiper les conditions de la reconduction plutôt que de prendre conscience de la nécessité de trouver un accord à l'arrivée de l'échéance du contrat. Néanmoins, cette forme de reconduction soulève peu de contentieux dans la mesure où elle procède d'un accord clairement exprimé par les parties. Il pourrait être sujet à contentieux principalement en cas de vices du consentement du contrat reconduit. Il s'agit de nouveaux contrats qui se succèdent pour s'inscrire dans le concept plus général de relation contractuelle. À défaut d'accord amiable, le terme extinctif du contrat trouve à s'appliquer. Il n'y aurait donc pas de reconduction<sup>49</sup>.

380. – La reconduction peut jouer en dehors de toute prévision contractuelle des parties. Il est cependant préférable d'anticiper contractuellement le renouvellement du contrat dès la conclusion du contrat initial. Le rédacteur de contrat devra attirer l'attention des parties et les conseiller quant à de telles prévisions.

## **2. Les clauses de reconduction : quelle reconduction ?**

381. – **Anticipation de la reconduction.** La clause de reconduction permet aux parties d'anticiper les modalités de la reconduction. Il convient dans un premier temps de déterminer la date de mise

<sup>48</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p.129 qui propose de substituer au vocable de clause de reconduction tacite celui de « clause de renouvellement tacite ».

<sup>49</sup> Sur la question du droit au renouvellement Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le terme extinctif : détermination de la durée de vie du contrat», p. 24.



en œuvre de la clause de reconduction (a) avant de déterminer les caractéristiques de la reconduction stipulée (b).

#### a. La date de mise en œuvre de la clause de reconduction

382. – **Terme extinctif du contrat initial et clause de reconduction.** Les clauses de reconduction ont vocation à agir à l'arrivée du terme extinctif du contrat initial. La reconduction se déclenche automatiquement. L'absence de continuité temporelle fait échec à la reconduction : la reconduction implique en effet que le contrat reconduit procède du contrat initial éteint. La manière par laquelle le terme extinctif opère sur la reconduction reste à éclaircir.

383. – **Renonciation au terme extinctif ?** Pour certains auteurs<sup>50</sup>, les clauses de reconduction sont une forme de renonciation au terme extinctif du contrat initial. Une telle analyse ne rend pas véritablement compte de la différence conceptuelle entre la prorogation du contrat — qui repousse le terme extinctif et le mécanisme de la reconduction.

Le terme de renonciation induit l'idée que le contrat, qui était à durée déterminée, deviendrait à durée indéterminée. Aucun renouvellement ne serait alors nécessaire. Or, une telle solution est exclue par la jurisprudence<sup>51</sup>.

On ne peut pourtant pas nier le lien entre la survenance du terme extinctif et la mise en œuvre de la clause de reconduction – c'est par l'arrivée du terme extinctif que se forme le nouveau contrat.

La survenance du terme extinctif a un double rôle : mettant fin au contrat échu (1er rôle), il serait le terme suspensif du contrat reconduit (2d rôle). Le problème qui apparaît est que la formation du contrat reconduit n'est qu'éventuelle. Or, la qualification juridique de terme est incompatible avec la survenance d'un événement simplement éventuel.

384. – **Condition suspensive ?** Faudrait-il davantage parler de condition suspensive ? Il y a un aléa dans la conclusion du nouveau contrat. Si a priori cette idée peut être tentante, elle semble à exclure dans la mesure où la clause de reconduction ne renferme pas d'ores et déjà le consentement des parties. C'est le consentement des parties qui est aléatoire, or la condition suspensive porte sur la survenance d'un événement échappant à la volonté des parties.

385. – **Le terme extinctif comme cause du contrat reconduit ?** Le terme extinctif n'est pas non plus la cause de la formation du nouveau contrat. Il ne s'agit pas ici de novation<sup>52</sup>, entendue comme la volonté de lier la disparition du contrat initial à la création d'un nouveau contrat. La novation crée une rupture : il y aurait substitution de contrats, la création de l'un étant la cause de la disparition de l'autre et inversement. Or, la reconduction se caractérise par la continuité des contrats successifs, les uns se succédant aux autres.

386. – **Le terme extinctif dans les contrats de marchés publics.** Un élément de réflexion pourrait être tiré du droit des marchés publics qui permet un nombre de reconductions limité, par la prévision d'un terme extinctif indéfini à la relation contractuelle. Il n'est plus ici question du terme du contrat, mais du terme de la relation contractuelle. Si on considère la notion de relation contrac-

<sup>50</sup> Claude et A. Constantin, *Droit des contrats*, Lamy droit civil sous la direction de J. Mestre, Etude 410.

<sup>51</sup> Cass. com. 23 oct. 1990 n°88-15.329.

<sup>52</sup> La novation peut être définie comme « l'opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte », F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, D. 9<sup>ème</sup> éd., 2005 n°1417.

tuelle, se pose alors avec plus d'acuité la question de l'utilité d'une distinction aussi nette entre les notions de prorogation et de reconduction<sup>53</sup>.

387. – **Évènement éventuel.** Le lien entre le terme extinctif et la clause de reconduction repose sur une éventualité :

- soit le terme extinctif met fin au contrat et à la relation des parties ;
- soit le terme extinctif met fin au contrat initial et commence le contrat reconduit.

La reconduction est par nature un mécanisme dont la mise en œuvre est éventuelle, de façon comparable au mécanisme de la prorogation<sup>54</sup>.

Il convient de s'intéresser aux caractéristiques de la mise en œuvre de la clause de reconduction.

### **b. Les caractéristiques de mise en œuvre de la clause de reconduction**

388. – Terme extinctif de la clause de reconduction. La clause de reconduction est généralement stipulée sans précision de durée. Cependant, elle peut également être assortie d'un terme défini éventuel – « défini » par la limitation du nombre de renouvellements possible au contrat initial et, « éventuel » les parties pouvant refuser la reconduction à chaque échéance.

Lorsqu'une telle clause arrive à expiration se pose la question de ce qu'il advient si les parties poursuivent néanmoins la relation. La clause aura cessé de produire ses effets. A priori, la tacite reconduction judiciaire pourrait trouver à s'appliquer.

389. – **Exemples.** Différentes modalités pourraient être envisagées par les parties :

- Les parties pourraient assortir la clause de reconduction à terme d'une clause de non tacite reconduction au-delà du terme.
- Selon la jurisprudence actuelle, une telle stipulation, sans autres prévisions, pourrait être dangereuse dans la mesure où les parties agissent alors en dehors de tout cadre contractuel<sup>55</sup>.
- La clause de reconduction tacite à terme peut être assortie d'une clause de reconduction expresse au-delà de ce terme.
- On pourrait également faire dépendre la reconduction d'un évènement conditionnel.

390. – **Les relations contractuelles.** Véritables réflexions autour de l'après-contrat, la notion de relation contractuelle revêt une importance croissante. Cette notion s'impose de plus en plus dans le paysage juridique et devient incontournable – ce que l'on peut constater au travers de divers exemples tels que la rupture brutale des relations commerciales. Sorte de relation-cadre non formalisée par un accord-cadre, il résulterait de cette notion des obligations naturelles entre les parties liées à la bonne foi et à l'équité entre partenaires.

391. – **Application pratique.** Il est supposé qu'une société Alpha dépose un brevet concernant des produits pharmaceutiques. Elle bénéficie d'une protection valable pendant une durée de vingt années au-delà desquelles le brevet tombe dans le domaine public.

Elle conclut avec une société Lambda un contrat de licence d'exploitation à durée déterminée d'un an renouvelable selon les conditions suivantes :

<sup>53</sup> Cf. Thèse Partie 1 «Titre 2 : Le maintien de la relation contractuelle», p. 98.

<sup>54</sup> Cf. Partie 1 Titre 2 «Chapitre 1 : La clause de prorogation», p. 99.

<sup>55</sup> La chambre commerciale de la Cour de cassation refuse de faire jouer la tacite reconduction et considère alors que les parties agissent hors de toute relation contractuelle. Cass. com. 17 nov. 1992 n°90-20.039 Bull. n°356.

- Une clause de non tacite reconduction judiciaire est prévue ;
- Une clause de reconduction tacite annuelle est prévue pendant dix ans maximum, soit dix reconductions possibles sauf dénonciation d'une partie trois mois avant l'arrivée du terme durant les cinq premières années et par la suite six mois avant l'arrivée du terme. La clause de reconduction jouerait chaque année sous la condition suspensive que le brevet ne soit pas obsolète ;
- Au-delà de ces dix années, une clause de reconduction expresse avec un préavis d'une année sur l'autre pourrait être prévue, chaque reconduction jouant pour une année supplémentaire sans limitation du nombre de reconductions expresses possibles ;
- Deux conditions seraient prévues : que le brevet soit maintenu en vigueur et que d'une année sur l'autre il ne soit pas devenu obsolète.

Le rédacteur de contrat dispose d'une véritable capacité d'adaptation du mécanisme à la spécificité de la relation contractuelle concernée. Il a dès lors l'obligation de conseiller au mieux les parties et de faire preuve le cas échéant d'innovation.

392. – **Conclusion.** La clause de reconduction est un mécanisme de droit commun valable sauf cas exceptionnels légalement prévus. Les parties disposent d'une grande liberté pour prévoir les modalités de la reconduction. La reconduction se caractérise par le fait qu'elle crée un nouveau contrat différent du contrat initial.

## §2. La formation du contrat reconduit

393. – **Formation d'un nouveau contrat.** La clause de reconduction a pour effet de former un nouveau contrat<sup>56</sup>. Le contrat reconduit, contrat à part entière, s'inscrit pourtant dans l'ombre du contrat initial. S'il est indépendant, cette indépendance n'est que relative. Comme tout contrat, toutes les conditions de formation doivent être respectées<sup>57</sup>. Outre les conditions d'objet, de cause et de capacité (B), une certaine spécificité s'attache au consentement des parties au contrat reconduit (A).

### *A. Le consentement du contrat reconduit*

394. – **Consentement et clause de reconduction.** Pour qu'il y ait reconduction, les consentements des deux parties doivent avoir été échangés. Le consentement d'une seule des parties serait insuffisant pour invoquer la création d'un nouveau contrat.

395. – **Où et comment.** Deux questions se posent alors :

- où réside le consentement des parties ? – est-ce dans la clause de reconduction ?
- Comment est exprimé le consentement des parties ?

396. – **Où ?** Faut-il apprécier le consentement des parties lors du renouvellement du contrat ou au contraire faut-il l'apprécier lors de la conclusion du contrat initial ?

Considérer que le consentement au contrat reconduit réside dans le contrat initial échu pose deux séries de difficultés. Tout d'abord, le contrat initial est arrivé à échéance, il ne peut donc plus être

<sup>56</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 juill. 1980 n°79-11.869 Bull. n°220 : « *La tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat.* ».

<sup>57</sup> Art. 1108 C. civ.

source du consentement au second contrat. Le consentement au contrat reconduit serait à apprécier lors de ce premier contrat et non lors de la mise en œuvre de la clause de reconduction. Ensuite, le contrat initial ne peut pas être analysé comme une promesse synallagmatique de contrat – en raison de la réciprocité de la reconduction, ce qui nierait sa nature éventuelle et restreindrait la liberté de choix de reconduire le contrat des parties.

La clause de reconduction n'est pas un consentement anticipé au contrat reconduit<sup>58</sup>. Elle crée une présomption que les parties peuvent dénoncer. En effet, la clause de reconduction est une clause de présomption du consentement des parties à la conclusion d'un nouveau contrat. Il s'agit d'une présomption simple qui peut être dénoncée par chacune des parties.

397. – **Comment ?** La clause de reconduction organise l'expression des consentements des parties. « *La clause de renouvellement tacite, c'est en réalité une convention sur la forme que prendra l'expression du consentement au futur contrat* »<sup>59</sup>.

Dès lors, le consentement s'apprécie au moment où s'opère la reconduction ; ce moment est fonction de la manière — expresse (1) ou tacite (2).

### **1. Reconduction stipulée expresse**

398. – **Consentement exprès.** La clause de reconduction expresse oblige les parties à exprimer leur consentement par un acte positif à un moment utile. Les parties préservent ainsi leur liberté de ne pas contracter et se prémunissent contre l'effet indolore de la reconduction qui opère tacitement.

399. – **Formalisme.** Souvent assorti d'un délai de notification de la volonté de reconduire le contrat et d'un délai de réponse, le consentement exprimé ne diffère pas de la formation d'un autre contrat : à une offre répond une acceptation.

400. – **Inexécution du formalisme.** Une difficulté se présente lorsque les parties ne respectent pas ce formalisme de la clause, mais poursuivent tout de même leur relation au-delà du terme. Sauf en présence d'une clause de non tacite reconduction, il pourrait être considéré que, la clause étant écartée, c'est la tacite reconduction judiciaire qui trouvera à s'appliquer avec toutes les conséquences qui s'y attachent.

Pourtant, il est probable – et souhaitable – que le juge tienne compte des prévisions contractuelles, s'il en existe, concernant les modalités de la reconduction. Il pourrait donc décider d'une tacite reconduction judiciaire aux conditions prévues par la clause de reconduction expresse et non décider que le contrat est devenu à durée indéterminée.

401. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit prévoir le formalisme applicable avec une certaine souplesse. Pour éviter les conséquences éventuelles d'une tacite reconduction judiciaire, il est possible d'anticiper et de prévoir une reconduction tacite subsidiaire.

#### **■ Exemple :**

*« Le contrat sera reconduit par accord exprès des parties. Chacune des parties notifie à l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception sa décision de reconduire ou non le contrat [3 mois] au moins avant l'arrivée du terme du contrat en cours d'exécution. »*

<sup>58</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 131.

<sup>59</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 131.

[Les clauses n°... du contrat seront reconduites] ou [L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit].

*Dans le cas où les parties seraient restées silencieuses quant à la reconduction du contrat, mais auraient poursuivi l'exécution du contrat initial au-delà du terme, le contrat sera réputé reconduit tacitement. »*

La reconduction peut être stipulée tacite, sans nécessiter de formaliser expressément le consentement au nouveau contrat.

## 2. Reconduction stipulée tacite

402. – **Consentement tacite.** La clause de reconduction tacite dispense quant à elle les parties d'avoir à réitérer expressément leur consentement. La simple poursuite de l'exécution des obligations contractuelles suffit – sauf à ce que l'une des parties ait expressément refusé la reconduction.

403. – **Ambiguïté.** L'expression « reconduction tacite » ne rend pas compte précisément de la manière dont est exprimé le consentement au contrat reconduit. Le débat doctrinal pose la question de savoir si le consentement résulte d'une expression tacite de volonté (a) ou du silence valant accord des parties (b). Une véritable ambiguïté existe malgré le fait que ces notions sont a priori dissemblables. En effet, « *la volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que le silence n'a aucune extériorité* »<sup>60</sup>. Ni consentement tacite, ni silence circonstancié, la reconduction fait naître une présomption de consentement (c).

### a. Consentement tacite ?

404. – **Expression du consentement tacite.** Pour une partie de la doctrine<sup>61</sup>, le consentement des parties s'exprime tacitement lors de la formation du nouveau contrat. « *Le maintien des relations ne peut s'appuyer que sur un nouvel accord tacite de volonté* »<sup>62</sup>.

Cette affirmation, pour juste qu'elle apparaisse, n'en paraît pas moins théorique et ne rend pas compte de la réalité du jeu de la reconduction.

405. – **Définition du consentement tacite.** Parler de volonté tacite, c'est considérer que le consentement des parties procède d'une manifestation de volonté non équivoque. Qui dit tacite<sup>63</sup> ne dit pas implicite<sup>64</sup>. Les deux termes ne revêtent pas le même degré d'exigence probatoire. Un fait implicite peut se déduire d'un simple faisceau d'indices, de circonstances. Le fait tacite implique quant à lui une véritable conscience de la formation du nouvel engagement.

<sup>60</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, T. 4, Les Obligations*, 22<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 200 n°32 ; « Le silence et la gloire », *D.* 1951 C. p. 121.

<sup>61</sup> J.-L. Aubert notamment : J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil. Les obligations, 1, L'acte juridique*, 5<sup>ème</sup> éd., A. Colin, 1991.

<sup>62</sup> F. Desportes, note sous Cass. com. 27 avril 1974, *D.* 1975 p. 764.

<sup>63</sup> Définition du terme « Tacite » d'après le *Dictionnaire français d'E. Littré* : « *qui n'est point formellement exprimé, mais qui est sous-entendu ou qui se peut sous-entendre* ».

<sup>64</sup> Définition du terme « Implicite » d'après le *Dictionnaire français d'E. Littré* : « *qui, sans être exprimé en termes formels, résulte naturellement, par déduction et conséquences, de ce qui est formellement exprimé. Ceci est contenu dans le contrat de manière implicite.*

*Volonté implicite, celle qui se manifeste moins par des paroles que par certains actes ou faits habituels.* ».

Cette conscience contractuelle, gage de la force obligatoire du contrat, doit être présente chez chaque partie au contrat reconduit. Pour qu'il y ait reconduction, il faut un consentement tacite entendu comme la rencontre d'une offre tacite et d'une acceptation tacite<sup>65</sup>.

406. – **Application à la clause de reconduction tacite.** Or, les parties n'ont pas toujours conscience du renouvellement de leur lien contractuel<sup>66</sup>, voire ne le veulent pas forcément – notamment lorsqu'elles n'ont pas dénoncé en temps utile la reconduction.

407. – **Effet de l'arrivée du terme.** Dans certains cas, la poursuite de la relation contractuelle n'exprime pas autre chose qu'une simple tolérance du créancier en cas de retard d'exécution<sup>67</sup> de son débiteur. Sauf si l'une des parties s'est opposée en temps utile à la reconduction, celle-ci a opéré dès l'instant où le contrat est arrivé à son terme, sans autre considération.

Pour la jurisprudence, le contrat est reconduit automatiquement. La Cour de cassation<sup>68</sup> refuse toute dénonciation postérieure à l'arrivée du terme.

Le consentement au contrat reconduit s'exprime de manière inverse à la formation d'un contrat : seule la volonté expresse de ne pas contracter fait échec au renouvellement du lien contractuel<sup>69</sup>. La reconduction tacite est indolore.

### b. Silence circonstancié ?

408. – **Silence.** Traditionnellement, il est admis qu'« *en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* »<sup>70</sup> sauf (1) exceptions légales (2) usages du commerce ou (3) engagement exclusivement en faveur du bénéficiaire. D'où l'opposition d'une partie de la doctrine à accorder un effet juridique au silence en matière de reconduction.

409. – **Le consentement sous silence ?** Pour une autre partie de la doctrine, en matière de reconduction tacite, le silence vaut consentement<sup>71</sup>. Mais, il ne peut être question ici d'un simple silence, celui-ci étant circonstancié<sup>72</sup> par la poursuite de l'exécution des obligations contractuelles. De fait, le silence a ici perdu son caractère incertain<sup>73</sup>.

---

<sup>65</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 20 mars 2008 n°07-12.845, H. Groutel, « Contrat à durée déterminée sans clause de tacite reconduction », *Resp. civ. et assur.* n°6 juin 2008 comm. 208.

<sup>66</sup> Ce qui est corroboré sur la nouvelle législation en matière d'obligation d'information du jeu de la clause de reconduction tacite à venir en faveur du consommateur et du questionnement pour faire bénéficier de cette réglementation à certains professionnels.

<sup>67</sup> CA Rennes 4<sup>ème</sup> Ch. 7 juill. 1982 *Juris-Data* n°41-231.

<sup>68</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 nov. 1979 n°78-11.506 Bull. n°199: « *sans rechercher si les bailleurs avaient antérieurement à l'expiration du bail ou lors de cette expiration manifesté leur volonté d'écarter la tacite reconduction* ».

<sup>69</sup> CA Paris 11/04/1946, *D.* 1946 p. 228 qui refuse la reconduction tacite en cas de manifestation contraire de volonté d'une seule des parties.

<sup>70</sup> Cass. Civ. 25 mai 1870, *DP* 1870 I 257, *grands arrêts* n°82.

<sup>71</sup> B. Mercadal et P. Macqueron, *Le droit des affaires en France*, éd. Francis Lefebvre 2005 n°551-2 et A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF 1992 p.47 n°13.

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 mai 2005 n°02-15.188 Bull. n°223 p. 189, obs. A. Bensamoun, « Précisions sur la place du silence en droit », *D.* 2006 n°15 p. 58-59.

<sup>73</sup> P. Godé, *Volontés et manifestations tacites*, PUF, 1977.



410.– **Position jurisprudentielle.** Si la Cour de cassation n'a pas tranché clairement le débat, elle considère néanmoins que : « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation.* »<sup>74</sup>  
Cette solution n'est pas en soi satisfaisante, se situant à la frontière entre silence et accord tacite. Il faut plus qu'un silence, mais moins qu'un consentement tacite.

### c. Présomption de consentement

411.– **Présomption.** Il pourrait être également considéré que la clause de reconduction tacite prévoit une présomption de consentement au contrat reconduit. Pour faire échec à cette présomption, il conviendra de manifester expressément sa volonté de rompre la relation contractuelle. C'est en cela que la reconduction serait tacite : les parties ont donné un sens probatoire à la poursuite de l'exécution de leurs obligations. Leur volonté est présumée inchangée sauf dénonciation expresse. La présomption établit le lien entre le passé contractuel – la clause de reconduction, et l'avenir contractuel – le contrat reconduit.

412.– **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit prévoir les modalités de la reconduction tacite.

#### ■ Exemple :

*« Le contrat se reconduit tacitement par l'arrivée du terme pour une nouvelle durée déterminée de [...] années sauf dénonciation expresse par lettre recommandée avec accusé de réception de l'une des parties adressée à l'autre moyennant le respect d'un préavis de 3 mois.*

*[Les clauses n°... du contrat seront reconduites] ou [L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit]. »*

Ces subtilités peuvent avoir une incidence sur la charge probatoire pour contester ou revendiquer un consentement à la reconduction.

413.– Outre la condition du consentement, le nouveau contrat doit répondre aux conditions de validité de cause, d'objet et de capacité.

### B. Cause, objet et capacité du contrat reconduit

414.– **Conditions de validité.** Outre le consentement, les trois autres conditions de validité des contrats sont à respecter.

415.– **La capacité.** La clause de reconduction ne contenant pas les consentements anticipés des parties, chacune d'elles devra avoir la capacité de conclure le contrat reconduit à l'échéance du terme. La clause de reconduction ne confère pas le pouvoir de reconduire le contrat, la perte de capacité empêchant l'efficacité du jeu de la reconduction. Une partie qui aurait perdu la capacité de conclure un contrat ne pourrait pas être partie au contrat reconduit.

Il convient de s'intéresser à la cause (1) et à l'objet (2) du contrat reconduit.

<sup>74</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 juin 2009 n°08-14.481 Bull. n°113.



## *1. La cause du contrat reconduit*

416. – **Cause du contrat reconduit ?** Le contrat reconduit est conclu en application de la clause de reconduction. Sa cause est la même que lors de la conclusion du contrat initial.

417. – **Effet de la nullité de la clause de reconduction sur le contrat reconduit.** Si la clause de reconduction est frappée de nullité, et que les parties ont néanmoins poursuivi l'exécution du contrat au-delà du terme extinctif, il y a bien eu renouvellement du contrat, non par le jeu de la clause, mais par celui de la tacite reconduction judiciaire.

Si la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur un tel cas de figure, dans le cadre des marchés publics avec une clause de reconduction nulle, le contrat reconduit a pu être annulé<sup>75</sup>. La solution est incertaine.

Il convient encore de s'intéresser à l'objet du contrat reconduit.

## *2. L'objet du contrat reconduit*

418. – **Identité d'objet avec le contrat initial.** L'objet du contrat reconduit est un des éléments de définition de la reconduction. Le contrat reconduit emprunte au contrat échu son objet. À défaut, il ne s'agira pas de reconduction.

419. – **Éléments de qualification.** L'identité d'objet entre les contrats permettra de distinguer le mécanisme de la reconduction de la simple succession de contrats indépendants non régie par une communauté d'intérêts, mais d'une simple succession de contrats entre des partenaires identiques.

420. – **Modification du contrat reconduit.** Si le contenu du contrat reconduit peut, dans une certaine mesure, être adapté, il n'est qu'une réponse partielle au problème de l'imprévision. La reconduction est en effet un mécanisme d'adaptation du contrat, mais elle n'est qu'un mécanisme d'adaptation du contrat partiel. En effet, un bouleversement des clauses du contrat qui modifierait substantiellement l'objet de celui-ci empêcherait de parler de reconduction. Il y aurait alors une simple succession de contrats sans continuité temporelle. Le lien entre les contrats ancien et nouveau serait rompu. Ainsi, notamment, la durée de préavis ne tiendrait pas compte de la poursuite des relations, le contrat serait oral sans support écrit.

Le contrat reconduit est donc un contrat à part entière malgré l'absence possible de support écrit en cas de reconduction tacite. Il conviendra de vérifier l'ensemble des conditions de validité propre au contrat reconduit indépendamment du contrat initial comportant la clause de reconduction.

421. – **Conclusion.** La clause de reconduction est un mécanisme de poursuite de la relation contractuelle par la conclusion d'un nouveau contrat devant répondre à l'ensemble des conditions de validité. De ces problématiques transparait la question des modalités de la reconduction : est-ce tout le contrat ou seulement une partie contrat qui est reconduit ? Et dans quelle mesure le passé contractuel affecte-t-il le présent ?

---

<sup>75</sup> CAA Nancy 19 mars 2009 n° 07NC01433 Doucet c/ Hôpital local de Montier en Der, G. Eckert, « Nullité des clauses de tacite reconduction », *CMP* n° 5 Mai 2009, comm. 155.

## SECTION 2 : LA RECONDUCTION COMME PHÉNOMÈNE DE « CLONAGE »<sup>76</sup> DU CONTRAT

422. – **Le « clonage »**<sup>77</sup>. Formulation qui a trouvé un écho heureux en doctrine, elle décrit précisément le mécanisme de la reconduction contractuelle. Appliqué à la reconduction, on peut dire que les parties ou le juge prélèvent le cœur du contrat échu – l’objet – pour l’implanter dans une nouvelle cellule contractuelle.

Cependant, comme le contrat est un instrument juridique vivant, le contrat cloné est le même contrat que le modèle d’origine, mais pas tout à fait. Et c’est dans cette subtilité que réside tout l’enjeu juridique.

Si le rédacteur de contrat dispose d’une grande liberté technique, il doit en revanche faire preuve d’une grande prévisibilité quant aux effets de la reconduction, de peur que le contrat reconduit ne réponde pas aux attentes exactes des parties.

423. – **Principe.** Le principe est clair : le contrat reconduit est un nouveau contrat dont le contenu est identique au contrat initial. Cependant, de multiples exceptions ont été consacrées par la jurisprudence. Les parties ont tout intérêt à faire échec à la jurisprudence qui évolue en dehors de tout cadre légal – ce qui fait dire à A. Bénabent que « *la théorie de la tacite reconduction reste [donc] sans doute encore à faire* »<sup>78</sup>.

424. – **Hiérarchie.** On peut observer ici l’instauration d’une certaine hiérarchie entre les techniques de reconduction : la reconduction judiciaire est amenée à pallier le silence et les incertitudes des parties, devenant ainsi un régime juridique subsidiaire. Cette idée de hiérarchie a notamment été développée en doctrine :

- « *en premier vient le renouvellement exprès, qui passe tous les autres, car même s’il y a eu une clause initiale, on peut par un renouvellement exprès donner un contenu et une économie différente au contrat nouveau qui va naître ;*
- *ensuite, et seulement s’il n’y a pas de renouvellement exprès, c’est la clause initialement prévue qui, si elle est présente dans le contrat premier, organisera le renouvellement tacite ;*
- *et la véritable tacite reconduction n’interviendrait qu’à titre subsidiaire, si véritablement les parties n’ont exprimé aucune volonté.* »<sup>79</sup>

La liberté contractuelle ne saurait être exercée dans l’ignorance de la jurisprudence. Cependant, en cas d’erreur révélée avant que la clause ne soit mise en œuvre, les parties auront toujours le loisir de reconduire par un accord exprès le contrat selon les modalités voulues. C’est une sorte de seconde chance.

---

<sup>76</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 131.

<sup>77</sup> Ainsi, la technique du clonage reproductif consiste : « *à prélever le noyau - contenant le patrimoine génétique - d’une cellule du corps d’un humain ou d’un animal. Ce patrimoine génétique est introduit dans un ovule auparavant vidé. Il se forme un embryon.* » Il désigne « *la reproduction d’un ou plusieurs êtres vivants à partir d’un individu appelé donneur, qui ont exactement le même patrimoine génétique que ce dernier. Ce type de clonage ne consiste qu’en la reproduction exacte d’un être vivant.* » d’après la Commission consultative nationale d’éthique pour les sciences de la vie et de la santé.

<sup>78</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 135.

<sup>79</sup> A. Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 135.

En l'état de la jurisprudence, il semble bien que cette hiérarchie se soit instaurée : le juge applique le régime mis en place pour la tacite reconduction judiciaire à défaut de stipulation expresse contraire des parties qui peuvent toujours aménager leur accord.

425. – **La technique de reconduction.** Pour filer la métaphore d'A. Bénabent, afin de déterminer ce qui doit être prélevé au sein du contrat initial pour être introduit au sein du contrat reconduit (§1), la clause de reconduction doit suivre un procédé technique (§2).

## §1. Le prélèvement du noyau contractuel

426. – **Un principe.** Si le principe qui préside est une identité d'objet entre les contrats, ce n'est qu'un principe, aujourd'hui plus qu'hier, largement entamé par la jurisprudence.

427. – **Des exceptions.** Celle-ci limite en effet, grandement ce principe d'identité d'objet, laissant une certaine liberté d'adaptation des contrats. Ainsi la Haute Juridiction décide que : « *sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques.* »<sup>80</sup>

Une double conséquence résulte de cet arrêt :

- d'une part, en matière de tacite reconduction judiciaire, tous les éléments ne sont pas identiques. Intervenant dans le silence des parties, une grande incertitude entoure le contenu du contrat qui survit à l'opération créant une forme d'« instabilité »<sup>81</sup> ;
- d'autre part, si la clause de reconduction est silencieuse concernant les modalités de la reconduction, la même solution est retenue. Le principe posé est donc que dans le silence des parties, le contrat reconduit est à durée indéterminée.

428. – **Pratique.** Bien qu'en pratique, les parties ne regardent pas au contenu reconduit, la question est aujourd'hui loin d'être clairement tranchée par les tribunaux et les incertitudes dominent en la matière. Aucun critère n'a été défini : sont-ce les éléments essentiels du contrat qui sont reconduits ? Qu'advient-il des accessoires au contrat et des accessoires dans le contrat dont l'absence peut préjudicier à l'une des parties ?

Dans l'arrêt évoqué ci-dessus, les négociations entre les parties pour reconduire le contrat ont échoué en raison des clauses de durée et de prix – aucune n'étant un élément essentiel du contrat. Aucune autre indication n'a été donnée.

Piochant dans le contenu contractuel ce qui est à sauvegarder ou pas, la jurisprudence fait fi de l'économie contractuelle et de la négociation qui a permis d'aboutir à ce contrat. Il est donc important que la pratique y regarde de plus près qu'elle ne le fait actuellement.

Le contrat reconduit est une image presque fidèle du contrat initial (A) caractérisé par la perte des accessoires dudit contrat initial (B).

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413, *Dé-P* n°152 oct. 2006 p. 97 ; « La tacite reconduction a le vent en poupe », *RLD* 2006 n°23 p. 13 n°946 ; F. Buy, « De la tacite reconduction d'un contrat de parrainage », *RLD* 03-2006 C. p. 6 ; A. Bensamoun, *D.* 2006. Jur. 1025 ; *AJD* 2005. 1919 ; J. Mestre et B. Fages, *RFD civ.* 2005. 588.

<sup>81</sup> M. Mekki, « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », *D.* 2006 p. 587.

## ***A. Un miroir presque fidèle : la substance contractuelle préservée***

429. – **Questionnement.** Le contrat comporte différentes clauses dont l'importance varie selon qu'il s'agit des éléments essentiels au contrat ou de simples clauses accessoires.

La reconduction opérant sans formalisme écrit, la question se pose de savoir si c'est l'ensemble du contrat qui est reconduit ou non (1). En outre, il convient de déterminer si les parties peuvent apporter des modifications au contenu contractuel à reconduire (2).

### ***1. Les clauses préservées par la reconduction***

430. – **Clauses du contrat initial.** La jurisprudence<sup>82</sup>, si elle considère qu'« *en principe [le contrat reconduit] comporte les mêmes clauses et conditions que le précédent* », ne reconduit pas les clauses qu'elle qualifie d'occasionnelles en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation.

Ainsi, la Haute Juridiction<sup>83</sup> rappelle que « *les autres éléments [du contrat reconduit] ne sont pas nécessairement identiques* ». Les clauses occasionnelles sont considérées comme caduques<sup>84</sup>.

431. – **Critique.** Cette solution laisse les parties dans le plus grand doute quant à savoir quelle clause sera appréciée comme étant simplement occasionnelle ou au contraire durable. En effet, le caractère « occasionnel » de la clause est un concept purement factuel qui apparaît comme un critère juridique des plus incertains.

Il faut donc bien mesurer la portée du fait que « *la reconduction épure le contrat, le dépouillant des clauses autonomes pour ne garder que l'essentiel* »<sup>85</sup>. En l'absence de prévisions contractuelles, ce qui est toujours le cas en pratique, les parties ne peuvent pas véritablement connaître l'étendue de la reconduction.

La jurisprudence<sup>86</sup> a d'ailleurs précisé qu'il revenait aux parties de décider expressément quelles clauses étaient reconduites, à défaut de telles prévisions, le contenu du contrat aura pu être amputé des clauses accessoires<sup>87</sup>.

432. – **Reconduction et indivisibilité.** Le critère de la jurisprudence<sup>88</sup> est le lien d'indivisibilité qui peut exister entre les clauses. En pratique, les clauses de divisibilité sont des clauses types qui

---

<sup>82</sup> Cass. com. 6 mai 1953 Bull. n°160.

<sup>83</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413.

<sup>84</sup> Cass. com. 15 juin 1960 Bull. n°232 : « *mais attendu que les premiers juges, en leurs motifs adoptés, ont déclaré, interprétant la convention, que la clause litigieuse était distincte et indépendante du bail et n'étant qu'une clause occasionnelle, que si les conclusions d'appel de la Brasserie Lorraine ont soutenu qu'il fallait rechercher l'intention des parties qui s'étaient exprimées notamment dans une lettre de Dame X..., l'arrêt a encore énoncé que la clause de préférence ne présentait aucun lien indivisible avec les autres stipulations du bail, que la lettre invoquée ne contenait aucun engagement et que la clause était devenue caduque ; Attendu que, par ces constatations et appréciations, les juges du fond, qui n'ont en rien dénaturé la convention ont usé du pouvoir qui leur appartenait souverainement d'interpréter une clause dont la portée était incertaine et ambiguë.* » ; Cass. soc. 15 juin 1960 Bull. n°634.

<sup>85</sup> L. Marino, « Le contrat ne meurt pas en France », *JCP G* n° 11, 12 mars 1997, II 22800 sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 23 janv. 1996 n°94-12.412.

<sup>86</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 nov. 1998 n°95-21.074.

<sup>87</sup> F. Buy, « De la tacite reconduction d'un contrat de parrainage », *RCD* 03-2006 C. p. 6.

<sup>88</sup> Cass. com. 15 juin 1960 Bull. n°215 ou n°160.

prémunissent les parties contre le risque de nullité totale du contrat : la nullité d'une clause n'affecte que celle-ci et non l'ensemble du contrat.

Il serait ici intéressant de repenser l'usage de la clause d'indivisibilité du contrat qui pourrait être envisagé en jumelage avec les clauses de reconduction.

433. – **Éléments essentiels du contrat.** L'autre possibilité offerte aux parties voulant se prémunir des effets du toilettage jurisprudentiel du contrat, serait de qualifier dans les contrats les clauses essentielles, les clauses accessoires indispensables, les autres clauses accessoires simplement occasionnelles. Cette approche aurait l'utilité de pouvoir être pensée en adéquation avec la clause résolutoire du contrat pouvant sanctionner l'inexécution des obligations essentielles du contrat plus sévèrement que l'inexécution des simples obligations accessoires<sup>89</sup>.

En sus de ces incertitudes sur le noyau contractuel reconduit, il convient de déterminer dans quelle mesure les parties peuvent apporter des modifications à ce contenu.

## ***2. Les clauses du contrat initial modifiées***

434. – **Modification de certaines clauses.** Les deux principales clauses du contrat qui vont vouloir être adaptées sont les clauses relatives au prix (a) et la clause de durée des contrats (b) comme nous le rappellent les faits de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 15 novembre 2005<sup>90</sup>.

### **a. L'adaptation des clauses du contrat et la clause de prix**

435. – **Clause d'adaptation.** Il arrive que les parties, dans le cadre de clauses de reconduction expresse, ne veuillent pas se contenter de reprendre le contenu contractuel initial, mais veuillent l'adapter.

En effet, les relations évoluent dans le temps, le contexte économique change, et la jurisprudence civile refusant la théorie de l'imprévision, il peut être opportun pour les parties de prévoir les modalités d'adaptation de leurs relations. « *Le spectre de l'imprévision menace toute relation qui s'étend dans la durée* »<sup>91</sup>.

Sauf que la reconduction est un mécanisme de clonage à l'identique du contrat qui lie le passé au présent justement par cette double identité de parties et d'objet.

436. – **Jurisprudence.** Traditionnellement, la jurisprudence se montre plutôt réticente à admettre de telles modifications. Cependant, l'évolution récente tend à admettre de plus en plus de tels changements. En 2005<sup>92</sup>, la Cour de cassation a ainsi affirmé que « *les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques* ».

Le débat s'est principalement porté sur la modification du prix du contrat<sup>93</sup>. Lorsqu'une clause d'adaptation de prix est prévue, le problème ne se pose pas. Mais que se passe-t-il si le prix est simplement fixé par le contrat sans autres précisions ?

<sup>89</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 « La mise en demeure préalable à la résolution du contrat », p. 207.

<sup>90</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413.

<sup>91</sup> B. Duloum, « La détermination du prix du contrat tacitement reconduit », *JCP E* n°39 24 sept. 2009 1904.

<sup>92</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413.

<sup>93</sup> J. Mestre et B. Fages note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005, *RTD civ.* 2005 p. 114 et B. Duloum, « La

En 2009<sup>94</sup>, la Cour de cassation indiquait que les parties, ayant consenti par silence circonstancié à la reconduction de leur contrat, celui-ci avait été reconduit dans des termes identiques au contrat précédent. Et de préciser que le prix aurait pu être renégocié. Certains auteurs en concluent, peut-être hâtivement, au vu de la combinaison de ces deux arrêts de 2005 et 2009 que le contrat reconduit peut tout à fait être modifié par les parties.

437. – **Critique.** Une certaine prudence doit être gardée pour ne pas faire dire à la Cour de cassation plus que ce qu'elle n'a voulu, une telle interprétation pouvant altérer la notion même de reconduction. Si la Haute Juridiction rappelle la liberté des parties de renégocier le prix du contrat, elle ne dit pas qu'une telle renégociation serait toujours une reconduction du contrat. Car, que serait un contrat reconduit débarrassé à la fois de sa durée, à la fois de ses clauses accessoires et encore en plus de ses éléments substantiels ? En quoi ce contrat resterait-il identique ou similaire au précédent si ce n'est l'identité de parties ?

Faut-il véritablement réduire la notion de contrat reconduit à un nouveau contrat entre les mêmes parties dans une succession temporelle ininterrompue, peu important le cœur de leur engagement ? Or, c'est le contrat qui est reconduit et non le simple lien contractuel entre les parties. Une certaine unité conceptuelle doit demeurer pour éviter de parler de reconduction quand à un contrat de prestation de réalisation de logo succède un contrat de création d'un site Internet pour une autre marque détenue par le même propriétaire. Un nouveau contrat ne doit pas être affublé du passé contractuel d'un autre contrat au prétexte de l'identité de parties. Les conséquences d'une telle confusion affectent tant l'appréciation du caractère fautif des éventuelles inexécutions que la durée de préavis à respecter pour rompre un contrat.

Il est à espérer que les juges ne cèdent pas à cette tentation consistant à confondre entre négocier un nouveau contrat et reconduire un contrat.

438. – **Le quantum du prix comme élément essentiel ?** Cette logique ne vaut que si le montant du prix est un élément essentiel du contrat. Cette affirmation ne va cependant pas toujours de soi : le fait de prévoir un prix est un des éléments de validité du contrat, mais son quantum n'est pas clairement posé comme un des éléments essentiels du contrat.

En effet, le *quantum* du prix, compte tenu de l'évolution du contexte économique, pourrait être devenu vil lors de la reconduction. Il faudrait alors considérer que le contrat serait nul pour absence de cause sans pouvoir adapter le *quantum* ?

439. – **Valeur.** On sait que la jurisprudence s'octroie parfois le pouvoir de réévaluer le prix et que les parties peuvent avoir recours en cas de litige à l'article 1592 du Code civil qui prévoit l'évaluation du prix par un tiers. Plus que le *quantum*, c'est la valeur négociée par les parties qui apparaît comme un élément essentiel du contrat. Réévaluer le montant du prix en conservant les critères de négociation du prix ne serait pas bouleverser le contenu contractuel lors de la reconduction.

Il convient de distinguer selon que l'élément essentiel du contrat ait été la méthode de fixation du prix – comme c'est souvent le cas dans les pactes d'actionnaires concernant la cession d'action ou

---

détermination du prix du contrat tacitement reconduit », *JCP E* n°39 24 sept. 2009.1904.

<sup>94</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 juin 2009 n°08-14.481 Bull. n°113 : « que la CA a pu déduire de ces circonstances que le nouveau contrat qui s'était formé entre la société Médica et l'Etat reprenait tacitement les conditions antérieures du prix de journée faute de contestation à ce sujet par le cessionnaire lors de la reprise effective et que la société Médica qui avait tacitement admis les conditions de prise en charge des pensionnaires présents relevant du minère de la défense, avec pris de journée réduit, ne pouvait revenir sur ces engagement ».



dans les contrats de distribution –, ou si c'est le *quantum* qui a déterminé le consentement – comme c'est souvent le cas dans les contrats de vente.

Il en ressort qu'il faut adapter le contrat en fonction de sa nature. La qualification *in concreto* des éléments essentiels doit présider au détriment d'une appréciation trop générale.

440. – **Rédaction.** Le rédacteur du contrat a tout intérêt à prévoir quelles sont les clauses à renégocier. Il peut prendre le soin de préciser que cette renégociation n'aboutit pas à un changement d'objet du contrat.

#### ■ Exemple :

« Les clauses n°. . . , accessoires indispensables au contrat, seront renégociables entre les parties sans que cette renégociation ne modifie l'objet du contrat ou ne puisse être qualifiée de novation. Lorsque l'une des parties souhaite renégocier ces clauses, elle en informe l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception 3 mois avant l'arrivée du terme.

En cas d'échec de la renégociation, dans le silence des parties, les clauses sont réputées reconduites dans les mêmes termes que ceux du contrat en cours d'exécution. Chaque partie peut notifier à l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception son refus de reconduire le contrat avant que la reconduction ne joue. »

Outre ces différentes clauses, reste la question de la durée du contrat reconduit.

### b. L'enjeu de la durée du contrat reconduit ?

441. – **La durée indéterminée du contrat reconduit.** La durée du contrat reconduit a été largement débattue, la jurisprudence décidant que le contrat reconduit est transformé en contrat à durée indéterminée<sup>95</sup>, et ce sauf dispositions contraires de la loi ou des parties. Le principe est donc de ne pas reconduire la clause de durée du contrat initial.

Cette position jurisprudentielle se justifie par le fait que, la volonté des parties étant seulement tacite et non expresse, la possibilité de la résiliation unilatérale les protège de la force obligatoire attachée au terme extinctif des contrats à durée déterminée. En effet, elles pourraient ne plus vouloir être engagée pour la durée impartie. Leur liberté de sortir du contrat est ainsi préservée<sup>96</sup>. M.-J. Littman a pu considérer que : « en substituant à une durée déterminée une durée indéterminée, ils (auteurs et magistrats) limitent en quelque sorte les inconvénients d'une interprétation erronée de la volonté, puisque les parties pourront se libérer dès qu'elles le désireront »<sup>97</sup>.

442. – **Critique.** J. Ghestin<sup>98</sup> considère qu'il devrait être prévu une durée déterminée ou indéterminée qui serait fonction du type de contrat reconduit. Selon le cas d'espèce, le contrat serait soit reconduit pour la même durée soit pour une durée indéterminée selon le principe de justice commutative. Il reviendrait aux juges de tenir compte de « la singularité du contrat conclu et reconduit. En outre, cette décision [Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 novembre 2005 n°02-21.336] fragilise le contrat reconduit

<sup>95</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.336.

<sup>96</sup> Cette position jurisprudentielle a été approuvée par une partie de la doctrine : J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, t. 102, LGDJ coll. Bibl. dr. privé n°297 p. 223 et s. ; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse daçtyl., Paris II, 1973 n°II-65 p. 191.

<sup>97</sup> M. J. Littman, *Le silence et la formation du contrat*, thèse daçtyl., Strasbourg, 1969 note 4, n° 334, p. 506.

<sup>98</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 3<sup>ème</sup> éd. n°254.



en refusant d'appliquer, au stade de la rupture, les garde-fous habituellement utilisés pour éviter toute brutalité. »<sup>99</sup> Cette position doctrinale ne garantit cependant pas la sécurité juridique offerte actuellement par la prévisibilité des solutions jurisprudentielles.

L. Leveneur<sup>100</sup> propose quant à lui que la durée du contrat reconduit soit déterminée selon que la reconduction intervienne en vertu d'une clause ou en vertu de la seule décision de justice. :

- en présence de la tacite reconduction judiciaire, le contrat serait conclu pour une durée indéterminée, car la volonté des parties demeure incertaine ;
- en présence d'une clause de reconduction tacite prévue sans disposition spécifique quant à la durée de la convention, celle-ci devrait être à durée déterminée.
- La difficulté réside dans le fait que dans les deux cas, la manifestation de la volonté est de même nature — tacite. Une partie serait dès lors moins bien protégée par une clause contractuelle incomplète — étant tenue pour toute la durée du contrat initial.

443. – **Prévisions des parties.** La question de la durée du contrat reconduit a cependant quelque peu perdu de son importance en pratique. En effet, aujourd'hui les clauses de reconduction fixent généralement la durée de la reconduction.

Il convient de préciser que l'absence de prévision contractuelle peut être volontaire : en effet, les parties peuvent vouloir que leur relation contractuelle soit à durée indéterminée. Dans ce cas, le contrat initial apparaît comme une forme de période d'essai de la relation contractuelle entre les parties. « *En définitive lorsque le contrat s'écoule dans le temps, il devient très séduisant de conclure un contrat à durée déterminée afin d'avoir de l'exécution du contrat une certaine lisibilité, puis reconduire tacitement le contrat en proposant une négociation de nouvelles conditions* ». <sup>101</sup>

444. – **La succession de contrats.** Lors de renouvellements successifs de contrats à durée déterminée, les contrats ne sont pas considérés comme fondus en un seul à durée indéterminée. Ceux-ci se succèdent indépendamment<sup>102</sup> sans que leur renouvellement soit limité en nombre.

445. – **Conclusion.** Il apparaît donc que si le contrat reconduit est bien similaire au contrat initial, il n'est pas identique. Reste que le contrat initial peut être assorti d'éléments accessoires et qu'il convient de déterminer le sort de ces accessoires.

### ***B. Une retranscription partielle : la perte des accessoires au contrat***

446. – **Contrats accessoires.** La reconduction emporte transfert du « noyau » contractuel, et seulement de ce noyau sans ses électrons, que sont les engagements accessoires tels que les garanties. Ainsi, « *lorsqu'on lie un engagement à un contrat, le renouvellement de ce dernier n'emporte pas de plein droit renouvellement de l'engagement* »<sup>103</sup>.

Cette solution se justifie aisément pour plusieurs raisons. Même si différents contrats entre différentes parties peuvent être reliés et faire partie d'une opération globale, il n'en demeure pas moins que chaque contrat

<sup>99</sup> M. Mekki, « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », *D.* 2006 p. 587.

<sup>100</sup> L. Leveneur, « Quelle est la durée d'un contrat tacitement reconduit ? », *CCC* n°3 mars 2006 comm. 43.

<sup>101</sup> « La tacite reconduction a le vent en poupe ! », *RLDC* 01 janv. 2006 n°23 p. 13-14 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366.

<sup>102</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ. 21 mars 2006 n°03-20.960 Bull. n°169.

<sup>103</sup> P. D'Harcourt, « De l'importance de la distinction en matière contractuelle entre la prorogation et la reconduction (ou le renouvellement) », *JCP E* 18/09/1997 n°38 p. 330.

reste indépendant et est régi par ses propres stipulations — clause de durée, obligations spécifiques. L'effet relatif de chaque contrat impose de ne pas imposer à des tiers — parties au contrat accessoire, mais non au contrat principal —, le contrat reconduit auquel ils ne sont pas partis. Il conviendrait de lier les reconductions des différents contrats par une clause d'indivisibilité. Il est ainsi opportun de lier le sort du contrat principal de distribution exclusive et du contrat de fourniture auprès des fournisseurs agréés du réseau.

447. – **Sûreté et cautionnement.** Dès lors, les sûretés conclues en vertu du contrat échu, sont amenées à disparaître à leur tour<sup>104</sup>. Il conviendra de renouveler ces sûretés expressément afin d'en conserver le bénéfice. Leur reconduction doit être spécifiquement prévue, celles-ci ne pouvant profiter automatiquement au nouveau contrat qu'est le contrat reconduit.

448. – **Étendue de l'obligation de couverture.** Pourtant, si par principe le contrat de cautionnement disparaît<sup>105</sup>, il a pu être décidé que dans le cas où la caution aurait eu connaissance de la clause de reconduction et aurait conclu en conséquence une obligation de couverture, le contrat de cautionnement était maintenu<sup>106</sup>.

Mais alors, ce contrat se maintient non pas par l'effet de la reconduction du contrat principal, mais par l'effet de ses propres stipulations. Les cautions peuvent toujours souscrire un nouvel engagement ou cautionner un contrat-cadre<sup>107</sup> prévoyant la possibilité de reconduire les contrats d'application. Ainsi en est-il du cautionnement d'un contrat-cadre de partenariat commercial prévoyant la conclusion de différents contrats de prestation de service reconductibles.

La solution n'est pas figée, mais nécessite que les parties se soient entendues sur ce point. Aucun effet automatique ne peut être invoqué.

449. – **Théorie de l'accessoire.** Le contrat de cautionnement, tout comme les sûretés ou d'autres engagements tels que l'accord de confidentialité, étant des contrats accessoires, ils suivent le sort du contrat principal. Lorsque le contrat principal prend fin, corrélativement l'engagement accessoire s'éteint par caducité<sup>108</sup>.

450. – **Notion d'indivisibilité.** Si la jurisprudence ne donne pas plus de valeur juridique à la notion doctrinale de groupe de contrats, des contrats peuvent être liés entre eux par un lien d'indivisibilité. Ces clauses sont courantes notamment en matière de crédit. Le sort des contrats est lié.

La jurisprudence recourt parfois au critère de l'imbrication des prestations, défini par le fait que « *chaque contrat est à la fois nécessaire et insuffisant à la réalisation de l'opération globale* ». À titre d'exemple, il peut être cité un contrat de cession d'actions qui se référerait à une convention de garantie d'actif et de passif. Les deux conventions prévoient des compensations entre le complément de prix de l'une et l'indemnisation due au titre de la garantie de l'autre.

Néanmoins, « *la notion d'indivisibilité n'est pas suffisamment précise pour servir de fondement juridique au phénomène d'imbrication des relations contractuelles et que tout lien entre deux contrats n'est pas nécessairement un lien d'interdépendance* »<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> Cass. civ. 4 nov. 1980 Bull. p. 125.

<sup>105</sup> Cass. com. 21 fév. 1977 n°75-15.563 Bull. n°54.

<sup>106</sup> Cass. com. 11 juin 2003 n°99-18.714 Bull. n°94.

<sup>107</sup> Cass. com. 4 nov. 1986 n°84-17.696 Bull. n°197.

<sup>108</sup> CA Versailles 22 nov. 1991, *RTD civ.* 1992 n°556 obs. J. Mestre.

<sup>109</sup> S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Contribution à l'étude des ensembles de contrats, D. 2007 n°390.

Ne trouvant que peu d'écho en jurisprudence, si les parties veulent lier le sort de leurs contrats, il convient de le prévoir expressément.

■ **Exemple :**

*« La reconduction du contrat a pour conséquence de reconduire les accords accessoires conclus entre les parties au contrat principal de façon automatique dans les termes et conditions définis dans les contrats accessoires tels que listés ci-après. »*

451. – **Promesse de vente.** À titre d'illustration sur l'importance de prévoir le lien entre les contrats, il peut être noté que la jurisprudence<sup>110</sup> a considéré qu'une promesse de vente, contrat accessoire au contrat de location-gérance, ne pouvait plus être invoquée après la mise en œuvre de la tacite reconduction dès lors que ce contrat prévoyait que la levée de l'option de ladite promesse devait intervenir dans les trois mois de l'expiration du « présent contrat ». La notion de « présent contrat » se réfère nécessairement au contrat initial. C'est une clause qui par sa rédaction est conçue comme étant ponctuelle et donc accessoire. Celle-ci n'a pas vocation à être reconduite d'après la jurisprudence de la Cour de cassation telle que décrite ci-dessus.

Il est plus probable que ce soit une formule de style regrettable de la part du rédacteur de la clause de reconduction. Ce dernier doit donc faire preuve de la plus grande vigilance dans la rédaction du contrat et éviter l'expression « présent contrat » sauf si celle-ci revêt une importance réelle.

452. – **Conclusion.** Après avoir déterminé ce que l'on veut reconduire, il ne suffit pas pour les parties de laisser jouer la clause de reconduction, même tacite. La reconduction suit un procédé technique particulier qui implique de se pencher sur ses conséquences.

## §2. Le procédé technique de « clonage » du contrat

453. – **Nouveauté.** « Cloner » un contrat, c'est former un nouveau contrat. C'est justement par cette caractéristique de nouveauté que la reconduction va se distinguer d'autres techniques de poursuite des relations contractuelles telles que la prorogation. La formation d'un nouveau contrat impose certaines obligations et emporte certaines conséquences.

Réussir à cloner un contrat. Pour réussir le « clonage » de leur contrat, les parties ont intérêt à prévoir la stipulation d'une clause de reconduction. Un véritable protocole est à suivre soit que des obligations supplémentaires soient à respecter (A) soit que des effets secondaires soient à anticiper (B).

### A. Un protocole de reconduction

454. – **Quel formalisme ?** La reconduction fait naître un nouveau contrat : en tant que tel, si la conclusion du contrat échappe à un certain formalisme, il n'échappe pas à tout formalisme (2). Certaines obligations peuvent découler de la reconduction, soit que ces obligations soient spécifiques au mécanisme de la reconduction soit qu'elles résultent de la nature propre du contrat. C'est le cas de l'obligation d'information (1).

<sup>110</sup> Cass. com. 22 oct. 1996 n°94-13.373 Bull. n°257.

## 1. Renouveau de l'obligation d'information

455. – **Une obligation spécifique.** Le mécanisme de la reconduction tacite, en raison de son automaticité, peut présenter un certain risque pour les parties. Risque de laisser passer le terme par négligence ou par la trop grande rigueur des procédures faisant échec à la reconduction.

456. – **Pourquoi ?** Le législateur a voulu « *prévenir le piège du contrat éternellement reconduit par une information précise et au bon moment* »<sup>111</sup>. En effet, la clause de reconduction est une clause susceptible de créer un déséquilibre dans le contrat. Il « *existe toujours une période de non-retour où le consommateur ne peut plus efficacement s'opposer à la marche vers la reconduction* »<sup>112</sup>.

457. – **Législation.** Le législateur est donc intervenu afin de protéger le consommateur du risque que représente la reconduction. En droit de la consommation, la loi « Châtel »<sup>113</sup>, modifiée par la loi « Châtel 2 »<sup>114</sup> est intervenue afin de « protéger » le consommateur. Le professionnel est désormais tenu d'une obligation d'information<sup>115</sup>.

458. – **Qui ?** L'obligation d'information s'impose aux professionnels prestataires de service au profit des consommateurs. Elle a été spécifiquement prévue concernant l'ouverture de crédit par un consommateur<sup>116</sup>.

La question s'est rapidement posée de savoir si cette législation pouvait être étendue au bénéfice du professionnel. En effet, la législation de 2008 fait référence à la notion de non-professionnel et les travaux législatifs visaient également les professionnels personnes physiques placés en situation de faiblesse pour leurs besoins professionnels<sup>117</sup>.

---

<sup>111</sup> B. Mallet Bricourt, « Loi « Châtel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *DéP* 09-2005 n°140-3.

<sup>112</sup> P. Stoffel-Munck, « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », *Com. Com. elec.* n°3 mars 2005 comm. 45.

<sup>113</sup> Loi dite « Loi Châtel » n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, art. L. 136-1 C. conso.

<sup>114</sup> Loi dite « Châtel 2 » n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

<sup>115</sup> Art. L. 136-1 C. conso : « *Le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction. Les avances effectuées après la dernière date de reconduction ou, s'agissant des contrats à durée indéterminée, après la date de transformation du contrat initial à durée déterminée, sont dans ce cas remboursées dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat. À défaut de remboursement dans les conditions prévues ci-dessus, les sommes dues sont productives d'intérêts au taux légal. Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice de celles qui soumettent légalement certains contrats à des règles particulières en ce qui concerne l'information du consommateur. Les trois alinéas précédents ne sont pas applicables aux exploitants des services d'eau potable et d'assainissement. Ils sont applicables aux consommateurs et aux non-professionnels.* ».

<sup>116</sup> Art. L. 311-9 C. conso.

<sup>117</sup> N. Sauhanor-Brouillaud, *Reconduction des contrats de consommation*, JCL Concurrence Consommation, Fasc. 850, 2008.

La notion de « non professionnel » existe depuis 1978<sup>118</sup>. Un véritable débat a divisé la doctrine pour déterminer si cette notion était synonyme de consommateur<sup>119</sup> ou au contraire autonome<sup>120</sup>. Depuis un arrêt de 2005<sup>121</sup>, le débat a été tranché, les deux notions ne recoupant pas la même signification, étant précisé que le non-professionnel peut être une personne physique ou morale.

Pour M. Rey<sup>122</sup>, cette législation englobe :

- les consommateurs,
- les personnes morales dépourvues d'activité professionnelle (association, fondation et syndicats de copropriétaires),
- les personnes physiques qui ont conclu des contrats de prestation de services pour leurs besoins professionnels à usage mixte (entrepreneurs individuels, artisans et commerçants, des professions libérales).

Cette liste de destinataire est assez pragmatique et mériterait d'être consacrée.

Le spectre de la loi reste donc indéfini, et il convient d'être vigilant quant à ses destinataires.

459. – **Informé.** Le professionnel doit informer le consommateur et le non-professionnel :

- de ce que la clause de reconduction tacite va être mise en œuvre à l'échéance du contrat ;
- de son droit de s'opposer à la mise en œuvre de ladite clause ;
- des conditions pour s'opposer utilement à la reconduction tacite.

460. – **Quand ?** Cette obligation doit être respectée dans les trois mois à un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction.

461. – **Comment ?** Cependant, le législateur n'a pas précisé la qualité de l'information à délivrer. Et c'est là que le bât blesse puisque le professionnel cède facilement à la « *tentation de noyer l'information légale dans un flot d'information commerciale dont les professionnels ne sont pas avertis* »<sup>123</sup>. L'information relative à la reconduction n'a pas à être délivrée dans un document spécifique : elle peut être mentionnée sur un relevé mensuel, sur une facture ou tout document à charge pour le professionnel de prouver l'exécution de son obligation<sup>124</sup>.

<sup>118</sup> Loi n°78-23 du 10 janv. 1978 concernant la lutte contre les clauses abusives.

<sup>119</sup> J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997 p. 260 et R. Martin, « Le consommateur abusif », *D.* 1987 doct. p. 150.

<sup>120</sup> J. Kullman, sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 mai 1992 n°89-15.860 Bull. n°162, *D.* 1992 p. 402.

<sup>121</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mars 2005 n°02-13.285 Bull. n°135 : « *Attendu que si, par arrêt du 22 novembre 2001, la cour de Justice des communautés européennes a dit pour droit : « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques », la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ; que cependant, dès lors qu'en l'espèce le contrat litigieux entre la société ECS et le Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne n'avait pu être conclu par ce dernier qu'en qualité de professionnel, les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, ne sauraient trouver application ».*

<sup>122</sup> F.-A. Rey, « Les difficultés d'application de la loi Châtel II. du 3 janvier 2008 : le non-professionnel en question », *RQDA* 2009 n°27-2009 n°40.

<sup>123</sup> P. Stoffel-Munck, « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », *Com. Com. elec.* n°3 mars 2005 comm. 45.

<sup>124</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 sept. 2007, n°06-16.755, G. Raymond, « Reconduction du contrat de crédit et preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *CCC* n°1 janv. 2008 comm. 32.

Il appartiendra au juge de déterminer si l'information a bien été transmise. Or, celui-ci n'exige pas d'attirer l'attention spécifiquement sur cet élément<sup>125</sup>.

462. – **Sanction ?** La fragilité du mécanisme est, dans une certaine mesure, amoindrit en raison de la sanction prévue. En effet, la loi prévoit qu'alors, le consommateur ou le non professionnel pourra résilier unilatéralement le contrat. Autrement dit, le consommateur n'est plus lié par le terme du contrat reconduit.

Cela revient-il à dire qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée résiliable unilatéralement seulement par le consommateur ou le non professionnel ? Ou est-ce que le droit de résiliation unilatérale pourrait également être exercé par le professionnel, le contrat reconduit étant alors à durée indéterminée ?

Si aucune solution n'a été proposée, l'esprit du droit de la consommation conduirait à choisir la première option, puisque le droit de résiliation est attribué à titre de sanction d'un comportement. Il paraîtrait inapproprié de changer la nature du contrat.

463. – **Sanction en matière de crédit.** Il convient en outre de préciser que l'inexécution de l'obligation d'information en matière de crédit est sanctionnée par la déchéance des intérêts.

464. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit veiller à prévoir les modalités de cette information afin d'échapper aux éventuelles sanctions judiciaires.

#### ■ Exemple :

« *La société informera Monsieur par lettre recommandée avec accusé de réception de ce que le contrat en cours d'exécution arrive à échéance, ainsi que des termes de la clause de reconduction et des modalités pour s'opposer à la reconduction. Ces informations devront être notifiées entre 3 et 1 mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction.* »

465. – Outre cette obligation particulière d'information, la question du respect du formalisme des contrats se pose dès lors que le contrat reconduit est un nouveau contrat.

## 2. Formalisme contractuel lors de la reconduction

466. – **Conditions de formation du contrat.** Certains contrats sont soumis à des obligations spécifiques de formation. La question s'est posée de savoir si ce formalisme devait être renouvelé en cas de reconduction du contrat. Il convient de distinguer selon que le formalisme soit exigé ad validitatem (a) ou à titre d'opposabilité aux tiers (b).

### a. Formalisme ad validitatem : les contrats solennels

467. – **Solennité.** Les contrats solennels sont soumis à un formalisme exigé au titre de la validité du contrat. La reconduction tacite opérant de façon automatique, certains<sup>126</sup> ont pu dire que les contrats solennels ne pouvaient pas être reconduits.

<sup>125</sup> CA Amiens 18 sept. 2008 SA Médiatis c/ S., G. Raymond, « Information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction », CCC n°2 fév. 2009 comm. 62.

<sup>126</sup> P. Mousseron J. Raynard, J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre 2010, 4<sup>ème</sup> éd., p. 234 n°564.



D'autres<sup>127</sup> considèrent que l'acte peut être reconduit, mais de nouveau soumis au formalisme du contrat initial.

Aucune décision jurisprudentielle n'est venue sanctionner la reconduction d'un contrat solennel. Sur le principe de la libre reconduction, il semble que la reconduction puisse être opérée tant que la solennité du contrat est respectée. En vertu du parallélisme des formes, il semble opportun de consacrer l'accomplissement des formalités, un nouveau contrat étant conclu.

## b. Formalités diverses lors de la reconduction

468. – **Obligations précontractuelles.** La même solution semble devoir être transposée pour les autres formalités telles que l'obligation précontractuelle d'information. La loi Doubin<sup>128</sup> est venue instaurer un régime protecteur au franchisé et a consacré notamment une obligation précontractuelle d'information à son profit. Cependant, le législateur a oublié de prévoir le régime applicable en cas de reconduction du contrat de franchise. Est-ce que le franchiseur est tenu par l'obligation précontractuelle d'information ?

La Cour de cassation a considéré que l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce – qui impose aux fournisseurs de délivrer un document précontractuel informatif – devait être de nouveau satisfaite<sup>129</sup> sans distinction selon qu'il s'agissait du contrat initial ou d'un contrat reconduit<sup>130</sup>.

Cependant, le contrat initial ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi Doubin, L.-M. Augagneur a douté de la portée de la décision de la Cour de cassation. Selon L.-M. Augagneur, il n'est pas nécessairement souhaitable que cette obligation soit à renouveler lors de la reconduction : « *La solution consistant à écarter la réitération de la délivrance des documents imposés par la loi Doubin ne présente aucun risque d'abus. Elle n'empêchera pas que le franchiseur qui opère une rétention d'information déterminante puisse être doublement sanctionné : 1° d'abord au titre de la bonne foi dans l'exécution du premier contrat, ce qui suppose un échange loyal d'informations avec son franchisé ; 2° ensuite au titre de la réticence dolosive lors de la formation du second contrat puisque la tacite reconduction fait naître un nouveau contrat.* »<sup>131</sup>

Les juridictions du fond n'ont pas de positions communes, certaines<sup>132</sup> imposant la réitération de l'exécution de ladite obligation lors de la reconduction du contrat tandis que d'autres<sup>133</sup> ne le sanctionnent pas.

<sup>127</sup> J. Mestre, *Les clauses d'avenir in Les principales clauses dans les contrats entre professionnels*, in *Avant-propos* de J. Mestre, P.U.A.M., 1990, p. 169.

<sup>128</sup> Loi n°89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social dite « Loi Doubin ».

<sup>129</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 nov. 1998 n°95-21.074 Bull. n°328 p. 227.

<sup>130</sup> Cass. com. 14 janv. 2003 n°00-11.781, *D.* 2003 p. 2304 obs. H. Kenfack : « *ayant constaté l'existence d'un nouveau contrat postérieur au 1er janvier 1991, fut-il la reproduction du contrat initial par tacite reconduction, la cour d'appel a justement retenu que la Société Hygiène Diffusion devait se conformer à l'obligation d'information résultant de l'article 1er de la loi n°89-1008 du 31 décembre 189 pour ce contrat.* ».

<sup>131</sup> L.-M. Augagneur, « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP G* 2005 I 158.

<sup>132</sup> CA Toulouse 6 déc. 1996, *Dal. aff.* 1996 p. 392 ; CA Paris 6 nov. 1998, *JCP & Cah. Dr. entr.* n°2 p. 31 ; CA Versailles 27 janv. 2000 n°237 p. 25.

<sup>133</sup> CA Paris 6 nov. 1998 LawLex n°200205151JBJ ; T. Com. Nanterre 10 fév. 2005 LawLex n°3-2005 p. 2.

469. – **Critique.** Prévoir une réitération de l'obligation précontractuelle d'information est préventif de tout contentieux à venir et permet au distributeur de renouveler son engagement en connaissance de cause. La reconduction étant un nouveau contrat, la problématique de l'information du partenaire commercial est la même que lors de la conclusion du contrat initial. Il serait dès lors souhaitable que la Cour de cassation rende un arrêt de principe unifiant les décisions des juridictions du fond.

470. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat peut prévoir de trancher cette question en instaurant les modalités de communication de l'information préalable. Ainsi, le distributeur ne prend pas de risque judiciaire.

#### ■ Exemple :

« Dans les 3 mois précédents la reconduction du contrat en cours d'exécution, la société adressera à Monsieur par lettre recommandée avec accusé de réception le document précontractuel informatif en application de l'article L. 330-3 du C. com. »

471. – **Publicité?** Concernant les obligations de publicité, il semble que les parties soient dispensées de procéder à une nouvelle publication<sup>134</sup>. La Cour de cassation<sup>135</sup> l'a notamment admis concernant un contrat de location-gérance. La même solution devrait dès lors être retenue en matière de licence de brevets ou de marques par exemple.

Cette solution se justifie par le fait que tant que l'acte est publié, il est opposable aux tiers qui ont alors connaissance de la clause de tacite reconduction. Lorsque la relation cesse, les publications doivent être régularisées.

Reconduire son contrat exige donc de suivre un certain formalisme qui varie en fonction des formalités concernées et de leur utilité.

472. – **Conclusion.** La reconduction, si elle est libre et efficace, n'est donc pas détachée de tout formalisme. Les parties peuvent être amenées à respecter des obligations en fonction de la nature du contrat. Aux conditions additionnelles, s'ajoutent des effets secondaires à la reconduction.

### ***B. Les effets secondaires à la reconduction***

473. – **Les conséquences de la reconduction.** Lorsque la reconduction est mise en œuvre, certaines conséquences s'en suivent indépendantes de la volonté des parties notamment en terme de responsabilité contractuelle (1), de loi applicable (2) ou encore au regard du droit de la concurrence (3).

#### ***1. Clause de reconduction et ses effets sur la responsabilité contractuelle***

474. – **Responsabilité.** La reconduction a cet effet fondamentalement différent de la prorogation d'effacer l'ardoise des fautes contractuelles : au nouveau contrat correspond un nouveau jeu de responsabilités. Ce qui appartient au contrat initial n'entache pas le contrat reconduit. Une inexé-

<sup>134</sup> *Droit commercial*, Mémento Francis Lefebvre 2012.

<sup>135</sup> Cass. com. 7 juill. 1966, *D.* 1966 p. 555 et Cass. com. 3 mars 1992 n°89-15.668 Bull. n°104.

cution du contrat antérieur ne pourra donc pas être invoquée au titre des obligations du contrat reconduit<sup>136</sup>. Elle ne pourra pas justifier une résiliation du contrat ou une exception d'inexécution. Cette solution est à approuver, mais n'est pas sans soulever de difficulté en cas de contentieux judiciaire : il faudra alors faire les comptes. Ainsi, la responsabilité contractuelle pourra être recherchée pour toutes les inexécutions des différents contrats dont l'exécution s'est poursuivie dans le temps.

475. – Outre la question de la responsabilité contractuelle se pose la question de la loi applicable et des délais de prescriptions.

## ***2. Clause de reconduction, et ses effets sur la loi applicable et les délais de prescription***

476. – **Loi applicable.** Le contrat reconduit étant un nouveau contrat, c'est la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat reconduit qui sera applicable. C'est une des différences fondamentales entre la prorogation et la reconduction qui peut modifier sensiblement les solutions adoptées. Elle n'est pas forcément opportune lorsque la reconduction opère tacitement, les parties considérant que c'est toujours le même contrat qui se poursuit. Or, la nouvelle législation en vigueur a pu modifier sensiblement l'économie de la relation contractuelle. Les règles en matière d'application de lois dans le temps étant d'ordre public, les parties ne peuvent en rien échapper à cette situation.

477. – Délais de prescription. De même, la nouveauté du contrat reconduit emporte de nouveaux délais de prescription avec un nouveau point de départ. Les délais de prescription ont été profondément réformés par la loi de 2008<sup>137</sup> qui n'a cependant pas affecté le régime de la reconduction des contrats.

À cette nouveauté s'ajoute un avantage certain en matière de droit de la concurrence.

## ***3. Clause de reconduction et ses effets en matière de droit de la concurrence***

478. – **Droit de la concurrence.** Le droit de la concurrence limite les partenariats qui nuiraient aux règles de la libre concurrence. Diverses mesures de contrôle ont été mises en place et diverses dispositions limitent la liberté des parties. L'obligation d'exclusivité, prévue dans les contrats de distribution, doit ainsi être limitée dans le temps et dans l'espace pour être valablement stipulée. Les parties ont la possibilité de prévoir une clause de reconduction qui leur permettra de justifier de ce que l'obligation est limitée dans le temps<sup>138</sup>.

De même, la clause de tacite reconduction triennale avec faculté de dénonciation à la fin de chaque période permet d'échapper au grief de l'accord anticoncurrentiel. Chaque partie est considérée comme n'ayant pas de « pouvoir de marché »<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mai 2009 n°08-15.564 Bull. n°103, *Gaz. Pal.* 25-26 sept. 2009 p. 14 obs. C.-E. Brault.

<sup>137</sup> Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

<sup>138</sup> Cass. com. 2 déc. 1969, *D.* 1970 p. 203.

<sup>139</sup> DC n°04-D-67 du 1<sup>er</sup> déc. 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile ; M. Malaurie-Vignal, « Une clause d'exclusivité exemptée », *CCC* n°4, avril 2005 comm. 67.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Formulation à éviter.** Il est fréquent de rencontrer certaines erreurs de rédaction en matière de clauses de reconduction.

Ainsi, il ne doit pas être écrit :

- que le contrat « *se poursuit par tacite reconduction* »<sup>140</sup>, formulation qui crée un risque de confusion entre les mécanismes de prorogation et de reconduction ;
- le « *présent contrat* » sauf à vouloir exclure le contrat reconduit et limiter les effets de la stipulation au seul contrat en cours d'exécution<sup>141</sup> ;
- le terme « *renouvellement* » pour ne pas permettre au juge d'interpréter la volonté des parties.

### ■ Clause de reconduction expresse

*« Le contrat ne sera pas reconduit tacitement par décision judiciaire en cas de poursuite d'exécution par les parties au-delà du terme extinctif.*

*Le contrat sera reconduit par accord exprès des parties. Les parties notifient par lettre recommandée avec accusé de réception de leur décision de reconduire ou non le contrat 3 mois au moins avant l'arrivée du terme du contrat en cours d'exécution.*

*Les clauses n°... du contrat seront reconduites ou L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit.*

*Dans le cas où les parties seraient restées silencieuses quant à la reconduction du contrat, mais auraient poursuivi l'exécution du contrat initial au-delà du terme, le contrat sera réputé reconduit tacitement selon les termes et les conditions contractuellement prévus. »*

### ■ Clause de reconduction tacite puis expresse

*« Le contrat ne sera pas reconduit tacitement par décision judiciaire en cas de poursuite d'exécution par les parties au-delà du terme extinctif.*

*Le contrat se reconduit tacitement par l'arrivée du terme pour une nouvelle durée déterminée de x années sauf dénonciation expresse par lettre recommandée avec accusé de réception de l'une des parties adressée à l'autre moyennant le respect d'un préavis de 3 mois. Le nombre total de reconductions tacites est de x reconductions.*

*Au-delà de x reconductions à durée déterminée, le contrat sera reconduit par accord exprès des parties, décidées par échange de consentement 6 mois au moins avant l'arrivée du terme du contrat en cours d'exécution.*

*Les clauses n°... du contrat seront reconduites ou L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit. »*

**Précision.** Les parties peuvent prévoir qu'à l'inverse, au-delà d'un certain nombre de reconduction expresse, le contrat sera reconduit tacitement.

### ■ Ajouter éventuellement :

#### □ *Obligation d'information au consommateur :*

*« La société X informera Monsieur Y par lettre recommandée avec accusé de réception de ce que le contrat en cours d'exécution arrive à échéance, ainsi que des termes de la clause de reconduction et des modalités pour s'opposer à la reconduction. Ces informations devront être notifiées entre 3 et 1 mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction.*

<sup>140</sup> A Bénabent, « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 127.

<sup>141</sup> Cass. com. 22 oct. 1996 n°94-13.373 Bull. n°257.

□ **Obligation précontractuelle d'information (loi Doubin) :**

« Dans les 3 mois précédents la reconduction du contrat en cours d'exécution la société X adressera à Monsieur Y par lettre recommandée avec accusé de réception le document précontractuel informatif prévu en application de l'article L. 330-3 du Code de commerce. »

□ **Clauses à renégocier :**

« Les clauses n°..., accessoires indispensables au contrat, seront renégociables entre les parties sans que cette renégociation ne modifie l'objet du contrat ou ne puisse être qualifiée de novation. Lorsque l'une des parties souhaite renégocier ces clauses, elle en informe l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception 3 mois avant l'arrivée du terme.

En cas d'échec de la renégociation, dans le silence des parties, les clauses sont réputées reconduites dans les mêmes termes que ceux du contrat en cours d'exécution. Chaque partie peut notifier à l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception son refus de reconduire le contrat avant que la reconduction ne joue. »

□ **Contrats accessoires conclus entre les mêmes parties qu'au contrat principal :**

« La reconduction du contrat a pour conséquence de reconduire les accords accessoires au contrat principal conclus entre les parties, cela de façon automatique dans les termes et conditions définis dans les contrats accessoires tels que listés ci-après. »

□ **Contrats accessoires conclus avec un tiers : hypothèse d'une reconduction expresse :**

« Les parties, lorsqu'elles conviennent de reconduire le contrat, notifient par lettre recommandée avec accusé de réception à Monsieur Y de leur décision 3 mois avant l'arrivée du terme du contrat.

Monsieur Y doit notifier par lettre recommandée avec accusé de réception sa décision de ne pas reconduire son engagement par lettre recommandée avec accusé de réception dans les 3 mois qui suivent la notification des parties. Les conditions de la reconduction sont définies à l'article x de ce contrat. »

**Précision.** Le contrat avec le tiers doit prévoir cette même stipulation.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1

479. – **Synthèse.** La reconduction a cette double caractéristique de conserver les éléments essentiels de l'ancien contrat tout en étant un nouveau contrat. La clause de reconduction est un pont entre les différents contrats qui se succèdent dans le temps ; elle doit se penser en fonction de l'économie du contrat. Les parties doivent anticiper l'avenir contractuel entre elles et en prévoir précisément les modalités.

Le contrat reconduit est un miroir infidèle. Le législateur s'étant peu intéressé à la clause de reconduction, le rédacteur de contrat dispose d'une liberté certaine pour adapter au mieux la clause de reconduction à la situation des parties. Il peut cumuler les différentes modalités de la reconduction ou au contraire stipuler une clause très simple.

Dans le silence des parties, la jurisprudence a mis en place un régime subsidiaire qui peut se révéler peu satisfaisant. Les parties ont tout intérêt à anticiper pour que leur relation contractuelle se renouvelle sans difficulté.

La reconduction est un espace de renégociation adaptable selon l'imagination des parties et des rédacteurs de contrat.



## CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1

*« On ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve »*

*Héraclite*

480. – **Prorogation et Reconduction.** Le terme extinctif du contrat ne signe pas nécessairement la fin du contrat. Les parties peuvent retarder l'extinction du contrat en en prolongeant les effets par le biais de la clause de prorogation. C'est alors le même contrat qui se poursuit. Les parties peuvent encore décider de cloner le contrat initial par le biais de la reconduction. Le nouveau lien contractuel reproduit l'ancien dans presque tous ses éléments. Les deux situations, voisines, sont à distinguer. Dans un cas, le même contrat se poursuit alors que dans l'autre un nouveau contrat se crée. Le régime de chacun des mécanismes est bien distinct et sont d'utilité différente.

481. – **Reconduction, prorogation et durée de la relation contractuelle.** Ces deux mécanismes sont presque ignorés du législateur permettant aux parties de les adapter au plus proche de leur volonté. Le rédacteur de contrat dispose de véritables instruments pour faire perdurer la relation contractuelle.

La notion de « relation contractuelle » prend ici toute son importance : il sera pris en compte l'ensemble de la relation des parties sans distinguer entre la succession de contrats ou la prolongation d'un seul contrat. Une unité conceptuelle conduit à considérer l'ensemble de la durée du lien contractuel et non plus seulement la durée du contrat initialement convenue. Ces deux mécanismes permettent d'intégrer la durée ressentie par les parties se substituant ainsi au terme mathématique précis.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 1

*Énumération : « des phénomènes d'attente, de retard, d'étirement, de rappel, d'anticipation, de contraction ».*

*Christian Accaoui*<sup>1</sup>

482. – **Liberté contractuelle.** La durée du contrat évolue et octroie une large place à l'innovation de la pratique. Celle-ci s'est montrée riche à élaborer des mécanismes de rupture communs à tous les contrats sans s'en tenir à l'armature traditionnelle du droit des contrats distinguant entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée.

Lorsque le contrat est prévu pour une durée déterminée, les parties peuvent encore en aménager le terme extinctif au travers soit de la clause de prorogation soit de la clause de reconduction.

Le législateur s'est peu intéressé à ces questions laissant à la pratique la possibilité d'aménager au mieux la durée du contrat sous l'œil vigilant de la jurisprudence. La liberté contractuelle prédomine concernant la problématique du terme extinctif du contrat.

483. – **Évolution.** L'évolution la plus marquante est le recul de l'importance de la distinction entre les contrats selon leur durée déterminée ou indéterminée. Le lien traditionnel entre la durée du contrat et les mécanismes de rupture s'érode au fil des décisions jurisprudentielles et de la pratique. Cette érosion est d'autant plus prégnante si on considère la préexistence de mécanismes de rupture communs à tous les contrats.

---

<sup>1</sup> Christian Accaoui, Pianiste et Compositeur, Professeur à l'Université de Paris VIII et auteur du livre *Le Temps Musical* (2001), Broché.



---

**PARTIE 2 :**  
**LA CESSATION DU LIEN CONTRACTUEL**

---

(PARTIE 3 : LES RÉMINISCENCES DU LIEN CONTRACTUEL)

## INTRODUCTION

« *Le plus insupportable lors d'une rupture non souhaitée n'est-il pas, en vérité, que quelqu'un d'autre s'arroge le droit de décider du sort de nos lendemains ?* »

*Érard de la Reid*, Carnets d'Érard, 2011

484. – **Effet extinctif du contrat.** L'effet extinctif du contrat peut résulter de sa nature même : l'arrivée du terme extinctif ou le paiement.

Bien souvent, la cessation du contrat résulte de ses prévisions contractuelles. Les clauses contractuelles emportant un effet extinctif sont peu, voire pas, étudiées. P. Ancel<sup>1</sup> regrette que l'étude du contrat soit synonyme d'étude du droit des obligations délaissant certains effets du contrat tels que l'effet extinctif.

485. – **Variété des modes d'extinction du contrat.** L'effet extinctif du contrat résulte de mécanismes contractuels variés et en progression. Le premier effet auquel on pense est la résolution du contrat pour faute. Ainsi, le contrat a vocation à être bien exécuté par son partenaire. La résolution est une sanction du non-respect des prévisions contractuelles. Ce pouvoir de sanctionner l'inexécution fautive, traditionnellement dévolue au juge, est aujourd'hui saisi par la pratique. La clause résolutoire est devenue un incontournable de la rédaction de contrat. Ainsi, s'affirme un véritable droit contractuel de rompre le contrat en cas de faute du partenaire (**Titre 1**).

Pour autant, il convient de ne pas réduire l'effet extinctif du contrat à la résolution pour faute. La rupture s'impose parfois aux parties ou à une seule partie. Ainsi, se sont développés ces dernières décennies le recours à des mécanismes de fin de contrat qui ne reposent pas sur l'inexécution du contrat. La rupture s'impose soit par la survenance d'un événement affectant la pérennité du contrat ou elle s'impose par la volonté unilatérale d'une partie qui retire son consentement en cours de contrat (**Titre 2**).

Ces mécanismes de fin de contrat ont pour particularité d'avoir été consentis *ab initio* par les parties. Si la doctrine et le législateur se sont peu intéressés aux effets extinctifs du contrat, la pratique s'en est emparée.

---

<sup>1</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771.

---

# TITRE 1 :

## LA RUPTURE SANCTION

---

(TITRE 2 : LA RUPTURE IMPOSÉE)

### INTRODUCTION

*« Qui néglige de punir le mal sanctionne »*

*Léonard de Vinci*

486. – **Phase d'exécution du contrat.** Après avoir été négocié puis consenti, le contrat entre dans sa phase d'exécution. La période d'exécution contractuelle intéresse peu le juriste, elle est pourtant essentielle pour les parties. Les parties ont pris un engagement, elles sont tenues par la force obligatoire non seulement d'exécuter leurs obligations, mais encore de bien les exécuter.

Le contrôle de la bonne exécution du contrat était alors laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Intermédiaire naturelle entre les parties, le juge vérifiait la parfaite exécution des obligations des parties en cas de contentieux.

Sénèque nous disait : « *On doit punir, non pour punir, mais pour prévenir* ». Ainsi, le législateur a-t-il prévu que le pouvoir de sanctionner l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations du débiteur était le meilleur moyen d'en prévenir l'inexécution ou la mauvaise exécution.

487. – **Qui a le pouvoir de sanctionner ?** Le législateur a alors mis en place tout un panel de sanction dont la forme la plus grave est la rupture du lien contractuel. Tout l'enjeu réside dans la détermination de la personne titulaire du pouvoir de sanction. La réponse naturelle invite à se tourner vers les magistrats, tiers impartiaux. Cependant, les délais judiciaires sont longs, trop longs. Et le créancier n'est pas assuré d'obtenir la sanction voulue.

Les parties se sont alors emparées du pouvoir de sanction. Pouvoir judiciaire, il est devenu également un pouvoir contractuel. Les parties peuvent se sanctionner mutuellement. Le rôle du juge évolue : traditionnel arbitre de la pérennité contractuelle, bien souvent, il ne fait que constater l'exercice par le créancier de son pouvoir de mort sur le lien contractuel.

488. – **Plan.** Ainsi, la pratique a évolué octroyant un véritable droit de rompre le contrat comme sanction de l'inexécution fautive de son partenaire (**Chapitre 1**). La mise en œuvre de ce pouvoir de sanction est contrôlée judiciairement (**Chapitre 2**).



# CHAPITRE 1 : LE DROIT DE ROMPRE SON CONTRAT

(CHAPITRE 2 : LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE ROMPRE)

## INTRODUCTION

« *Je suis convaincu que la séparation est, au sens propre, un droit de l'homme. Nous prenons le risque de la conquête, nous devons avoir le privilège de la rupture. C'est très démodé, j'en suis conscient.* »

*Jean-Christophe Rufin, Katiba, 2010<sup>1</sup>*

489. – **Exécution et force obligatoire.** Le contrat est la loi des parties. Sa force obligatoire se traduit par l'obligation qu'ont les contractants d'exécuter les engagements qu'ils ont consentis<sup>2</sup> — ce que traduit l'adage *pacta sunt servanda*<sup>3</sup>. Il ne suffit pas que les parties s'exécutent. Elles doivent encore bien s'exécuter, et ce dans les délais impartis. Les parties doivent avoir un comportement conforme à la bonne foi et aux bonnes mœurs<sup>4</sup>. Il convient de combler les attentes légitimes du cocontractant<sup>5</sup>.

La phase d'exécution du contrat est essentielle : c'est la raison d'être du contrat<sup>6</sup>. Elle intéresse pourtant peu la doctrine. Pour le praticien, elle est essentielle : il lui revient de prévoir les mécanismes contractuels propres à favoriser la bonne exécution du contrat — ce qui inclut ceux permettant de sanctionner le non-respect des stipulations contractuelles.

490. – **Inexécution, atteinte à la force obligatoire.** Toute inexécution contractuelle porte nécessairement atteinte à la force obligatoire du contrat et rompt l'équilibre contractuel ainsi établi. Face à l'inexécution d'une partie, le législateur a prévu tout un panel de réponses, pouvant être cumulatives à savoir :

- d'une part, la responsabilité contractuelle ;
- d'autre part, une échelle de sanctions à la disposition du créancier de l'obligation avec l'intervention éventuelle du juge :
  - l'exécution forcée, sanction judiciaire ;

<sup>1</sup> J.-C. Rufin, *Katiba*, Flammarion, 2010

<sup>2</sup> Art. 1134 C. civ.

<sup>3</sup> Traduction : « les pactes doivent être respectés ».

<sup>4</sup> B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM 1997 préf. J. Mestre.

<sup>5</sup> H. Lécuyer, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LP* 1998 n°spécial, *Le contrat*, thème du 94<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, p. 44.

<sup>6</sup> Ch. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LP* 1998 n°spécial, *Le contrat*, thème du 94<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, p. 25.

- l'exception d'inexécution, sanction de justice privée par laquelle le créancier victime de l'inexécution cesse lui-même d'exécuter ses propres obligations ;
- la résolution partielle ou totale du contrat.

491. – **Résolution du contrat, sanction.** La résolution du contrat, sanction la plus grave, consiste à rompre le contrat en raison de l'inexécution fautive du débiteur. La résolution du contrat peut se cumuler avec la responsabilité contractuelle, elle lui est intimement liée. Ainsi, la résolution est une sanction de l'inexécution et la responsabilité est une réparation de l'inexécution fautive.

Traditionnellement, le pouvoir de résoudre le contrat était judiciaire en vertu de l'article 1184 du Code civil. La partie créancière de l'obligation inexécutée devait saisir les juridictions compétentes pour faire constater l'inexécution fautive de la partie débitrice et pour demander la résolution du contrat. Le juge pouvait alors accepter ou refuser la résolution du contrat en tenant compte de la gravité de l'inexécution reprochée.

492. – **Évolution.** Le pouvoir de résoudre le contrat n'est aujourd'hui plus seulement judiciaire, mais résulte également d'une justice privée. La pratique s'est emparée du pouvoir de sanction de l'inexécution substituant à l'appréciation du juge, l'appréciation du créancier insatisfait. La clause résolutoire consiste à octroyer au créancier le droit de rompre le contrat sans l'intermédiaire du juge. Le juge est alors appelé à intervenir dans un second temps pour contrôler les conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire. Cette évolution est fondée sur l'accord de volontés des parties retranscrit dans l'*instrumentum*, la clause résolutoire.

Cette évolution s'est renforcée par l'admission de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier en l'absence de clause résolutoire<sup>7</sup>. Cette forme de résolution est fondée sur la gravité du comportement adopté par l'auteur de l'inexécution rendant intolérable le maintien du lien contractuel. Elle ne repose sur aucun fondement contractuel, mais sur la volonté individuelle du créancier insatisfait.

La résolution judiciaire soumise à l'appréciation du juge n'est plus aujourd'hui le seul régime de principe.

493. – **Importance de la clause résolutoire.** La clause résolutoire est devenue un incontournable de la négociation des contrats. Enjeu majeur, le rédacteur du contrat a l'obligation d'attirer l'attention des contractants sur l'opportunité de stipuler une clause résolutoire, au risque de voir sa responsabilité engagée<sup>8</sup>. Dès la naissance du contrat, les parties sont obligées d'anticiper les conséquences de l'éventuelle inexécution de leur partenaire. Cette clause a pris une place prépondérante dans le paysage juridique en reléguant l'intervention du juge à un second plan<sup>9</sup> du fait :

- que principalement, il effectue un simple contrôle de la résolution décidée unilatéralement par le créancier en raison du comportement du débiteur ou en vertu d'une stipulation contractuelle sanctionnant l'inexécution ;
- et que, trop rarement il décide de la résolution au titre des sanctions judiciaires de l'inexécution.

494. – **Terminologie.** Le terme « clause résolutoire » ne désigne pas nécessairement la sanction d'une inexécution. Au sens large, la clause résolutoire désigne toute clause visant à rompre le contrat

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 fév. 2001 n°99-15.170 Bull. n°40, *D.* 2001 p. 1568, obs. Ch. Jamin, *Defrénois* 2001 art. 37365 p. 705 obs. E. Savaux, *RJT civ.* 2001 p. 363 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>8</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 novembre 2005 n°02-13.550 Bull. n°451.

<sup>9</sup> W. Dross, *Clausier*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, p. 659.

sans distinction selon son origine<sup>10</sup>. Dans ce sens, la clause résolutoire intègre le mécanisme de la clause de dédit<sup>11</sup> ou encore celui de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée<sup>12</sup>. Cette acception est regrettable et contribue à entretenir une confusion des différents mécanismes de rupture du contrat. Il est préférable de s'en tenir à une acception restreinte de la clause résolutoire visant la sanction de l'inexécution fautive par la rupture du contrat.

495. – **Plan.** S'articulent aujourd'hui deux manières de résoudre le contrat pour faute : le recours au juge pour demander la résolution du contrat ou la résolution décidée unilatéralement par le créancier soit en vertu d'une clause résolutoire soit à ses risques et périls. Si la mise en œuvre diffère, tous ces mécanismes reposent sur le même fondement : le constat d'une inexécution fautive (**Section 1**). Face à cette inexécution fautive, le créancier a le choix entre demander ou décider de la résolution (**Section 2**).

## SECTION 1 : L'INEXÉCUTION, CAUSE DE LA RÉSOLUTION

(SECTION 2 : L'AFFIRMATION D'UN DROIT DE ROMPRE SON CONTRAT)

496. – **Résolution et inexécution, deux notions indissolubles.** La résolution est la réponse prévue à l'inexécution des obligations du débiteur. C'est l'une des sanctions et c'est la plus grave. L'inexécution en elle-même ne suffit pas à fonder la résolution : cette inexécution doit encore revêtir un caractère fautif (§1). L'appréciation du caractère fautif de l'inexécution met en exergue le lien entre la responsabilité contractuelle et la sanction qu'est la résolution. L'intervention du législateur et la jurisprudence illustrent les fondements de la résolution (§2).

### §1. Une inexécution fautive des obligations contractuelles

497. – **Quelle inexécution ?** La résolution repose sur une inexécution des obligations du contrat. Le fait générateur de la résolution est donc l'inexécution de l'obligation. Quelles sont les inexécutions qui permettent d'ouvrir le droit à la résolution du contrat ? La responsabilité contractuelle est une grille de lecture de l'inexécution ouvrant le droit à la résolution : il convient de savoir si la simple inexécution, qui n'engagerait pas la responsabilité du débiteur, pourrait permettre la résolution du contrat.

498. – **Analyse de l'article 1184 du Code civil.** L'article 1184 du Code civil<sup>13</sup> est le fondement légal de la résolution des contrats et plus particulièrement des contrats synallagmatiques. Cet article

<sup>10</sup> *Lamy Droit du Contrat* 2013 Etude 455 n°455-3.

<sup>11</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 2 «Chapitre 2 : Le pouvoir de rupture unilatérale», p. 288.

<sup>12</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale», p. 37.

<sup>13</sup> Art. 1184 C. civ. : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été*

énonce que la victime de l'inexécution peut soit obtenir l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, soit « *demandeur la résolution avec dommages et intérêts* » du contrat. La notion de dommages et intérêts renvoie au mécanisme de la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle fait appel au triptyque faute / lien de causalité / préjudice. L'article 1184 du Code civil pose comme axiome que l'inexécution d'une obligation est la condition résolutoire du contrat. Les parties seraient liées par la condition résolutoire de la bonne exécution de leurs obligations réciproques<sup>14</sup>. L'octroi de dommages et intérêts prévu par ledit article a pour fonction d'indemniser la victime à la hauteur du préjudice qu'elle subit du fait de l'inexécution de son cocontractant. Cet article, tel qu'il est rédigé, laisserait à penser que toute inexécution serait présumée fautive par l'alliance résolution / indemnisation.

Pourtant, tel n'est pas le cas. À l'inexécution des obligations des débiteurs (A) s'ajoute l'appréciation de la faute (B) pour ouvrir droit à la sanction qu'est la résolution — judiciaire ou en vertu d'une clause résolutoire.

### ***A. Les obligations du débiteur inexécutées***

499. – **Inexécution en fonction de la nature de l'obligation.** Toute inexécution n'ouvre pas droit à la résolution du contrat. Il convient de considérer l'objet de l'inexécution – les obligations. Les obligations naturelles ou morales sont par principe exclues du régime de la résolution (1). Leur inexécution ne peut pas être sanctionnée par la résolution du contrat. Une fois ces obligations exclues, il convient de s'intéresser à la nature de l'obligation inexécutée. En fonction de la nature de l'obligation, de moyen ou de résultat, il pourra être déterminé si l'inexécution ouvre droit à la sanction de la résolution (2).

#### ***1. Les obligations exclues : les obligations naturelles ou morales***

500. – **Un principe d'exclusion à nuancer.** La résolution est la sanction de l'inexécution des obligations. Ces obligations doivent avoir été stipulées. Sont donc en principe exclues de toutes sanctions les obligations naturelles ou morales (a). Il convient cependant de nuancer ce principe au regard de l'admission jurisprudentielle des devoirs de comportement qui sont eux sanctionnables (b).

##### **a. Un principe d'exclusion des obligations naturelles ou morales**

501. – **Obligations naturelles ou morales.** La résolution porte sur l'inexécution des seules obligations contractuelles et non des obligations naturelles ou morales non contractualisées. Parmi les obligations naturelles ou morales, il peut être cité à titre d'exemple l'aide d'un fournisseur à son distributeur dans le cadre de son installation dans un secteur géographique défini.

La jurisprudence a eu à s'intéresser à la porter des obligations naturelles ou morales concernant les contrats de distribution avec clause d'exclusivité. Lors de la rupture de ces contrats, il a pu être considéré que naissait une obligation morale d'aide à la reconversion à la charge du bénéficiaire de

---

*exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. ».*

<sup>14</sup> Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, les obligations*, tome 1 n° 901 et s. p. 88 rappelant que cette rédaction du Code civil est fondé sur la *lex commissoria* du droit romain dans le cadre du droit de la vente ?.

la clause d'exclusivité. Une telle obligation serait fondée sur l'obligation générale de bonne foi<sup>15</sup>. En effet, le débiteur de l'exclusivité se trouve en situation de dépendance : la rupture du contrat de distribution l'oblige à se reconvertir entièrement – nouveaux partenaires, nouvelle clientèle, nouveau fonds de commerce. Il est démuni.

502. – **Évolution jurisprudentielle.** Dans un premier temps, la jurisprudence<sup>16</sup> et une partie de la doctrine<sup>17</sup> ont été séduites par l'idée que l'obligation morale d'aide à la reconversion était sous-entendue dans le contrat sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Ainsi, une obligation morale devenait une obligation contractuelle, même en l'absence de stipulation, par forçage du contrat<sup>18</sup>.

La Cour de cassation<sup>19</sup> s'est finalement opposée à une telle solution : « *Si l'aide à la reconversion prouve la bonne foi du concédant lors de la rupture du contrat a contrario, l'absence d'aide ne permet pas de conclure à sa mauvaise foi. Il n'y avait donc pas réellement une obligation positive, mais plutôt une obligation négative, celle de ne pas faire d'acte susceptible de rendre plus difficile la reconversion ou le reclassement du concessionnaire.* »<sup>20</sup>

Par cette décision, la Haute Juridiction refuse de donner une valeur contractuelle aux obligations naturelles ou morales. Ainsi, l'inexécution de ces obligations n'est pas susceptible d'être prise en considération et n'ouvre pas droit à la résolution du contrat.

503. – **Analyse.** Une telle décision est à approuver. En effet, les obligations naturelles et morales sont, dans le silence du contrat, à l'appréciation de chacun, et notamment de chaque magistrat. Leur admission aurait exposé les contractants à une véritable incertitude juridique. Il revient au rédacteur de contrat d'être le plus précis possible et d'intégrer le cas échéant ces obligations naturelles ou morales à la clause résolutoire. Les déclarations du préambule peuvent servir à donner corps à ces obligations le cas échéant. Dans le silence du contrat, il convient de s'en tenir à l'accord des parties. Ce principe est cependant à nuancer au regard de l'obligation légale et jurisprudentielle de bonne foi.

## b. Nuance : les devoirs de comportement

504. – **Devoir de comportement.** Ce principe d'exclusion des obligations naturelles et morales doit être nuancé, tout forçage du contrat n'étant pas exclu. De plus en plus, le comportement des parties est pris en compte par la jurisprudence qui sanctionne des obligations de comportement<sup>21</sup> ou devoirs de comportement<sup>22</sup> sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

<sup>15</sup> Art. 1134 al. 3 C. civ.

<sup>16</sup> CA Paris 11 févr. 1999, *D.* 1999 IR p. 82 ; CA Paris 26 mars 1999, *JCP* 2000 II n° 10244 obs. J.-P. Chazal ; *LP* 9 mars 2000 p. 13 obs. N. Mathey ; *RTD civ.* 2000 p. 114 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>17</sup> D. Mazeaud, « L'exigence de cohérence contractuelle lors de l'expiration du contrat », *D.* 1999 Somm. p. 114 : « *La vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perdait du terrain.* »

<sup>18</sup> L. Josserand, « Le contrat dirigé », *DH* 1933 chr. p. 89.

<sup>19</sup> Cass. com. 6 mai 2002 n°99-14.093 Bull. n°81.

<sup>20</sup> E. Chevalier, « Pas d'aide à la reconversion des concessionnaires déçus ! », *D.* 2002 p. 1754.

<sup>21</sup> Lamy *Droit du Contrat* 2013 Etude 365 n°365-3 et s.

<sup>22</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.* 2007 p. 2839.

505. – **Arrêt de principe.** Un arrêt de principe a été rendu fixant le régime de ces obligations : « vu l'article 1134, alinéas 1 et 3 du Code civil ; si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »<sup>23</sup>. Cet arrêt a été confirmé par d'autres décisions<sup>24</sup>. Il se dégage un régime des devoirs de comportement qui viennent s'ajouter aux obligations contractuelles.

506. – **Analyse.** L'obligation de se comporter de bonne foi dans l'exécution du contrat ne saurait faire naître de nouvelles obligations ni priver les obligations stipulées de leur force obligatoire. « Il conviendrait de limiter l'application de la notion de bonne foi aux prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même (résolution, résiliation, non-renouvellement, agrément...), lequel ne devrait jamais être affecté par elle : 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 »<sup>25</sup>. Cet arrêt est à approuver afin de préserver la sécurité juridique, le juge ne devant pas ajouter dans le silence des parties.

Cet arrêt précise également que la seule exécution des obligations ne suffit pas, elle doit être réalisée de bonne foi. L'exécution de bonne foi s'entend de l'obligation d'adopter un comportement loyal qui ne nuise pas à son partenaire<sup>26</sup> et d'exécuter le contrat de manière sérieuse<sup>27</sup>.

L'exécution de mauvaise foi serait alors une forme d'inexécution. La bonne foi est plus qu'une obligation naturelle ou morale, elle est un devoir légal de comportement<sup>28</sup> sanctionnable au titre de la responsabilité, « la sanction ne doit pas viser à rétablir les choses comme si le droit n'avait pas été exercé, mais à effacer le préjudice causé par le comportement fautif »<sup>29</sup>. C'est cette position que la jurisprudence<sup>30</sup> retient.

507. – **Quelle sanction ?** La question qui se pose dès lors est l'admission de la sanction de la résolution en cas de manquement au devoir de comportement de bonne foi. Source de responsabilité

<sup>23</sup> Cass. com. 10 juill. 2007 n°06-14.768, *D.* 2007 p. 2839 obs. Ph. Stoffel-Munck, *LP* 2008 n°27 p. 12 obs. D. Houtcieff, *RDC* 2008/46 n°2840 obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2007 p. 773 obs. B. Fages.

<sup>24</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 décembre 2009 n°04-19.923, *RDC* 2010 p. 561 obs. Y.-M. Laithier et D. Mazeaud, *RTD civ.* 2010 p. 105 obs. B. Fages ; Cass. com. 15 mars 2011 n°09-13.299, *JCP E* 2011 n°1482 n°6 obs. J.-B. Seube.

<sup>25</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2007, 3<sup>ème</sup> éd. n° 764.

<sup>26</sup> CA Paris 24 oct. 2000, *RJDA* 2001 no 122.

<sup>27</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 avril 1987 no85-13.674, *D.* 1988 Jur. p. 1 obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1987 p. 537 obs. J. Mestre : « qu'en regard au prix de l'installation et au coût de la maintenance cette société avait traité avec une négligence et une désinvolture excessives » ; Cass. com. 11 juin 1991 n° 89-20.653, *RJDA* 1991 n° 852 ; CA Lyon 3 mars 1966, *RTD com.* 1966 p. 643 obs. J. Hémar, « une carence complète et une insouciance constante » ; CA Paris 3 avril 1987, *RTD com.* 1988 p. 272 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>28</sup> B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 553 s.

<sup>29</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.* 2007 p. 2839 n°7.

<sup>30</sup> Cass. com. 26 nov. 2003 Bull. n°186, *D.* 2004. Jur. 869 note A.-S. Dupré-Dallemagne, *JCP E* 2004. 738 note P. Stoffel-Munck, *RDC* 2004. 257 note D. Mazeaud, *RTD civ.* 2004. 80 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 juin 2006 Bull. n°164, *JCP* 2006. I. 166 obs. P. Stoffel-Munck, *D.* 2006. Jur. 2963 note D. Mazeaud, *Defrénois* 2006. 1858, obs. R. Libchaber ; Cass. com. 15 mai 2007 n°05-19.464 Bull. n°133, *D.* 2007. AJ. 1511 obs. A. Lienhard.



contractuelle, un tel manquement peut rompre la confiance nécessaire à toute relation contractuelle<sup>31</sup>. La clause résolutoire ne paraît pas pouvoir inclure de telles obligations. À la différence, la reconnaissance du droit de résolution unilatérale compte tenu de la gravité du comportement du débiteur rendant intolérable le maintien du lien contractuel<sup>32</sup> est la consécration du droit de sanction des manquements à l'obligation de bonne foi.

En plus des obligations stipulées par le contrat, les parties doivent donc se conformer à une norme de comportement conforme à la bonne foi. Il convient dès lors de s'intéresser aux obligations stipulées par les parties dont l'inexécution ouvre droit à la résolution du contrat.

## 2. L'inexécution de quelles obligations ?

508. – **Nature des obligations.** Toutes les obligations ne s'équivalent pas. Les obligations doivent être distinguées selon que l'obtention de leur objet est promise ou souhaitable ; elles sont alors qualifiées d'obligations de résultat ou d'obligations de moyens. La différence de nature des obligations permet de déterminer l'inexécution reprochable (a). Au contraire, la nature de l'inexécution, totale, partielle, ou simplement retardée, est quant à elle indifférente (b). La clause résolutoire doit tenir compte de la nature des obligations pour prévoir un mécanisme de sanction adapté.

### a. Importance de la nature des obligations inexécutées

509. – **Obligation valable.** L'inexécution ouvrant droit à la résolution porte sur les obligations contractuelles valablement stipulées. L'obligation doit respecter les conditions de validité que sont le consentement, la cause, l'objet et la capacité<sup>33</sup>. En effet, la nullité du contrat ou de l'obligation considérée entraîne sa disparition rétroactive par le retour au *statu quo ante*. Dès lors, toute exécution, bonne ou mauvaise, donne lieu à des restitutions et doit être effacée.

510. – **Obligation de résultat/de moyen/de garantie.** Les obligations sont de deux sortes principales<sup>34</sup> : de résultat ou de moyen. La distinction entre ces obligations est fondée sur l'éventualité du résultat promis. Si une partie garantit l'obtention du résultat attendu, il s'agira d'une obligation de résultat. Si au contraire, une partie s'engage à mettre en place les moyens nécessaires à l'obtention du résultat attendu, il s'agira d'une obligation de moyen. À titre d'exemple, la clause prévoyant une obligation de réalisation d'un certain chiffre d'affaires mensuel pourra être une obligation de résultat si le distributeur s'engage nécessairement à la réalisation du montant stipulé. À la différence, il s'agira d'une obligation de moyen si le distributeur a l'obligation de tenter d'atteindre cet objectif. À ces deux sortes d'obligations s'ajoutent des sous catégories à savoir :

- l'obligation de résultat définie à partir de l'interprétation de l'article 1147 du Code civil est l'obligation pour laquelle le débiteur est responsable du seul fait de l'inexécution. Il en résulte que la simple inexécution ou le simple retard d'exécution suffit à ouvrir le droit à la résolution<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> L. Bénabou et M. Chagny, *La confiance en droit privé des contrats*, D. 2008.

<sup>32</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n°300, *D.* 1999 Jur. p. 197 obs. Ch. Jamin, *D.* 1999 somm. p. 115 obs. Ph. Delebecque, *Deffrénois* 1999 p. 374 obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1999 p. 394 obs. J. Mestre, *RTD civ.* 1998 p. 506 obs. J. Raynard.

<sup>33</sup> Art. 1108 C. civ.

<sup>34</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 5 1923 n°1237.

<sup>35</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 janv. 1995 n°92-17.858 Bull. n°14.



- L'obligation de résultat atténuée<sup>36</sup> est l'obligation pour laquelle la présomption de faute peut être écartée par la preuve d'une simple absence de faute du débiteur ; il n'y aurait alors pas de résolution du contrat.
  - Les obligations de garantie ou obligation de résultat aggravée<sup>37</sup> sont les obligations pour lesquelles la cause exonératoire de responsabilité qu'est la force majeure est conventionnellement écartée. La garantie se définit comme « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »<sup>38</sup>. Le simple constat de l'inexécution suffit pour engager la responsabilité et ouvrir droit à la résolution du contrat.
- L'obligation de moyen définie à partir de l'interprétation de l'article 1137 du Code civil est l'obligation pour laquelle le débiteur s'engage à accomplir toutes les diligences d'un bon père de famille en vue d'un résultat incertain. Le créancier devra prouver, en sus de l'inexécution, que le débiteur a commis une imprudence ou une négligence<sup>39</sup>. À ces conditions, le créancier pourra prétendre à la résolution du contrat en cas d'inexécution.
- L'obligation de moyens renforcée<sup>40</sup> est l'obligation pour laquelle l'inexécution fait présumer une faute de négligence ou d'imprudence suffisante pour retenir la responsabilité du débiteur ; le créancier pourrait alors bénéficier du droit à la résolution.

511. – **Obligation de moyen renforcée ou de résultat atténué ?** La doctrine parle tantôt « *d'obligations de moyen renforcées* »<sup>41</sup> tantôt « *d'obligations de résultat atténuées* »<sup>42</sup>. *A priori*, il s'agirait des mêmes obligations<sup>43</sup>. La jurisprudence<sup>44</sup> n'a pas tranché entre ces deux conceptions et les admet tour à tour. Il semble que les deux terminologies soient synonymes et doivent pouvoir coexister et s'adapter en fonction de la nature initiale de l'obligation, de moyen ou de résultat. Ainsi, une obligation peut être de résultat, mais les parties ont souhaité en assouplir le régime de responsabilité

<sup>36</sup> Ph. le Tourneau, *Obligations de moyens et de résultat*, JCL Fasc. 20 art. 1136 à 1145 n°3238, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd. 2006 LGDJ n°533-2.

<sup>37</sup> B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations* t. 2 *Contrat*, 5<sup>ème</sup> éd. 1998 Litec n°1178 ; H., L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile* 6<sup>ème</sup> éd. t. 1 n°103-8 ; C. Larroumet, *Droit civil*, t. 4 *Les obligations Régime général*, par J. François 5<sup>ème</sup> éd. 2000 Economica n°615 ; Ph. le Tourneau, *Obligations de moyens et de résultat*, JCL Fasc. 20 art. 1136 à 1145 n°59.

<sup>38</sup> Définition de Garantie sens 1, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>39</sup> Lamy, *Droit des contrats*, 2011, Étude 445 n°445-19.

<sup>40</sup> Ph. le Tourneau, *Obligations de moyens et de résultat*, JCL Fasc. 20 art. 1136 à 1145 n°3238, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd. 2006 LGDJ n°533-1.

<sup>41</sup> F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, D. 7<sup>ème</sup> éd. 2004 n° 616 805 ; G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil Conditions de la responsabilité*, LGDJ 2<sup>ème</sup> éd. 1998 n° 546-1.

<sup>42</sup> A. Bénabent, *Contrats civils et commerciaux spéciaux*, Domat Montchrestien 5<sup>ème</sup> éd. 2002 n°423 737 ; Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2002 n°6288 6418.

<sup>43</sup> J.-C. Saint Pau, *Art. 1146 à 1150*, JCL Civil Code Fasc. 11-20 n°41 : les partisans de la terminologie « *obligation de moyen renforcée* » porte à considérer que la responsabilité contractuelle peut ne pas être fondée sur la faute. À l'inverse, la terminologie « *obligation de résultat atténuée* » porte à considérer que la responsabilité contractuelle est nécessairement fondée sur la faute, présumée lorsque l'obligation est de résultat.

<sup>44</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 janv. 2002 n°99-19.316, *Resp civ. et assur.* 2002 comm. 174 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 fév. 1994 n°91-18.764 Bull. n°41, *JCP G* 1994 II 22294 obs. Ph. Delebecque ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 juin 1995 n°93-16.381 Bull. n° 263 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 oct. 1997 n°95-16.717 Bull. n°279, *Dal. Aff.* 1997 p. 1419, *Gaz. Pal.* 1999 2 somm. p. 408 obs. M. Peisse ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 déc. 1998 n°94-11.848 Bull. n°343, *Dal. Aff.* 1999 p. 123, *CCC* 1999 comm. 38 obs. L. Leveneur.

comme c'est le cas d'une obligation de conservation. Dans d'autres cas, l'obligation est plus naturellement une obligation de moyen, mais les parties ont souhaité renforcer l'obligation du débiteur par des diligences particulières comme cela peut être le cas d'une obligation de confidentialité imposant des diligences particulières de conservation du secret.

512. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit donc veiller à la rédaction des obligations à défaut de les qualifier. Concernant les obligations de moyen, il est conseillé de les qualifier pour éviter tout débat sur l'inexécution reprochée.

■ **Exemple :**

*« Le prestataire s'oblige à mener à bonne fin l'exécution des prestations en conformité avec les stipulations en terme de quantité, qualité, performance et délai, au titre d'une obligation de moyen ».*

513. – **Inexécution et responsabilité.** Il est à noter que la nature de l'obligation est fondée sur l'inexécution susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur. La notion juridique d'inexécution des obligations ne peut donc être comprise qu'au travers de la notion de responsabilité contractuelle.

Si la nature de l'obligation est déterminante, l'inexécution en cause est indifférente.

### **b. Indifférence de la nature de l'inexécution des obligations**

514. – **Quelle inexécution ?** L'inexécution des obligations ouvrant droit à la résolution doit revêtir un caractère de faute civile engageant la responsabilité de son auteur. Ce caractère fautif n'est pas déterminé par la nature propre de l'inexécution. Celle-ci peut concerner trois situations de fait :

- l'absence d'exécution de l'obligation considérée ;
- la mauvaise exécution de l'obligation considérée – comprenant le retard d'exécution ;
- l'exécution partielle de l'obligation considérée.

Le droit de demander la résolution du contrat naît du simple constat du non-respect de l'obligation<sup>45</sup>, peu importe comment celle-ci a été inexécutée.

515. – **Rédaction.** Cependant, le rédacteur de contrat a tout intérêt à préciser au sein de la clause résolutoire les différentes inexécutions concernées pour éviter les débats judiciaires quant à la gravité de l'inexécution sanctionnée. Il convient d'englober toutes les situations possibles pour ouvrir le droit de résolution du créancier.

■ **Exemple :**

Il convient de préciser :

*« inexécution totale ou partielle, mauvaise exécution ou retard d'exécution ».*

L'inexécution d'obligations valables n'est pas suffisante pour ouvrir droit à la résolution. L'inexécution doit encore être fautive.

<sup>45</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2001 n°98-20.128.

## ***B. La faute du débiteur dans l'inexécution de son obligation***

516. – **Inexécution et causes exonératoires.** L'inexécution ne peut ouvrir le droit à la résolution du contrat qu'à la condition de l'absence de cause exonératoire de responsabilité. C'est ici que l'idée de faute vient s'imposer. Nécessairement, la cause exonératoire de responsabilité vient écarter la faute du débiteur eut égard à l'inexécution reprochée. L'inexécution ne permettra plus au créancier de demander ou de décider de la résolution du contrat au titre de la sanction de l'inexécution constatée (1). Ce lien entre inexécution et responsabilité n'est pas sans soulever de critiques (2).

### ***1. Faute et causes exonératoires de responsabilité***

517. – **Causes exonératoires de responsabilité.** La résolution sanctionne l'inexécution fautive du contrat en fonction de la nature des obligations. Le caractère fautif sera écarté en présence d'une cause exonératoire de responsabilité. Le créancier ne pourra alors plus prétendre à la résolution du contrat. Le débiteur peut soulever devant les juges du fond ces causes exonératoires pour tenter d'échapper au couperet de la résolution<sup>46</sup>. Parmi les causes exonératoires de responsabilité, il convient de citer :

- l'exception d'inexécution (a) ;
- la faute du créancier ;
- la force majeure (b).

#### **a. L'exception d'inexécution et le droit de résolution**

518. – **Définition.** L'exception d'inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus* selon l'adage latin<sup>47</sup> est un moyen comminatoire de rétablir l'équilibre contractuel rompu par l'inexécution d'obligations réciproques entre les parties. Le créancier victime de l'inexécution de son débiteur cesse d'exécuter ses propres obligations sans pour autant engager sa responsabilité. L'exception d'inexécution s'affirme comme un moyen conservatoire pour le créancier qui retient en sa possession la prestation attendue par son cocontractant. Elle se distingue de la résolution dans la mesure où la résolution vise à rompre le lien contractuel et l'exception d'inexécution à le préserver<sup>48</sup>. Son usage a été généralisé par la pratique avec l'appui de la jurisprudence et s'affirme aujourd'hui comme un mécanisme de droit commun.

519. – **Caractéristiques.** Dans certaines situations, l'exception d'inexécution suppose de déterminer l'ordre d'exécution des obligations réciproques<sup>49</sup>. La seconde inexécution ne sera pas fautive, car sa cause est l'existence d'une faute préalable commise par son partenaire. Cependant, les obligations n'ont pas besoin d'être réciproques. Elles doivent provenir d'un même contrat<sup>50</sup> ou d'un même ensemble contractuel<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, t. II, Contrat, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 1998, n°1923.

<sup>47</sup> C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, LGDJ 1999 préf. J. Ghestin.

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 2012 no11-13.764, *RTD civ.* 2012 p. 527 obs. B. Fages.

<sup>49</sup> C. Duparc, « L'ordre de l'exécution des obligations contractuelles », *RRJ* 2005. 137.

<sup>50</sup> Cass. req. 14 mai 1938, *DH* 1938 p. 419 : « l'interdépendance des obligations résultant d'un contrat synallagmatique qui donne le droit à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne suppose essentiellement des obligations dérivant d'un même contrat ».

<sup>51</sup> Cass. com., 12 juill. 2005 n°03-12.507, *JCP G* 2005 I n°194 obs. A. Constantin, *RTD civ.* 2006 p.

Il s'est posé la question de savoir si l'exception d'inexécution pouvait être invoquée lorsqu'il existe un risque d'inexécution avéré<sup>52</sup>. Ce principe a été reconnu au plan international<sup>53</sup>, mais peine à être consacré par le droit français<sup>54</sup>. Étant une tentative de sauver le contrat, il y a tout intérêt à reconnaître au créancier la possibilité de faire jouer l'exception d'inexécution lorsqu'il apparaît que le débiteur ne va pas s'exécuter. Il ne s'agit pas d'une sanction, mais d'un moyen comminatoire et conservatoire.

520. – **Exception d'inexécution et résolution.** Dans cette situation, le premier débiteur à l'origine de l'inexécution ne pourra pas valablement prétendre à la résolution du contrat, sanction qui a vocation à le sanctionner lui, seul responsable. Une seule partie peut donc demander à bénéficier de la résolution : le créancier victime initiale.

Outre l'exception d'inexécution, la force majeure appelle quelques remarques.

### b. Force majeure : les incertitudes terminologiques de la résolution

521. – **Définition.** La force majeure est la survenance d'un événement ayant pour caractère d'être irrésistible, imprévisible et extérieur aux parties<sup>55</sup> rendant impossible l'exécution des obligations. L'existence d'une cause étrangère recouvrant les caractéristiques de la force majeure est une cause exonératoire de responsabilité.

522. – **Incertitudes terminologiques.** Pourtant, si l'exécution est devenue définitivement compromise, la jurisprudence<sup>56</sup> considère que la « résolution » du contrat peut être décidée. D'autre fois, la jurisprudence<sup>57</sup> parle de « caducité » du contrat entretenant une véritable incertitude terminologique : la résolution dont il est question fait-elle référence au même mécanisme de rupture des contrats que la résolution pour inexécution fautive ?

523. – **Force majeure et faute.** La force majeure est exclusive de la notion de faute. La jurisprudence est claire quant à cette règle. Ainsi, elle n'hésite pas à annuler les mesures d'exécution forcée à l'encontre d'un débiteur malheureux non responsable. Tel a été le cas à la suite de l'annulation d'un commandement de quitter les lieux. La cause de l'inexécution à l'origine du commandement résidait dans des circonstances recouvrant les caractéristiques de la force majeure<sup>58</sup>. Il a été considéré que le bailleur ne pouvait pas faire délivrer ce commandement visant à sanctionner le débiteur.

---

307 obs. J. Mestre et B. Fages : « *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* ».

<sup>52</sup> A. Pinna, « L'exception pour risque d'inexécution », *RJD civ.* 2003 p. 3.

<sup>53</sup> Art. 7.3.4. Principes Unidroit, 3<sup>ème</sup> éd. pour la période 2011 - 2013.

<sup>54</sup> Cass. com. 2 fév. 1993 n°91-17.167, *Rev. soc.* 1993 n°77 obs. H. Le Nabasque, *RJD civ.* 1993 p. 819 obs. J. Mestre.

<sup>55</sup> Débat jurisprudentiel et doctrinal cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 « L'effet de la survenance d'une cause étrangère de force majeure », p. 53.

<sup>56</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 mars 1985 n°84-10.169 Bull. n°94, *RJD civ.* 1986 p. 345 obs. J. Mestre.

<sup>57</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 « L'effet de la survenance d'une cause étrangère de force majeure », p. 53.

<sup>58</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 17 fév. 2010 n°08-20.943 : « *a exactement retenu que cet événement constituait un cas de force majeure pour la débitrice, a pu en déduire que le commandement de quitter les lieux et le procès-verbal de tentative d'expulsion devaient être annulés.* ».

Par analogie, le fondement de l'extinction du contrat en cas d'évènement recouvrant les caractéristiques de la force majeure ne saurait être la résolution pour faute. En effet, le mécanisme de la résolution vient sanctionner une partie fautive auteur de l'inexécution. En l'absence de faute, il n'y a pas lieu à sanction. La résiliation pour faute semble dès lors exclue<sup>59</sup> ce que semble admettre la Cour de cassation. En effet, la Haute juridiction a précisé « *qu'une demande de résolution judiciaire du contrat, en cas d'impossibilité d'exécution, n'est pas nécessaire* »<sup>60</sup>. Ainsi, elle semble écarter l'application de l'article 1184 du Code civil et distinguer selon les mécanismes de rupture. Cette solution n'est qu'à moitié satisfaisante.

524. – **Analyse.** Il est à regretter que la Haute instance n'ait pas été plus affirmative dans sa décision, celle-ci laissant subsister un doute quant à sa portée réelle. En effet, il n'est pas rare que des confusions terminologiques perdurent quant au mécanisme de rupture de contrat en cas d'évènement de force majeure rendant impossible la continuation du contrat. Il serait préférable de parler de résiliation sans faute du contrat afin de bien distinguer selon chacun des deux mécanismes<sup>61</sup>. La force majeure est incompatible avec la résolution comme sanction de l'inexécution. Il en ressort qu'en présence de causes exonératoires de responsabilité, la résolution du contrat pourra être écartée ou contestée même en présence d'une clause résolutoire. Cet état de la jurisprudence n'est pas sans soulever de critiques.

## 2. Critique de la notion d'inexécution fautive

525. – **Critique de la notion de faute contractuelle.** L'appréciation du caractère fautif de l'inexécution pouvant ouvrir droit à la résolution soulève des difficultés pratiques (a) et une critique doctrinale (b).

### a. Difficultés pratiques du lien entre résolution et responsabilité

526. – **Difficultés pratiques.** La jurisprudence interprète l'article 1184 du Code civil comme octroyant aux juges du fond un pouvoir d'appréciation de l'inexécution fautive pouvant ouvrir droit à la résolution. Ainsi, un débiteur peut arguer de son absence de faute pour contester la résolution du contrat. Dans le silence du contrat sur le caractère fautif de l'inexécution en question<sup>62</sup>, les juges s'octroient un pouvoir d'appréciation des causes de la rupture, et ce même en présence d'une clause résolutoire. Bien souvent, si le juge ne retient pas le caractère fautif de l'inexécution, l'auteur de la rupture illégitime voit sa propre responsabilité contractuelle engagée. Il en résulte une réelle difficulté pratique quant à la mise en œuvre de la résolution du contrat.

527. – **Clauses de responsabilité.** La clause résolutoire doit se penser avec les clauses de responsabilité. Ainsi, l'inexécution d'une obligation faisant l'objet d'une clause limitative de responsabilité nécessitera une certaine gravité pour que la jurisprudence admette la sanction de la résolution.

<sup>59</sup> F.-X. Testu, « Contrats d'affaires », Titre 11 Chapitre 114 n°114.09, *Dal. Aff.* 2011.

<sup>60</sup> Cass. com. 28 avril 1982 n°80-16.678 Bull. n°145, *RTD civ.* 1983 p. 340 obs. F. Chabas.

<sup>61</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 « L'effet de la survenance d'une cause étrangère de force majeure », p. 53.

<sup>62</sup> Cass. req. 11 avril 1888, *S.* 1889 1 216 : « *Il appartenait aux juges d'apprécier si l'inexécution avait assez d'importance pour que la résolution dût être immédiatement prononcée* ».



528. – **Obligation de garantie.** À l'inverse, l'inexécution d'une obligation de garantie engage nécessairement la responsabilité de son auteur et ouvre droit à la résolution du contrat. La garantie se définit comme : « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »<sup>63</sup>. F. Rouvière remarque : « *L'accent est mis sur l'aspect négatif, c'est-à-dire le risque de perte.* »<sup>64</sup> L'obligation de garantie a pour particularité que le débiteur de l'obligation ne pourra pas invoquer les causes exonératoires de responsabilité telles que la force majeure. Le simple constat de la mauvaise exécution suffit sans qu'il y ait lieu de s'intéresser à sa bonne foi. Il s'agit d'une obligation de résultat aggravée. Le créancier insatisfait pourra dès lors prétendre à la résolution du contrat en invoquant la garantie.

529. – **Rédaction.** Il en résulte que le rédacteur de contrat a l'obligation de mettre en perspective les clauses de responsabilité et la clause résolutoire afin d'éviter toute contradiction, source de confusion et de contentieux. Ces clauses sont distinctes, mais doivent s'harmoniser. Une partie de la doctrine souhaiterait rompre le lien qui peut exister entre la résolution et la responsabilité contractuelle.

### b. Critiques doctrinales du lien entre résolution et responsabilité

530. – **Doctrine.** Le lien entre la résolution et la responsabilité est approuvé par une partie de la doctrine<sup>65</sup>, mais fait l'objet de critiques de la part d'une autre partie de la doctrine.

Selon cette seconde branche, il convient de substituer à la notion de faute celle d'utilité économique du contrat, véritable cause du contrat<sup>66</sup>. L'inexécution ouvrant droit à la rupture du contrat doit avoir pour effet d'altérer la cause du contrat<sup>67</sup>. En effet, dans un contrat synallagmatique, les obligations d'une partie ont pour cause les obligations de l'autre partie. Ainsi, en cas d'inexécution, la cause de l'obligation du créancier disparaît. Il y a alors lieu de prononcer la résolution. Dans cette vision, il n'y a plus à distinguer entre les mécanismes de rupture fondée sur l'inexécution fautive ou sur la force majeure.

Cette analyse conduirait à considérer que la sanction devrait être la nullité pour absence de cause et non la résolution<sup>68</sup>. Cette vision doctrinale<sup>69</sup>, contestant le lien entre responsabilité contractuelle et résolution, se fonde sur la volonté de se rapprocher du droit européen qui utilise la notion d'« *inexécution essentielle* » pour justifier de la résolution du contrat<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Définition de « garantie » sens 1, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>64</sup> F. Rouvière, « Obligation comme garantie », *RTD civ.* 15/04/2011 p. 1.

<sup>65</sup> H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2 vol. 1, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, 1998 Montchrestien n°1089 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations* par P. Esmein, 2<sup>ème</sup> éd. 1952 LGDJ n°545. ; F. Chabas, obs. *RTD civ.* 1983. 340.

<sup>66</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, 1927 D. n°147 s.

<sup>67</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations* n°877 : « *Selon la plupart des auteurs, la résolution suppose le caractère fautif de l'inexécution. Ni la loi, ni la jurisprudence ne sont en ce sens : ce qui importe est que le contrat ne parvient plus à assurer l'utilité économique qu'il cherchait.* »

<sup>68</sup> H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2 vol. 1, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, 1998 Montchrestien n°1089.

<sup>69</sup> H. Boucard, « Les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux, in Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ? » [Colloque de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV], sous la dir. de G. Wicker 2008 *LexisNexis* p. 21 s. 30 et 31.

<sup>70</sup> Art. 8 : 103 des Principes Européens de droit du contrat.

J. Maury<sup>71</sup> propose quant à lui de fonder la résolution sur la notion d'« *équivalence* ». Les obligations de contrats synallagmatiques sont conçues pour être équivalentes entre les parties. L'inexécution de l'une altère cette équivalence, ouvrant ainsi droit à la résolution. R. Cassin<sup>72</sup> parle lui d'« *unité indivisible d'une situation juridique* ». MM. Flour, Aubert et Savaux<sup>73</sup> fondent la résolution sur l'« *interdépendance des obligations* ». D'autres enfin<sup>74</sup> font reposer la résolution sur l'atteinte à la bonne foi par l'inexécution. Cette dernière conception rejoint la notion de faute par la contravention au devoir de comportement<sup>75</sup>.

531.– **Critique.** Ces différentes conceptions cherchent à se détacher de la notion d'inexécution fautive, sans succès. Elles mettent en exergue le lien qui existe entre les obligations réciproques. Elles expliquent la raison du droit à la résolution en omettant les motivations. La volonté de sanction du créancier ne peut être écartée ou bannie. La mise en œuvre de la résolution a pour raison d'être la volonté de sanctionner le débiteur ayant brisé le lien de confiance contractuel. Elle est un désaveu. Ainsi, même dans les contrats à durée indéterminée, la clause résolutoire est stipulée alors même que chacune des parties a un droit de résiliation à tout moment<sup>76</sup>. La théorisation des mécanismes de fin de contrat invite davantage à qualifier en fonction de la cause d'extinction du contrat plutôt qu'à unifier tous les mécanismes de rupture.

La pratique opère une telle distinction, les motivations étant déterminantes des conditions de séparation ou de poursuite de relations entre les parties. Refuser la diversité des modes de rupture risque de renvoyer à la pratique le soin d'organiser cette diversité. Il serait plus opportun de tenter d'unifier le régime de l'extinction du lien contractuel tout en qualifiant les causes de rupture plutôt que d'opérer des amalgames masquant les différends entre les parties. Une telle diversité n'est pas incompatible avec l'élaboration d'un régime commun.

La jurisprudence française paraît peu sensible à ces débats et en reste à utiliser les notions de responsabilité contractuelle et de causes d'exonération de responsabilité.

532.– **Conclusion.** Malgré les critiques et les difficultés pratiques, le droit positif lie la responsabilité contractuelle à la résolution. Une inexécution fautive est nécessaire pour ouvrir le droit de sanctionner. La résolution judiciaire s'affirme comme un régime subsidiaire auquel les parties peuvent toujours décider de recourir même en présence de stipulations contractuelles.

## §2. La résolution : sanction de l'inexécution fautive

533.– **Résolution judiciaire ou extrajudiciaire ?** La résolution judiciaire est un droit d'action en justice. À la différence, la clause résolutoire est un droit personnel. Le rédacteur de contrat qui

<sup>71</sup> J. Maury, *La notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, Toulouse, 1920.

<sup>72</sup> R. Cassin, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945. 159.

<sup>73</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 6<sup>ème</sup> éd. 2009 par E. Savaux, Sirey n°246 s. et 260 s.

<sup>74</sup> G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, vol. 4 t. II 1956 LGDJ n°504 et 523 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, vol. 2 *Le régime*, 2<sup>ème</sup> éd. 1989 par P. Jestaz Sirey n°341.

<sup>75</sup> Cf. ci-dessus.

<sup>76</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale», p. 37.



n'aurait pas anticipé l'inexécution dont aurait à souffrir le créancier n'ampute pas le droit d'agir de ce dernier. Ces régimes cohabitent.

534. – **Résolution judiciaire.** La résolution, sanction de l'inexécution, a pour fondement légal l'article 1184 du Code civil. La résolution judiciaire est un mécanisme de rupture du contrat que la jurisprudence s'est appropriée en créant un véritable régime qui ne ressemble plus à la lettre du Code civil. D'autres régimes spécifiques ont également été mis en place par le législateur en considération de la spécificité du lien contractuel en cause. Le régime de droit commun jurisprudentiel de la résolution judiciaire (A) côtoie des mécanismes légaux dérogatoires (B).

### ***A. Le mécanisme légal de la résolution judiciaire***

535. – **Définition.** La résolution judiciaire est le droit du créancier de demander judiciairement la rupture du contrat en raison d'une inexécution fautive du débiteur dont la gravité appréciée souverainement par le pouvoir judiciaire est telle qu'il convient de sanctionner le débiteur par la cessation des liens contractuels.

536. – **Affirmation d'un pouvoir d'appréciation.** Il en ressort un droit pour le créancier de solliciter en justice la résolution du contrat, et ce même en présence d'une clause résolutoire (1). Les juges se sont arrogé un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité de l'inexécution pour décider d'accorder ou non la résolution du contrat. Ce pouvoir que s'est octroyé la jurisprudence cause le déclin de la résolution judiciaire, les créanciers préférant la certitude de la sanction prévue contractuellement à l'aléa judiciaire (2).

#### ***1. Le droit de demander la résolution judiciaire***

537. – **Fondement légal insatisfaisant.** La résolution judiciaire s'affirme comme une prérogative à la disposition du créancier victime de l'inexécution dont le fondement légal n'est pas satisfaisant (a). Le législateur laisse perdurer les imperfections de la lettre du Code civil en s'en remettant à l'interprétation jurisprudentielle. La jurisprudence a créé un véritable régime de la résolution judiciaire s'accordant un pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution allant bien au-delà des dispositions du Code civil (b).

##### **a. Résolution judiciaire : imperfection de l'article 1184 du Code civil**

538. – **Article 1184 du Code civil.** Le droit du créancier de demander judiciairement la résolution pour inexécution du débiteur repose sur l'article 1184 du Code civil<sup>77</sup>.

539. – **Condition résolutoire à l'appréciation du juge.** La rédaction du Code civil n'est point satisfaisante, car elle contient deux propositions antagonistes :

---

<sup>77</sup> Art. 1184 C. civ. : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

- d'une part, elle propose de fonder la résolution sur un mécanisme de condition résolutoire, en principe automatique<sup>78</sup> du seul fait de l'inexécution ;
- d'autre part, elle impose au créancier de saisir les juridictions pour faire prononcer ladite résolution, sanction qui n'est donc pas automatique.

L'inexécution n'est donc pas une condition résolutoire automatique. Elle nécessite à la fois un acte de volonté du créancier et à la fois une décision des magistrats<sup>79</sup>. Cette allusion au mécanisme de la condition résolutoire permet de fonder l'effet de ce mécanisme, à savoir la rétroactivité. Or, un mécanisme ne peut être qualifié au regard des effets recherchés.

Il conviendrait de cesser toute allusion au mécanisme de la condition résolutoire et de consacrer la résolution comme sanction de l'inexécution du débiteur. Le régime de la rupture peut être traité dans un second temps.

540. – **Contrats synallagmatiques seulement ?** En outre, l'article 1184 du Code civil ne parle que des contrats synallagmatiques laissant à penser que la résolution ne s'appliquerait qu'à ces seuls contrats. Or, la résolution va « *au-delà et en deçà du contrat synallagmatique* »<sup>80</sup>. Ainsi, la résolution peut être prononcée à l'encontre d'un contrat unilatéral à titre onéreux<sup>81</sup>, car il crée des obligations accessoires. Il en est ainsi d'un contrat de prêt à intérêt.

G. Boyer<sup>82</sup> propose de reconnaître la résolution judiciaire comme applicable à tous les contrats sans distinction de nature. Une telle proposition tient au fait que G. Boyer ne distingue pas la résolution pour faute de la résiliation sans faute du contrat dont l'exécution est empêchée par un cas recouvrant les caractéristiques de la force majeure.

Il serait préférable de considérer que la résolution peut être prononcée dès lors que des obligations réciproques existent, quelle que soit la nature du contrat. Une disposition générale permettrait de s'adapter aux spécificités des situations juridiques contractuelles.

La rédaction du Code civil est regrettable. Elle témoigne du manque de théorisation de la résolution judiciaire. Cependant, la lecture de l'article 1184 du Code civil ne rend pas compte des caractéristiques de la résolution judiciaire. Les magistrats ont interprété largement le texte légal en s'octroyant un véritable pouvoir de décider de la résolution.

### **b. La gravité de l'inexécution fautive : élément déterminant du prononcé de la résolution judiciaire**

541. – **Pouvoir d'appréciation.** À la lecture de l'article 1184 du Code civil, le mécanisme semble simple : le créancier d'une obligation inexécutée vient faire constater l'inexécution fautive ce qui ouvre le droit au prononcé de la résolution du contrat. Le juge ne peut pas prononcer d'office la

<sup>78</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 « Section 1 : La condition résolutoire », p. 240.

<sup>79</sup> F. Gény, « De l'application de l'article 1657 du Code civil aux ventes de bois sur pied entre particuliers », *JCP* 1944. I. 396, spéc. n°12.

<sup>80</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, par P. Stoffel-Munck, 4<sup>ème</sup> éd. 2009 Defrénois, n°876.

<sup>81</sup> CA Paris 29 juin 1893, *DP* 1893. 2. 437 ; CA Nancy 11 janv. 1936, *DH* 1936. 155.

<sup>82</sup> G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse, Toulouse 1924 p. 16.

résolution, le créancier doit le demander<sup>83</sup>. La résolution judiciaire est un droit d'action du créancier soumis à l'appréciation du juge<sup>84</sup>.

La Cour de cassation considère pour sa part que la formulation de l'article 1184 du Code civil accorde un pouvoir d'appréciation souverain aux juges du fond quant à l'opportunité de résoudre ou non le contrat<sup>85</sup>. L'inexécution ne doit donc pas seulement être fautive et engager la responsabilité du débiteur. Elle doit encore être d'une gravité suffisante<sup>86</sup> pour que les juges acceptent que le contrat soit rompu. Ce pouvoir d'appréciation, favorable au débiteur, vient ici interférer dans le choix des outils légaux à la disposition du créancier victime d'une inexécution. Plus qu'un pouvoir d'appréciation, la Cour de cassation considère que c'est un devoir d'appréciation pour les juges du fond<sup>87</sup>.

542. – **Critique.** L. Aynès<sup>88</sup> conteste cette lecture du Code civil et considère que cette solution tenant à l'appréciation du critère de la gravité de l'inexécution est purement prétorienne sans fondement légal. Ce serait le créancier qui aurait à apprécier le bien-fondé de la résolution. A priori, la lettre de l'article 1184 n'accorde pas de pouvoir d'appréciation aux juges du fond. Seul le pouvoir d'octroyer des délais d'exécution est légalement mentionné. Selon le Doyen Carbonnier<sup>89</sup>, « *l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance* ».

Cette interprétation jurisprudentielle des textes est contestable, le rôle du juge étant trop important en matière de résolution du contrat. Le créancier, déjà victime d'une inexécution, encourt un risque de voir sa responsabilité engagée quand il souhaite sortir du contrat. Les juges du fond s'immiscent dans la relation contractuelle et trop souvent font preuve d'une grande réserve quant à l'exercice du droit de résoudre le contrat. Il semble artificiel de refuser la résolution d'un contrat à une partie qui ne veut plus de la relation du fait de l'inexécution de son débiteur.

543. – **Gravité de l'inexécution et obligations essentielles.** On aurait pu s'attendre à ce que la gravité de l'inexécution soit fondée sur le caractère essentiel ou non de l'obligation. Il n'en est rien. La gravité de l'inexécution est appréciée par la jurisprudence au regard des conséquences de l'inexécution sur l'utilité économique du contrat.<sup>90</sup> Il est indifférent que l'inexécution soit totale ou partielle<sup>91</sup>, tant que celle-ci porte atteinte à l'utilité économique du contrat.

---

<sup>83</sup> Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ 2007 n°357 ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001 n°450 ; S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJD civ.* 2005. 223 n°6.

<sup>84</sup> Cass. com. 11 juill. 1962 Bull. n°359 : « *la résolution des conventions n'a pas été sollicitée devant les juges du fond, qui ne pouvaient, en conséquence, la prononcer* » ; Cass. com. 13 mai 1997 n°95-14.948 : « *la société n'avait pas demandé la résolution du contrat et n'avait pas évalué le montant de son préjudice pour le cas où cette mesure serait prononcée* ».

<sup>85</sup> *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Études de droit comparé*, Bruylant/LGDJ 2001 p. 513 n°37 et s.

<sup>86</sup> Cass. req. 11 avril 1888 S. 1889 1 216 : « *Il appartenait aux juges d'apprécier si l'inexécution avait assez d'importance pour que la résolution dût être immédiatement prononcée* ».

<sup>87</sup> Cass. com. 27 févr. 2007 n°05-21.50.

<sup>88</sup> L. Aynès, « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *DÉP* n°128 juillet/août 2004.

<sup>89</sup> J. Carbonnier, *Introduction au droit*, Droit civil, Paris, PUF Thémis, 2002, p. 315.

<sup>90</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 17 nov. 1998 n°97-11.969 : « *L'économie du contrat s'était trouvée bouleversée du fait des sociétés Accor et Pullman, sans l'accord de la société Choc bay Park limited, et que celle-ci était fondée à rompre les relations* ».

<sup>91</sup> Cass. com. 2 juill. 1996 n°93-14.130 Bull. n°198, *JCP* 1996. I. 3983 n°14 obs. C. Jamin ; *Defrénois*

Ainsi, le comportement du débiteur injurieux et agressif a été qualifié d'inexécution suffisamment grave comme contrevenant à l'obligation générale de bonne foi<sup>92</sup> ce qui portait nécessairement atteinte à l'utilité économique du contrat.

Une telle jurisprudence est conforme au droit international faisant référence aux « *contraventions essentielles au contrat* »<sup>93</sup> et aux « *inexécutions essentielles* »<sup>94</sup>. S. Pimont analyse ainsi : « *Ce n'est donc pas l'importance juridique d'une obligation – principale, accessoire — qui compte, mais son utilité concrète dans la réalisation effective de la fonction économique de l'acte* »<sup>95</sup>.

Une telle interprétation a pour avantage d'apprécier concrètement la portée de l'inexécution. Cependant, elle est insuffisante. La portée de l'inexécution ne doit pas être analysée *in abstracto*, mais bien *in concreto* en fonction des prévisions contractuelles des parties. Ainsi, si une obligation est essentielle, comme déterminante du consentement d'une partie, c'est bien parce que l'attente légitime de la partie créancière est l'exécution de ladite obligation, son inexécution fût-elle secondaire pour l'utilité objective du contrat. Ne pas tenir compte de la volonté des parties est contraire au principe du droit du contrat. L'appréciation du caractère essentiel ou non de l'obligation devrait pouvoir se cumuler avec l'appréciation du caractère essentiel de l'inexécution.

544. – **Préjudice du créancier.** Bien que l'existence d'un préjudice ne soit pas une des conditions d'ouverture du droit de demander la résolution judiciaire<sup>96</sup>, son existence est prise en compte par la jurisprudence pour apprécier la gravité de la faute<sup>97</sup>. Ce raisonnement est contestable opérant un véritable mélange de notions pourtant bien distinctes qui ne sauraient se confondre.

545. – **Pratique.** Cette lecture de l'article 1184 du Code civil explique l'engouement des praticiens pour la stipulation d'une clause résolutoire, excluant l'appréciation des tribunaux quant à la gravité supposée de l'inexécution. La clause résolutoire a pour avantage de préserver le caractère essentiel de l'obligation en cas d'inexécution. Afin de limiter une telle jurisprudence, le rédacteur du contrat a intérêt à lister les inexécutions considérées comme graves. Ainsi, même si le créancier a recours au mécanisme de la résolution judiciaire, il pourra toujours s'appuyer sur la lettre du contrat pour tenter d'influencer l'intime conviction des magistrats.

#### ■ Exemple :

« *Sont considérées comme des inexécutions graves, tous manquements aux obligations suivantes :*  
- *l'obligation de [à compléter] (article x du contrat) ;*  
- *le paiement du prix (article x du contrat) ;*  
- *l'obligation de non-concurrence (article x du contrat). »*

---

1996 art. 36434 n°146 obs. D. Mazeaud.

<sup>92</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 avril 1987 n°84-17.021 Bull. n°93, *RJD civ.* 1988 536 obs. J. Mestre : « *Le comportement agressif, injurieux et menaçant des bailleurs à l'égard des preneurs rendait impossible la poursuite des relations contractuelles normales entre eux* ».

<sup>93</sup> Art. 25, 49 et 64 Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

<sup>94</sup> Art. 7.3.1. Principes Unidroit et art. 8 :103 Principes du droit européen du contrat 2003.

<sup>95</sup> S. Pimont, *L'économie du contrat*, PUAM 2004 n°442 p. 288.

<sup>96</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 mai 1994 n°92-11.196 Bull. n°84 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 fév. 1971 Bull. n°90, *JCP* 1971. IV. 65 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 mai 1982 n°81-10.770, *Gaz. Pal.* 1982. 2. Pan. 282.

<sup>97</sup> Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ 2007 n°446.

Si la résolution judiciaire présente de nombreux inconvénients pour le praticien, elle a un avantage déterminant : elle est toujours ouverte au créancier victime de l'inexécution.

## 2. Résolution judiciaire : une prérogative subsidiaire

546. – **Droit d'action.** Le droit de saisir les juridictions pour faire juger de la résolution pour faute du contrat s'affirme comme un droit d'action du créancier. Cette prérogative n'est pas supprimée par la stipulation d'une clause résolutoire. Ainsi, même en présence d'une clause résolutoire, chacune des parties peut choisir d'agir judiciairement en résolution en vertu de l'article 1184 du Code civil<sup>98</sup>.

547. – **Prérogative qui n'est pas d'ordre public.** Cependant, le droit de résolution judiciaire n'est pas d'ordre public. Une partie peut y renoncer *a posteriori*<sup>99</sup>. L'inexécution n'est pas pour autant dépourvue de sanction, le créancier pouvant toujours mettre en œuvre l'exception d'inexécution, l'exécution forcée ou encore l'action en responsabilité.

548. – **Renonciation *ab initio*.** L'admission de la renonciation *ab initio* pose plus de difficultés. La validité d'une telle clause a été admise par la troisième chambre civile de la Cour de cassation lorsque la volonté du créancier était claire, expresse et non équivoque<sup>100</sup>. Cette solution ne fait pas l'unanimité, la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant eu l'occasion de considérer une telle clause comme invalide<sup>101</sup>. Cependant, elle semble s'être ralliée à la possibilité de renoncer à la résolution judiciaire par un revirement de jurisprudence<sup>102</sup>. Dans les faits de l'espèce, la renonciation était temporaire. Il n'est pas évident que la solution eut été la même si la renonciation avait été illimitée pendant le temps du contrat. La validité d'une telle clause est exclue en droit de la consommation. Imposée au consommateur, une telle clause est légalement qualifiée d'irréfragablement abusive<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 avril 1985 n°83-14.916 Bull. n°70, *RTD civ.* 1986 p. 108 : « L'insertion dans le bail d'une clause prévoyant la résiliation de plein droit à défaut de paiement du loyer aux échéances convenues ne prive pas le bailleur du droit de demander la résiliation judiciaire pour ce même manquement. ».

<sup>99</sup> L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. Mestre, 2004, PUF Aix-Marseille, n°24 s.

<sup>100</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 nov. 2011 n°10-26.203 Bull. n°178 : « qu'ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable ».

<sup>101</sup> Cass. com. 5 avril 2005 n°03-14.169.

<sup>102</sup> Cass. com. 15 déc. 2009 n°08-10.148, *D&P* 2010 n°189 p. 70 obs. P. Stoffel-Munck : « Mais attendu que l'arrêt estime que la commune volonté des parties était de s'interdire pendant un an toute rupture du contrat, afin de permettre à l'entreprise de nettoyage d'amortir le matériel acheté pour l'exécution de celui-ci ; que la cour d'appel a pu en déduire que la rupture unilatérale de ce contrat par la société JW, dans ce délai, était fautive et de nature à engager sa responsabilité. ».

<sup>103</sup> Art. L. 132-1 et R. 132-1 7° C. conso : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ».



À ce jour, les parties semblent donc pouvoir renoncer, du moins temporairement, au bénéfice du droit de résiliation judiciaire. Il convient de renoncer expressément à cette faculté de saisine des juridictions, la clause résolutoire pouvant coexister avec la résiliation judiciaire, le créancier étant présumé avoir le choix de ses moyens d'action. La renonciation à un droit ne se présume pas.

549. – **Critiques.** Une telle renonciation pose des difficultés : le créancier est à la merci du débiteur en l'absence de clause résolutoire valable et efficace. Il reste à sa disposition soit l'exécution forcée, soit la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. La validité d'une telle renonciation est contestable : le créancier est privé d'un droit d'action par avance et d'un moyen comminatoire efficace par la menace de sanction qu'est la résolution judiciaire.

550. – **Conclusion.** La résolution judiciaire est un droit d'agir dont le fondement légal est à réécrire. Le juge a réécrit la loi en élaborant un régime octroyant aux juges du fond un véritable droit d'immixtion dans la relation des parties. Les juges ont droit de vie ou de mort sur le contrat, dès lors que le créancier leur a demandé la faveur de prononcer la résolution. Le législateur ne s'est pas totalement départi de son pouvoir de légiférer. Il a élaboré certains régimes dérogatoires à la jurisprudence de droit commun.

### ***B. Les mécanismes particuliers de résolution légale***

551. – **Régimes dérogatoires.** Si le législateur est peu intervenu pour réglementer la résolution pour inexécution des contrats, il a mis en place des régimes spécifiques concernant certains contrats spéciaux. Certains régimes visent à restreindre le droit de rompre le contrat. C'est le cas du contrat de travail, le législateur voulant préserver sa pérennité. Ainsi, la résolution par l'employeur est exclue, car elle porte atteinte au régime strict du droit de licenciement<sup>104</sup>. À la différence, le droit de demander la résolution judiciaire a été reconnu au salarié<sup>105</sup>. De façon marginale, le législateur a également exclu le droit de résolution judiciaire dans le cadre d'un contrat de rente viagère<sup>106</sup>.

552. – **Droit légal de résolution.** Exceptionnellement, le législateur prend le soin d'organiser le droit de sortie du contrat. C'est notamment le cas du contrat de mandat (1) et du contrat de téléphonie mobile (2).

#### ***1. La rupture du contrat de mandat : la révocation ad nutum***

553. – **Particularité du contrat de mandat.** La particularité du contrat de mandat est de permettre à un tiers, le mandataire, d'agir au nom et pour le compte du mandant. Il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. L'importance de ce pouvoir de représentation exige une certaine souplesse dans les modalités de rupture du contrat au profit du mandant. Loin de restreindre le droit de résoudre le contrat, le législateur l'a favorisé.

---

<sup>104</sup> C. Radé, « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001. 624.

<sup>105</sup> Cass. soc. 15 mars 2005 n°03-41.555 et n°03-42.070 Bull. n°90 et 91 ; Cass. soc. 16 mars 2005 n°03-40.251 Bull. n°94, *RDC* 2005. 763 obs. C. Radé.

<sup>106</sup> Art. 1978 C. civ.

554. – **Révocation *ad nutum*.** Ainsi, le législateur a instauré le mécanisme de la révocation *ad nutum*<sup>107</sup> du mandataire au profit du mandant à l'article 2004 du Code civil<sup>108</sup>. Le droit de révocation peut être exercé à tout moment sans considération ni de la durée déterminée ou indéterminée du contrat ni de son caractère onéreux<sup>109</sup>. La nature *intuitu personae* du contrat explique que le législateur ait mis en place un droit de résiliation unilatérale à tout moment. La révocation *ad nutum* joue sans rétroactivité, pour l'avenir.

555. – **Limite : abus de droit.** Ce droit discrétionnaire du mandant est limité uniquement par la théorie de l'abus de droit<sup>110</sup>. Plus spécifiquement, en droit des contrats, il est proposé de retenir l'abus lorsque la révocation est brutale ou intempestive<sup>111</sup>.

556. – **Appréciation de la portée du droit de révocation *ad nutum*.** Le droit de rupture accordé au mandant est considérable et ce d'autant plus que détaché de toute notion d'inexécution. Aucun motif n'a à être précisé par le mandant. L'exercice de ce droit n'est soumis à aucun formalisme particulier. La révocation peut être indifféremment expresse ou tacite. Dès que la révocation est prononcée, le mandataire perd le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du mandataire. Il est reconnu au mandant un véritable pouvoir sur le devenir du contrat.

557. – **Exception : le mandat irrévocable.** Le droit de révocation *ad nutum* connaît une exception par le biais de la clause d'irrévocabilité. On parle encore de mandat irrévocable<sup>112</sup>. L'article 2004 du Code civil n'est pas d'ordre public. Si le mécanisme est en principe valable<sup>113</sup>, sa portée est des plus relatives<sup>114</sup>. La clause d'irrévocabilité doit être expressément stipulée, elle ne se présume pas<sup>115</sup>. Elle doit encore être limitée dans le temps<sup>116</sup>. Plus encore, elle n'empêche pas la révocation *ad nutum* !<sup>117</sup> La stipulation d'un mandat irrévocable reste d'un intérêt des plus limités. L'importance du droit de résolution du contrat de mandat a impliqué que le législateur octroie au mandant un véritable pouvoir de vie ou de mort sur le contrat détaché de toute notion de faute. La faute n'a d'intérêt qu'en terme de responsabilité. Autre mécanisme légal original, la rupture du contrat de téléphonie mobile par le recours à la notion de contrat de mandat tacite.

<sup>107</sup> Selon l'expression consacrée de Domat.

<sup>108</sup> Art. 2004 C. civ. : « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute.* ».

<sup>109</sup> Cass. civ. 13 janv. 1941, *DA* 1941. 81.

<sup>110</sup> L'abus de droit est constitué en cas « *d'intention de nuire ou de légèreté blâmable* » : Cass. com. 7 juill. 1992 n°90-17885, *CCC* 1992 n°222 : « *l'abus dans l'exercice du droit de révocation ne peut être retenu que si celui qui l'allègue prouve l'intention de nuire de son auteur ou sa légèreté blâmable susceptible de se rattacher à des circonstances vexatoires ou intempestives.* ».

<sup>111</sup> P. Ancel, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1999/1 p. 30.

<sup>112</sup> R. Perrot, *Le mandat irrévocable*, *Travaux Association H. Capitiant* t. X 1956 p. 446.

<sup>113</sup> Cass. req. 9 juill. 1885, *DP* 1886. 1. 310. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 fév. 2002 n°99-20.895 Bull. n°40.

<sup>114</sup> I. Najjar, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003. C. 708.

<sup>115</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mars 1963, *D.* 1963. 567 ; *Gaz. Pal.* 1963. 2. 31.

<sup>116</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 mars 1968, *D.* 1968.624.

<sup>117</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 fév. 2002 n°99-20.895.



## 2. Contrat de téléphonie mobile : mandat de résiliation tacite

558. – **Mandat de résiliation.** Le développement des services de téléphonie mobile a fait face à un nouvel enjeu : le changement d'opérateurs. En tant que contrat de consommation d'adhésion portant souvent sur des engagements d'au moins un an, le législateur est intervenu pour préserver le droit de rompre du consommateur. L'enjeu s'est porté sur l'attribution du numéro de téléphone. En effet, le changement d'opérateur entraînait jusqu'alors un changement de numéro de téléphone ce qui restreignait de fait drastiquement la liberté du consommateur de changer d'opérateur du fait des désagréments générés.

Un mode de rupture particulier a été mis en place par le législateur pour contrer l'effet économique de « viscosité » qui correspond à un comportement non rationnel de l'agent économique. Ce dernier ne change pas de partenaire contractuel bien qu'il aurait intérêt à le faire ce qui porte atteinte au jeu de la libre concurrence. Ces considérations de pur fait ont été prises en compte au niveau législatif.

559. – **Décret.** Un décret<sup>118</sup> prévoit un nouveau mode de résiliation spécifique applicable à ce type de contrat. Les dispositions sont réglementées aux articles D. 406-18 et D. 406-19 du Code des postes et des communications électroniques.

560. – **Critique.** Ce nouveau mode de résiliation présente certaines incohérences juridiques : l'acceptation d'un second contrat auprès d'un opérateur avec demande de conservation du numéro de téléphone vaut demande de résiliation d'un premier contrat conclu avec un autre opérateur. M.-A. Frison-Roche<sup>119</sup> remarque « *qu'il n'est pas usuel que la formation d'un contrat vaille résiliation de l'autre.* » De plus, le nouvel opérateur, concurrent du premier évincé, intervient dans le premier contrat pour permettre la portabilité du numéro de téléphone et la résiliation du premier contrat. La présomption de mandat du consommateur envers le second opérateur a pu être qualifiée de « *fiction* »<sup>120</sup> par une partie de la doctrine révélant une construction juridique bancal. Sans aller jusqu'à parler de fiction, il est à regretter que le législateur n'ait pas précisément défini la relation de mandat dans le mécanisme juridique mis en place.

Ce mode de rupture du contrat est inspiré à la fois par la volonté de protéger le consommateur et par le souci de favoriser la concurrence entre les opérateurs qui dominent actuellement ce marché<sup>121</sup>.

561. – **Mécanisme légal/mécanismes contractuels.** Ces dispositions légales rendent relativement inutile l'insertion de mécanismes contractuels de rupture qui viendront s'ajouter au dispositif légal sans pouvoir s'y substituer.

---

<sup>118</sup> Décret n°2006-82 du 27 janv. 2006 relatif à la conservation du numéro prévue par l'article L. 44 C. des postes et des communications électroniques, JO du 28 janv. 2006 : « *la demande de conservation du numéro est adressée par l'abonné à l'opérateur. Elle vaut demande de résiliation du contrat de l'abonné auprès de l'opérateur donneur. Dans ce cadre, l'abonné donne mandat à l'opérateur receveur pour effectuer les opérations de portage de son numéro.* ».

<sup>119</sup> M.-A. Frison-Roche, « Résiliation du contrat par la seule formation d'une autre portabilité des numéros de téléphone », *RDC* 2006/02 p. 356.

<sup>120</sup> M.-A. Frison-Roche, « Résiliation du contrat par la seule formation d'une autre portabilité des numéros de téléphone », *RDC* 2006/02 p. 356.

<sup>121</sup> C'est dans un souci d'efficacité économique et de pragmatisme juridique qu'un tel régime a été mis en place. Ainsi, le principe d'effet relatif des contrats est limité pour restreindre les démarches du consommateur et favoriser la concurrence.

Ces régimes légaux restent marginaux. Le droit de résolution judiciaire du contrat s'affirme comme le régime de droit commun.

562. – **Conclusion.** La résolution judiciaire présente deux inconvénients discriminants : la nécessité d'agir en justice d'une part, mais surtout le pouvoir souverain d'appréciation de la gravité de l'inexécution d'autre part. Ce sont les tribunaux et non le créancier qui décideront en fin de compte du sort du contrat. La volonté du créancier est insuffisante. Confrontée à ces inconvénients, la pratique s'est emparée du droit de rompre le contrat en instaurant un droit de résolution extrajudiciaire. Il ne s'agit plus d'un simple droit d'action en justice, mais bien de l'exercice d'un véritable droit de sanction. Le créancier s'arroge le pouvoir de décider unilatéralement de la résolution du contrat pour inexécution fautive, soit par l'exercice d'une clause contractuelle, soit à ses risques et périls en l'absence de toute stipulation. Forme de justice privée, la résolution extrajudiciaire consacre l'existence d'un véritable droit de rupture du contrat fondé sur l'idée de faute contractuelle.

## SECTION 2 :

### L’AFFIRMATION D’UN DROIT DE ROMPRE SON CONTRAT

563. – **Résolutions extrajudiciaires.** La pratique a créé un droit de résolution extrajudiciaire qui prend aujourd'hui deux formes. La clause résolutoire octroie un droit de résolution unilatérale qui a pour particularité d'avoir été consenti par les deux parties *ab initio*. Plus récemment et de façon surprenante, il a été admis une forme de résolution unilatérale non consentie par les deux parties, mais décidée par le seul créancier. Cette admission jurisprudentielle consacre un véritable droit de rompre le contrat.

564. – **Clause résolutoire.** La clause résolutoire n'en finit pas de faire parler d'elle. Mécanisme aujourd'hui largement utilisé par la pratique, elle n'en demeure pas moins l'octroi d'un pouvoir de mort sur le contrat de la part d'une seule des parties. L'affirmation d'un droit de rompre par mise en œuvre de la clause résolutoire bouleverse l'équilibre du contrat dont la protection était assurée traditionnellement par les tribunaux. Sa validité reste débattue et ses caractéristiques sont régulièrement revisitées. Ch. Paulin<sup>122</sup> définit les clauses résolutoires comme : « *une convention par laquelle les contractants sanctionnent l'inexécution par la résolution du contrat, en subordonnant à l'inexécution l'attribution au créancier de l'obligation du droit de résoudre le contrat* ».

565. – **Résolution unilatérale.** À l'objectif de sanction de l'inexécution s'ajoute pour Ch. Jamin<sup>123</sup> un objectif « *de sanctionner [le] comportement personnel [du débiteur]* ». La pratique s'est emparée des devoirs de comportement imposés par la jurisprudence<sup>124</sup> pour offrir au créancier victime le droit de rompre le contrat, même en l'absence de stipulation contractuelle, lorsque le comportement du débiteur est d'une gravité telle qu'elle rend le maintien du lien contractuel intolérable.

<sup>122</sup> Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Thèse 1993 p. 147 §202.

<sup>123</sup> Ch. Jamin, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995 p. 389.

<sup>124</sup> Cf. ci-dessus.

La clause résolutoire côtoie aujourd'hui le droit de résolution unilatérale pour comportement grave du débiteur. Ces prérogatives se cumulent avec le droit de résolution judiciaire.

566. – « **Nul ne peut se faire justice à soi-même** ». La reconnaissance de la validité de la clause résolutoire n'est pas allée de soi. Elle ôte aux juges du fond leur pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution. Le créancier est juge et partie de l'inexécution de son débiteur. La clause résolutoire octroie un droit de justice privée contraire à l'adage « *nul ne peut se faire justice à soi-même* »<sup>125</sup>. Les caractéristiques de la clause résolutoire qu'est l'octroi d'un droit discrétionnaire au créancier dont la mise en œuvre est automatique ne font que renforcer la suspicion que suscite ce mécanisme redoutable issu de la pratique.

L'admission de la validité de la clause résolutoire (§1) a consacré les caractéristiques d'un mécanisme redoutable pour le débiteur auteur de l'inexécution (§2).

## §1. L'admission de la validité de la clause résolutoire

567. – **Origine.** Le mécanisme de la clause résolutoire était déjà connu en droit romain. Parce qu'aucun principe général de résolution judiciaire pour inexécution n'était admis pour les contrats nommés, les parties stipulaient souvent une clause dite *lex commissoria* qui correspond à notre actuelle clause résolutoire. C'est sous l'Ancien Droit que le principe de résolution judiciaire pour inexécution fut admis. Au cours du 19<sup>ème</sup> siècle, la clause résolutoire était expliquée par la volonté des parties, exprimant une intention résolutoire<sup>126</sup>. La clause résolutoire a dès lors toujours fait partie du paysage juridique. La rédaction de l'article 1184 du Code civil n'a pas porté atteinte au principe de validité de la clause résolutoire. Il est venu créer un mécanisme concurrent. À quelques restrictions près (B), la clause résolutoire est pleinement valable (A).

### A. L'affirmation de la validité de principe de la clause résolutoire

568. – **Limitation de la validité des clauses résolutoires.** L'article 1184 du Code civil instaure le droit d'action de la résolution judiciaire, mais reste silencieux quant à la possibilité pour les parties de stipuler une clause résolutoire extrajudiciaire. Dans le silence du législateur, la jurisprudence a consacré la pratique de la clause résolutoire.

569. – **Validité jurisprudentielle.** Aucun principe général ne consacrant la validité de la clause résolutoire, la jurisprudence a dû se prononcer sur le caractère d'ordre public de l'article 1184 du Code civil.

Contrairement à l'avis de certains auteurs<sup>127</sup>, la Cour de cassation<sup>128</sup> a retenu assez tôt la validité de principe de ces clauses dérogeant à la résolution judiciaire.

<sup>125</sup> J. Béguin, *Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français*, Travaux Association H. Capitant, t. XVIII, 1966 p. 41.

<sup>126</sup> R. Saleilles, *La théorie générale de l'obligation*, 3<sup>ème</sup> éd. Broché n°182, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* t. 2 n°1309, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français* 2<sup>ème</sup> éd. Sirey t. 2 n°367.

<sup>127</sup> J.-P. Chazal, obs. sous CA 11 fév. 1999 et 4 mars 1999, *JCP G.* 99 II 10244.

<sup>128</sup> Cass. civ. 2 juill. 1860, *DP* 1860 1 p. 284 : « *qu'il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit, qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tien lieu de loi à ceux qui l'ont fait ; que les tribunaux ne peuvent la changer, et qu'il doivent se borner à vérifier si en fait, il y eu réellement inexécution du*

570. – **Analyse.** Ce choix jurisprudentiel résulte plus d'une nécessité pratique que d'une analyse juridique des dispositions du Code civil. Une remise en cause de la pratique de la clause résolutoire aurait été un véritable bouleversement difficilement justifiable au regard du principe de la liberté contractuelle.

Pourtant, la validité de la clause résolutoire ne va pas de soi en raison du caractère de sanction de ce motif de rupture. Le droit de résoudre le contrat est un véritable droit potestatif au bénéfice du créancier victime de l'inexécution. Cependant, le droit de saisir les juridictions *a posteriori* permet de rééquilibrer les prérogatives des parties.

Là encore, le lien entre résolution et responsabilité contractuelle est déterminant : la résolution sanctionne une inexécution qui engage la responsabilité du débiteur, mais la résolution abusive engage la responsabilité contractuelle du créancier.

La validité de la clause résolutoire semble donc devoir être admise, cette clause ne portant pas d'atteinte à des principes généraux du droit.

571. – **Cumul de moyens de sanction de l'inexécution.** La clause résolutoire ajoute un moyen de sanction au bénéfice du créancier victime de l'inexécution fautive de son débiteur. La clause résolutoire présente l'avantage de ne pas soustraire, mais d'ajouter aux remèdes de l'inexécution. Le fait de laisser subsister le droit de demander judiciairement la résolution préserve le rôle régulateur des juridictions au profit du débiteur. Ainsi celui-ci pourra contester la mise en œuvre de la clause résolutoire. Le créancier peut également avoir intérêt à saisir les juridictions s'il a un doute quant à la gravité de l'inexécution ou si l'inexécution finalement reprochée n'a pas été incluse dans les cas permettant l'application de la clause résolutoire.

572. – **Conclusion.** La clause résolutoire est un mécanisme de fin de contrat de droit commun. Le législateur est intervenu ponctuellement pour encadrer le recours à de telles stipulations.

## ***B. Les exceptions au principe de validité de la clause résolutoire***

573. – **Exclusions légales.** De façon sporadique, le législateur a exclu la stipulation de la clause résolutoire dans différents domaines du droit (1). Le droit de la consommation quant à lui fait preuve d'une véritable clémence envers la clause résolutoire qui échappe à la présomption de clause abusive (2).

### ***1. Des exceptions spécifiques variées***

574. – **Exclusion de la clause résolutoire.** Dans certains cas, le législateur est venu prohiber le recours à la stipulation de la clause résolutoire. Il en est ainsi en matière de libéralités<sup>129</sup>, de procédures collectives<sup>130</sup> ou encore en matière de procédure de surendettement des particuliers<sup>131</sup>. Il en

---

*contrat, dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties. ».*

<sup>129</sup> Art. 956 C. civ. : « *La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit. ».*

<sup>130</sup> Art. L. 622-13 I C. com. : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ».*

<sup>131</sup> Art. L. 331-3-1 al. 5 C. conso. : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de la décision déclarant la recevabilité de la demande. ».*

est de même en matière de bail rural à l'endroit du bailleur<sup>132</sup>. En matière de droit du travail<sup>133</sup>, la clause résolutoire est également prohibée à l'endroit de l'employeur.

575. – **Procédures collectives.** Malgré cette prohibition de principe, il n'est pas rare en pratique de voir stipuler dans les contrats entre professionnels une clause par laquelle l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de surendettement octroie le droit à l'autre partie de rompre le contrat. Les parties font ici fi de la notion d'inexécution fautive.

Ces clauses ne sont cependant pas valables, elles sont annulables sur le fondement de l'article L. 622-13 du Code de commerce. La rupture mise ainsi en œuvre sera considérée comme non-avenue, et le maintien forcé du contrat prononcé judiciairement, en général à la demande de l'administrateur judiciaire. En cas d'audit des contrats d'une société, il convient de signaler la présence de telle clause et de mettre en garde contre les risques de nullité quant à la mise en œuvre de telle clause. En dehors d'exclusions légales spécifiques, les clauses résolutoires sont en principe valables en droit commun. La question s'est posée de savoir s'il en était de même entre professionnel et consommateur. Étonnamment, le législateur n'a pas écarté l'utilisation de ces clauses.

## 2. Une exception générale : le droit de la consommation

576. – **Clauses abusives.** C'est sur le fondement de la prohibition des clauses abusives<sup>134</sup> que pourrait venir se heurter la validité de la clause résolutoire. Il n'en est rien, et ce depuis longtemps. La clause résolutoire n'est pas en elle-même abusive<sup>135</sup>.

Initialement, la Commission des clauses abusives avait considéré que la clause résolutoire pouvait être abusive en fonction de circonstances particulières<sup>136</sup>. Le pouvoir réglementaire<sup>137</sup> a confirmé cette analyse de la Commission des clauses abusives. Ainsi, la clause résolutoire n'est pas listée parmi les clauses présumées irréfragablement ou simplement abusives.

La clause qui est irréfragablement considérée comme abusive est la stipulation d'une clause restreignant le droit d'agir en résolution judiciaire par le consommateur en raison de l'inexécution du professionnel<sup>138</sup>. De même, est présumé simplement abusif le fait pour un professionnel de prévoir des conditions particulières de résolution qui lui sont plus favorables qu'au non professionnel<sup>139</sup>. Là encore, ce qui est sanctionné, ce n'est pas la clause résolutoire en tant que telle, mais la stipulation d'un déséquilibre en faveur du professionnel concernant la rupture du contrat.

<sup>132</sup> Art. L. 411-31 et L. 411-53 C. rur. et pêche maritime.

<sup>133</sup> Cass. soc. 11 mai 1988 n°86-42.012 Bull. n°283 ; Cass. soc. 14 juin 1989 n°85-42.972 Bull. n°441 ; Cass. soc. 27 mai 1992 n°89-41.704 Bull. n°342, *JCP E* 1992 II n°379 note J. Mouly.

<sup>134</sup> Art. L. 132-1 C. conso. : « *sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* ».

<sup>135</sup> CA Limoges 5 avril 2006, *D.* 2006 p. 1886.

<sup>136</sup> P. Peloux-Halbout, *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse 2003 p. 150 §207 : « *elle le devient lorsque ses modalités d'application et ses conditions sont imprécises ou draconiennes, mettant en réalité le professionnel en mesure de décider de la rupture du contrat sous prétexte de la plus légère infraction.* ».

<sup>137</sup> Décret n°2009-302 du 18 mars 2009.

<sup>138</sup> Art. R. 132-1 C. conso. : « *7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service.* ».

<sup>139</sup> Art. R. 132-2 C. conso. : « *8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel.* ».

De ces articles, il peut être déduit que la clause résolutoire n'est pas considérée comme une clause abusive en tant que telle. Elle échappe à la suspicion du droit de la consommation.

577. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat devra donc veiller à prévoir une clause résolutoire bilatérale au bénéfice du professionnel et du consommateur. De même, il devra prévoir des conditions de mise en œuvre similaires.

578. – **Pouvoir d'appréciation judiciaire.** Il convient de rappeler que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'équilibre contractuel et peut qualifier toute clause d'abusives en vertu des critères de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Il apprécie la clause par rapport à l'ensemble des stipulations contractuelles. Tout est une question d'équilibre. Le rédacteur de contrat devra effectuer un travail d'équilibriste en prenant garde de ne pas trop tendre le fil directeur du contrat en faveur du professionnel sous peine de voir bouleverser l'économie du contrat en cas de mise en œuvre de la clause résolutoire jugée abusive.

579. – **Conclusion.** La validité de la clause résolutoire a été pleinement consacrée que ce soit en matière de droit commun et même de droit de la consommation. Son recours n'est exclu par le législateur que de manière résiduelle. La clause résolutoire est un outil qui a pour caractéristiques son efficacité au profit du créancier insatisfait.

## §2. Les caractéristiques de la clause résolutoire

580. – **Mise en œuvre de la clause résolutoire par le créancier.** La clause résolutoire a ceci de particulier que sa mise en œuvre résulte de la décision discrétionnaire du créancier (A). La clause résolutoire ajoute à ses moyens de sanctions, sans lui amputer ses recours que ce soit en exécution forcée ou en action en résolution judiciaire. Si le créancier décide de mettre en œuvre la clause résolutoire, la sanction est alors automatique (B). Le débiteur verra s'éteindre le lien contractuel.

### A. Un droit à la discrétion du créancier

581. – **Option entre exécution forcée et résolution.** En cas d'inexécution fautive du débiteur, le créancier a toujours le choix entre d'une part, l'exécution forcée du contrat et les procédures afférentes et d'autre part, la résolution du contrat. Toutefois, les deux sanctions ne peuvent pas être cumulées en vertu des dispositions de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil<sup>140</sup>. Cette option existe tant que le contrat n'est pas résolu par le jeu de la clause résolutoire ou tant qu'une décision de justice ayant la force de la chose jugée n'a pas été rendue<sup>141</sup>. Les juridictions du fond<sup>142</sup> ne peuvent donc pas à la fois prononcer la résolution du contrat et à la fois condamner au paiement. La justi-

<sup>140</sup> Art. 1184 al. 2 C. civ. : « Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. ».

<sup>141</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 mars 2009 n°08-11.326 Bull. n°67 : « 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 ».

<sup>142</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 juill. 2005 n°04-15.808 Bull. n° 292, *JCP G* 2005 IV n°2.966.



fication de cette prohibition réside notamment dans le fait que la résolution fait naître un droit de restitution : or, on ne peut à la fois obtenir restitution et exécution forcée<sup>143</sup>.

582. – **Le choix du créancier.** La clause résolutoire se caractérise par le fait qu'elle produit ses effets par la seule volonté du créancier : dès lors qu'il y a une inexécution, celui-ci peut s'en prévaloir. Une fois mise en œuvre, le contrat est rompu. Le créancier n'est jamais obligé de se prévaloir de ladite clause.

583. – **Absence d'obligation de motivation.** Le choix du créancier est entièrement libre. Aucune obligation de motivation n'est mise à la charge du créancier qui décide de résoudre le contrat. L'action du débiteur ne peut porter que sur l'abus dans le cadre de la mise en œuvre de la clause résolutoire, mais non sur la décision du créancier en elle-même. Le juge a alors pour simple mission de vérifier les conditions formelles à savoir :

- la qualification de la clause en tant que clause résolutoire,
- le fait que l'inexécution reprochée soit couverte par ladite clause,
- le fait que l'inexécution soit effectivement constatée,
- le respect de la procédure de mise en œuvre de la clause résolutoire.

Ce contrôle ne porte aucunement sur la décision du créancier d'invoquer la clause résolutoire. À l'issue de ce contrôle formel, le juge ne pourra que constater la résolution du contrat.

584. – **Délai de grâce.** En vertu d'une jurisprudence constante, ceci a pour conséquence que les juges du fond ne peuvent pas accorder de délai de grâce. Puisque le juge est amené à intervenir après que la résolution eut joué, il ne peut pas paralyser la clause par l'octroi de délai : le contrat a déjà pris fin. La Cour de cassation<sup>144</sup> a ainsi affirmé que : « *la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, a pour effet de révoquer l'obligation ; si l'article 1244 du Code civil autorise le juge à accorder un délai au débiteur en retard, et si l'article 1184 du Code civil, contient une disposition semblable pour le cas d'inexécution du contrat pouvant entraîner sa résolution, il n'est cependant pas défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher à ce retard et à cette inexécution constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit.* »

Cette solution est sévère, mais doit être approuvée. Le débiteur ne peut obtenir de délai de grâce après que le contrat ait été rompu. Le créancier est libre d'opter pour la résolution alors même que l'exécution forcée du contrat est possible. Il est seul « juge ».

585. – **Conclusion.** Le pouvoir d'appréciation jurisprudentielle de la gravité de l'inexécution est ici écarté au profit du droit discrétionnaire du créancier. En outre, la clause résolutoire a pour caractéristique d'être d'une efficacité redoutable une fois qu'elle est invoquée, la sanction de la résolution étant automatique.

## ***B. Une sanction automatique à l'égard du débiteur***

586. – **Acquisition de la résolution.** La clause résolutoire se caractérise encore par le fait qu'une fois invoquée par le créancier, la résolution est acquise sans autres formalités que celles prévues par la clause résolutoire. La sanction est automatique. Ainsi, l'effet de la clause résolutoire est compa-

<sup>143</sup> J.-M. Do Carmo Silva, « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RLDC* 2007 n°35.

<sup>144</sup> Cass. civ. 2 juill. 1860, *DP* 1860-1284.

rable au terme extinctif : au-delà, le contrat est éteint. La clause déploie tous ses effets au terme contractuellement prévu sans autre acte du créancier. L'exécution du débiteur au-delà de ce terme est indifférente. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau<sup>145</sup> précisent que « *l'acceptation du paiement sans renonciation expresse au bénéfice de la clause résolutoire [...] ne (peut) pas être pris en compte une fois que la clause a joué.* »

Ainsi, ni les actes du débiteur ni même un éventuel changement d'avis du créancier ne peut ranimer le contrat une fois le délai expiré. L'extinction est automatique.

587. – **Conclusion.** La clause résolutoire est un instrument redoutable entre les mains du créancier. Cependant, son domaine est limité par les stipulations contractuelles. La reconnaissance d'un tel pouvoir de sanction du créancier était fondée sur l'accord de volontés formalisé par le lien contractuel. Le débiteur a consenti à la clause résolutoire, il a consenti à ce pouvoir de sanction désintermédié.

588. – **Résolution du fait du comportement du débiteur.** Plus récemment, a été reconnue une autre forme de résolution extrajudiciaire : le créancier peut résoudre le contrat pour inexécution du débiteur en dehors de toute stipulation contractuelle.

La clause résolutoire est parfois insuffisante. Il arrive dans certains cas que l'urgence d'une situation nécessite une réponse immédiate. D'autres fois, il arrive qu'un comportement soit tel qu'il rende le lien contractuel intolérable. L'admission de la validité de la résolution unilatérale est une initiative de la Cour de cassation dans l'arrêt Tocqueville<sup>146</sup> qui a élaboré un régime parallèle à ceux de la résolution judiciaire et de la clause résolutoire. Pour J. Mestre et B. Fages<sup>147</sup>, la Cour de cassation a « *franchi le Rubicon de l'article 1184, alinéa 3* ». Ce régime jurisprudentiel ne repose sur aucun fondement légal, il évolue au gré des aspirations de la Cour de cassation, laissant la pratique face à ses incertitudes. Le régime de la résolution unilatérale extrajudiciaire et extracontractuelle s'élabore au fil du contentieux. De nombreuses incertitudes demeurent. Ce mode d'extinction expose la responsabilité du créancier. Le rédacteur de contrat lui préférera la clause résolutoire dont l'avantage est d'être consentie.

<sup>145</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001 n°606.

<sup>146</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n°96-21.485 Bull. n°300 ; *D.* 1999. Somm. 115 obs. Delebecque ; *D.* 1999. 197 note C. Jamin ; *JCP* 1999. II. 10133 note N. Rzepecki ; *Defrénois* 1999. 374 note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999. 394 obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1999. 506 obs. J. Raynard ; *GAJC* t. 2 n°180 : « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou non.* ».

<sup>147</sup> J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.* 2004. 89.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 2

589. – **Évolution de la résolution.** Le droit de la résolution pour inexécution fautive est évolutif. D'un principe de droit d'action judiciaire, la résolution s'affirme aujourd'hui comme mécanisme essentiellement extrajudiciaire. Il peut être soit fondé sur le lien contractuel soit être décidé unilatéralement en dehors de toute prévision contractuelle.

La résolution pour inexécution fautive ne se comprend qu'au regard du droit de la responsabilité contractuelle. C'est un pouvoir de sanction du créancier. La notion d'inexécution fautive est déterminante.

Le recours à la clause résolutoire est devenu un mécanisme incontournable de la rédaction du contrat. De manière comparable à l'évolution de la responsabilité vers un droit de garantie<sup>148</sup>, la clause résolutoire s'affranchit de la modération judiciaire.

---

<sup>148</sup> C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999 p. 561.

## CHAPITRE 2 : LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE ROMPRE

### INTRODUCTION

« On s'était dit qu'on se quitterait bien. Mais il est infiniment rare qu'on se quitte bien, car si on était bien on ne se quitterait pas. »

Marcel Proust, *Albertine disparue*, 1925.

590. – **Généralisation de la pratique de la clause résolutoire.** La pratique s'est emparée du pouvoir de sanction judiciaire par la généralisation de la stipulation de la clause résolutoire. Ch. Paulin<sup>1</sup> définit les clauses résolutoires comme : « *une convention par laquelle les contractants sanctionnent l'inexécution par la résolution du contrat, en subordonnant à l'inexécution l'attribution au créancier de l'obligation du droit de résoudre le contrat* ».

La clause résolutoire est l'octroi d'un pouvoir de sanction au créancier confronté à l'inexécution fautive de son débiteur. C'est un des moyens de réponse du créancier, mais ce n'est pas le seul. Le créancier n'est jamais obligé d'invoquer la clause, il peut lui préférer l'exécution forcée, la résolution judiciaire ou la résolution unilatérale extrajudiciaire. La clause résolutoire se caractérise donc par deux actes de volonté : un premier bilatéral lors de la conclusion du contrat et un second unilatéral par la volonté du seul créancier lors de l'exécution du contrat.

591. – **Hostilité.** Si la clause résolutoire est devenue un élément contractuel incontournable obligeant les partenaires à anticiper le pire dès les premiers accords, celle-ci rencontre une forte hostilité de la part de la jurisprudence tant son efficacité est redoutée et redoutable. Automatique, froide, laissant le débiteur sans recours, le juge est délaissé au profit d'une justice privée<sup>2</sup>. Les juridictions retrouvent un rôle dans le pouvoir de contrôle de la mise en œuvre de la clause résolutoire. Leur intervention *a posteriori* n'en est pas moins efficace. Le créancier indélicat verra sa responsabilité engagée. La jurisprudence n'a de cesse de vouloir en minorer les effets. Tout l'enjeu est de limiter l'emprise judiciaire par la rédaction de la clause.

592. – **Enjeu de la rédaction.** La plus grande vigilance est à adopter en matière de clause résolutoire, et ce à deux moments :

- lors de la rédaction de la clause résolutoire : le rédacteur a la responsabilité de conseiller les parties et d'adapter la clause à la spécificité du lien contractuel ;
- lors de la mise en œuvre de la clause résolutoire : la personne à l'initiative de la rupture devra veiller à respecter scrupuleusement les stipulations contractuelles.

<sup>1</sup> Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Thèse 1993 p. 147 §202.

<sup>2</sup> J. Deprez, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français. Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVII 1964 p. 54

593. – **Plan.** La clause résolutoire se caractérise par une redoutable efficacité érodée par la jurisprudence (**Section 1**). Les effets de la clause résolutoire sont pour autant sans appel : le contrat s'éteint (**Section 2**).

## SECTION 1 : L'EFFICACITÉ DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE

(SECTION 2 : LES EFFETS DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE)

594. – **Efficacité.** La clause résolutoire se caractérise par son efficacité : la rupture est automatique dès lors que la clause est invoquée par le créancier. C'est un mécanisme comminatoire durant la période d'exécution du contrat<sup>3</sup> : quand elle n'est pas invoquée, cette clause a pour effet d'inciter le débiteur à bien s'exécuter s'il ne veut pas voir le lien contractuel disparaître. Ce mécanisme est également protecteur des intérêts du créancier<sup>4</sup> dès lors qu'elle est mise en œuvre, le débiteur n'ayant pas de seconde chance. Ainsi, le créancier n'a pas à subir la longueur d'une procédure judiciaire et ses incertitudes, il décide seul de la rupture et du moment de la rupture du contrat.

595. – **Recours au juge écarté ?** Mécanisme redoutable en raison de son efficacité, la clause résolutoire envahit cependant les prétoires. Le débiteur n'hésite pas à contester la mise en œuvre de la clause résolutoire et tente d'en paralyser les effets. Bien souvent, l'action judiciaire sera introduite par le créancier lui-même pour faire constater judiciairement l'acquisition de la clause résolutoire et faire condamner le débiteur au titre de la responsabilité contractuelle. Il obtient alors un titre exécutoire.

596. – **Jurisprudence.** La jurisprudence fait preuve d'une méfiance certaine à l'égard de ces clauses et tente le cas échéant d'en amoindrir les effets. Le régime de la clause résolutoire est encadré par la jurisprudence dans le silence du législateur. Elle exige que la clause résolutoire soit exempte de toute ambiguïté<sup>5</sup>. Le rédacteur de contrat a l'obligation d'adapter la rédaction de ses clauses pour en préserver l'efficacité.

597. – **Plan.** Pour prétendre jouer pleinement ses effets, la clause résolutoire nécessite une rédaction et une mise en œuvre rigoureuse, limitant pour le bénéficiaire de la clause le risque judiciaire (§1). Le jeu de la clause résolutoire fait alors preuve d'une efficacité difficilement tempérée (§2).

### §1. Le jeu de la clause résolutoire

598. – **Enjeu de négociations.** La clause résolutoire est devenue un enjeu essentiel dans les négociations contractuelles. Le débiteur cherchera à limiter les causes d'inexécution susceptibles d'ouvrir droit à la résolution tandis que le créancier cherchera à ce que la clause englobe la majorité des obli-

---

<sup>3</sup> J. Borricand, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RJD civ.* 1957 p. 432 n°9.

<sup>4</sup> Lamy, *Droit du contrat*, Étude 460 n°460-3.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 nov. 1994 n°92-13.669 Bull. n°317.

gations. Bien souvent, les contrats étant synallagmatiques, les parties s'accordent sur les obligations dont l'exécution leur est respectivement essentielle. Ainsi, les parties doivent-elles prendre garde à la portée de la clause stipulée dont la mise en œuvre est difficile à paralyser.

599. – **Contours de la clause résolutoire.** La clause résolutoire se caractérise essentiellement par le fait qu'elle ne peut pas être générale et absolue ; elle doit être précise et dépourvue d'ambiguïté. Le rédacteur de contrat a l'obligation d'en préciser les contours. La clause doit ainsi prévoir :

- les inexécutions des obligations susceptibles d'être sanctionnées au titre de la résolution ;
- les modalités de mise en œuvre de la clause ;
- le moment d'extinction du contrat.

Le rédacteur de contrat a l'obligation d'être précis quant à la portée de la clause résolutoire (A). Une fois les contours délimités, il convient d'en déterminer les modalités de mise en œuvre (B).

### ***A. La clause résolutoire, rien que la clause***

600. – **Un droit limité.** La clause résolutoire se distingue du droit d'agir en résolution judiciaire par le fait qu'elle est spécifique alors que la seconde est générale. Le droit d'agir en résolution judiciaire n'est pas limité : toute inexécution du débiteur permet de saisir les juridictions. La résolution sera ou non prononcée en fonction de la gravité de l'inexécution fautive, mais cette gravité n'est pas une condition du droit d'agir.

Bien que ces mécanismes reposent tous deux sur une inexécution fautive (2), la clause résolutoire se distingue de la résolution judiciaire. Sa spécificité tient notamment à ses conditions de mise en œuvre (1).

#### ***1. La spécificité de la clause résolutoire par rapport à la résolution judiciaire***

601. – **Rigueur.** Le rédacteur de contrat doit veiller à bien distinguer entre les stipulations : la clause résolutoire ne se confond pas avec la clause rappelant le droit à demander la résolution judiciaire. Il s'agit de deux modes d'extinction du contrat bien distincts (a). Par contre, la résolution judiciaire vient au secours de la clause résolutoire lorsque celle-ci n'est pas valable (b).

#### **a. Clause résolutoire ou rappel du droit de résolution judiciaire ?**

602. – **Qualification.** Les parties doivent être vigilantes à la rédaction de leur clause. En effet, la clause résolutoire côtoie la clause du droit d'agir en résolution judiciaire, les deux stipulations étant indépendantes l'une de l'autre.

Selon la Cour de cassation<sup>6</sup>, il appartient au juge de fond d'établir si la clause est un simple rappel de l'article 1184 du Code civil sur la résolution judiciaire ou s'il s'agit bien d'une clause résolutoire qui exclut l'intervention du juge. C'est une interprétation souveraine des juges du fond. Ainsi, la Cour de cassation<sup>7</sup> a précisé : « *si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement* ».

Le critère de distinction utilisé entre ses clause est l'existence ou l'exclusion du pouvoir d'appréciation du juge. P. Ancel<sup>8</sup> considère que la clause résolutoire a pour « *fonction première [non] de dire*

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 mai 1993 n°90-19959 Bull. n°182, *D.* 1994 n° 34 p. 483 obs. Ch. Paulin.

<sup>7</sup> Rapp. C. cass. pour l'année 1988, *DF* 1988, p. 194.

<sup>8</sup> P. Ancel, « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *Colloque CERCRE*,



*aux parties ce qu'elles peuvent faire ou ce qu'elles doivent faire, mais de dire au juge à quelles conditions il peut intervenir et de quels pouvoirs il dispose pour trancher la contestation ».*

La formulation suivante permet de garantir la qualification de clause résolutoire : « *la résolution interviendra de plein droit* » ou le contrat sera « *purement et simplement* » résolu<sup>9</sup>. Ch. Paulin<sup>10</sup> précise qu'« *il appartient toujours au juge de déterminer si une clause résolutoire est ou non stipulée, de sorte que, hormis les cas où la clause est claire et précise, le créancier n'est pas assuré de la résolution* ».

En présence d'un doute, les juridictions écarteront la clause résolutoire. Une telle solution est justifiée au regard de l'enjeu de la clause résolutoire qui confère un véritable pouvoir discrétionnaire de sanction au créancier. Celui-ci ne saurait être présumé.

603. – **Rédaction.** Le rédacteur de la clause doit donc veiller à la clarté de la qualification du droit de mettre fin au contrat. La formulation selon laquelle le contrat sera résolu en cas d'inexécution a été considérée comme un simple rappel de l'article 1184 du Code civil<sup>11</sup>. Il doit ressortir de la rédaction le fait que la résolution est une sanction automatique qui joue par la seule volonté du créancier sans appréciation des juges. Il est conseillé d'utiliser la tournure « *de plein droit* ».

#### ■ Exemple :

*« La partie qui constate le non-respect des obligations précitées pourra résilier de plein droit le contrat. La résiliation prendra effet automatiquement. »*

604. – **Conseils de rédaction.** La tournure : « *L'inexécution ouvre droit à la résolution* » est considérée comme un simple rappel de l'article 1184 du Code civil. Sont à éviter les tournures suivantes « *Le créancier demandera la résolution* », « *Le créancier fera prononcer la résolution* ».

La résolution judiciaire devenant un mode d'extinction du contrat subsidiaire, elle vient au secours d'une clause résolutoire jugée nulle.

### b. La nullité de la clause résolutoire : le recours à la résolution judiciaire

605. – **Résurgence de la résolution judiciaire.** Bien que la validité de la clause résolutoire soit largement admise, il arrive que celle-ci soit déclarée nulle par les juridictions<sup>12</sup>. Le débiteur échappe ainsi au pouvoir de sanction du créancier. Il n'échappe pas pour autant à toute sanction.

Lorsque la clause résolutoire est déclarée nulle, le créancier peut demander à bénéficier de la résolution judiciaire sur le fondement des inexécutions reprochées au débiteur<sup>13</sup>. La mise en œuvre de la clause résolutoire n'épuise pas le pouvoir de sanction à l'égard du débiteur. Les juges du fond retrouvent alors leur pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution reprochée pour décider de la résolution du contrat.

---

éd. Economica 2001 p. 6.

<sup>9</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 mars 1973 n°72-10.122 Bull. n°207.

<sup>10</sup> Ch. Paulin, « Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994 p. 483.

<sup>11</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 8 juin 2000 n°98-18.715.

<sup>12</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 «L'admission de la validité de la clause résolutoire», p. 194.

<sup>13</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 avril 1985 n°83-14.916 Bull. n°70 : « *L'insertion dans le bail d'une clause prévoyant la résiliation de plein droit à défaut de paiement du loyer aux échéances convenues ne prive pas le bailleur du droit de demander la résiliation judiciaire pour ce même manquement* » ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 26 nov. 1991 n°91-10.492 Bull. n°286 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 juin 2006 n°05-14.356 Bull. n°143.

606. – **Procédure.** Dans le cadre de tel contentieux, la demande principale du créancier sera de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire. À titre subsidiaire, le créancier demandera le prononcé de la résolution judiciaire. La résolution unilatérale peut également être envisagée par le créancier à ses risques et périls<sup>14</sup>.

Il convient bien de noter qu'une partie qui ne souhaite plus être engagée par des liens contractuels cherchera par tous moyens à briser le contrat. Le refus de la résolution par le juge est un foyer de contentieux à venir, le maintien artificiel du lien contractuel étant nécessairement temporaire.

La clause résolutoire cohabite donc avec le droit d'agir en résolution judiciaire de façon assez harmonieuse, à charge pour le rédacteur de contrat et le plaideur d'en tirer partie. La clause résolutoire, à la différence de la résolution judiciaire, ne porte pas sur toute inexécution, mais sur les inexécutions fautives des obligations mentionnées par ladite clause.

## ***2. Les inexécutions ouvrant droit au jeu de la clause résolutoire***

607. – **Obligation de précision.** La jurisprudence impose aux parties de préciser les obligations dont l'inexécution ouvre le droit de mettre en œuvre la clause résolutoire (a). Confronté à une interprétation restrictive des tribunaux, le rédacteur de contrat devra veiller à établir le périmètre de la clause résolutoire (b).

### **a. Quelles obligations inexécutées pour la clause résolutoire ?**

608. – La clause résolutoire sanctionne une inexécution fautive des obligations du débiteur. Deux questions se posent : quelles obligations ? Quelles inexécutions ?

609. – **Obligations.** La clause résolutoire doit préciser quelles sont les obligations incluses dans le périmètre de la clause résolutoire. N'importe quelle obligation contractuelle peut être mentionnée par la clause, sans considération de son importance<sup>15</sup> ou de son caractère essentiel ou accessoire.

Toutes les obligations mentionnées seront incluses, mais seulement les obligations mentionnées. Toutes celles qui n'ont pas été précisées par la clause n'ouvrent pas droit au jeu de la résolution extrajudiciaire contractuelle. Leur inexécution n'est pas dépourvue de sanction, mais le créancier ne pourra pas s'appuyer sur la stipulation contractuelle qu'est la clause résolutoire. Il aura comme recours soit le droit d'action en résolution judiciaire<sup>16</sup> soit la résolution unilatérale pour comportement grave du débiteur à ses risques et périls.

610. – **Inexécutions.** La clause résolutoire s'applique en cas d'inexécution du débiteur. Le rédacteur de contrat doit préciser les inexécutions concernées<sup>17</sup>. Est-ce toute inexécution, et ce incluant l'absence d'exécution, la mauvaise exécution et le retard d'exécution ? Ou n'est-ce que les inexécutions totales ? Le choix revient aux parties.

611. – **Rédaction.** Il appartient donc au rédacteur du contrat de préciser à la fois les obligations concernées et à la fois l'inexécution sanctionnée.

---

<sup>14</sup> Cass. com. 4 fév. 2004 n°99-21.480, *JCP G* 2004 I n°149 obs. J. Rochfeld, *RTD civ.* 2004, p. 731 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>15</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 oct. 1999 n°97-22.611.

<sup>16</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mai 2000 n°98-18.049 Bull. n°110.

<sup>17</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mai 2000 n°98-18.049 Bull. n°110.

### ■ Exemple :

« En cas d'inexécution totale ou partielle, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution, par l'une ou l'autre des parties, d'une ou de plusieurs obligations citées ci-après lui incombant en vertu du contrat, la convention sera résiliée de plein droit ».

Le manque de précision est durement sanctionné par la jurisprudence qui opère une interprétation restrictive de la clause résolutoire.

### b. Interprétation restrictive de la clause résolutoire

612.– **Interprétation restrictive.** Les juridictions opèrent une interprétation restrictive de la clause résolutoire<sup>18</sup> sur le fondement de l'article 1162 du Code civil<sup>19</sup>. Le législateur a ainsi prévu que les dispositions contractuelles s'interprètent en faveur du débiteur. La jurisprudence use, voire abuse de cette disposition au détriment de la clause résolutoire. En 1990<sup>20</sup>, la Cour de cassation a ainsi énoncé : « après avoir exactement rappelé que la clause résolutoire doit s'interpréter strictement et relevé que le commandement visait un rappel des sommes dues après fixation du prix du bail renouvelé, que la clause résolutoire visant le défaut de paiement des loyers ne pouvait s'entendre d'un rappel dû à la suite d'une décision judiciaire ». Cet arrêt considère ainsi qu'un rappel de loyer n'entraîne pas dans les prévisions contractuelles qui mentionnaient seulement les loyers.

Ce n'est pas une interprétation stricte qui est opérée ici, mais bien une interprétation restrictive. Une telle décision porte nécessairement atteinte à la portée de la clause résolutoire en soustrayant aux prévisions des parties. Il n'est pas cherché à interpréter la commune intention des parties lors de la conclusion de la clause résolutoire. Les juges s'en tiennent à la lettre du texte.

613.– **Critique.** Cette jurisprudence est regrettable. Pour J.-L. Aubert<sup>21</sup>, l'arrêt de 1990 est une « nouvelle escarmouche contre la clause résolutoire, nouvel accroc infligé à la sécurité juridique contractuelle. » Elle retranche au domaine de la clause résolutoire au profit de la restauration du pouvoir judiciaire d'appréciation de la gravité de l'inexécution, le créancier devant se résoudre à demander le bénéfice de la résolution judiciaire.

614.– **Rédaction.** La clause doit donc être rédigée le plus précisément possible, car ne donneront naissance au droit de résoudre le contrat que les inexécutions des obligations énumérées expressément par celle-ci. À défaut d'une telle vigilance, le créancier risque de découvrir qu'il n'avait pas de droit de résoudre le contrat malgré la stipulation et verra sa responsabilité engagée.

Des formulations générales présentent le risque de voir la clause requalifiée en un simple rappel de l'article 1184 du Code civil<sup>22</sup>. Elles sont donc à éviter.

615.– Outre les conditions de l'invocation de la clause résolutoire, le rédacteur de contrat doit encore préciser les modalités de mise en œuvre.

<sup>18</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 déc. 1966 Bull. n°547.

<sup>19</sup> Art. 1162 C. civ. : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. ».

<sup>20</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 juill. 1990 n°88-19994, *D.* 1991 Som. 327.

<sup>21</sup> J.-L. Aubert, « Interprétation stricte des clauses résolutoires », *D.* 1991 Som. p. 327.

<sup>22</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 oct. 1999 n°97-22.611.

## **B. La mise en œuvre de la clause résolutoire**

616. – **Obligation du bénéficiaire de la clause résolutoire.** La mise en œuvre de la clause résolutoire est en principe automatique. Pourtant, elle n'est pas dépourvue de formalités. Ainsi, il convient de s'intéresser à l'opportunité — à l'obligation ? — de stipuler la formalité préalable de mise en demeure (1). De même, si le principe est que le créancier n'a pas d'obligation de motivation, les tribunaux ne sont pas indifférents aux motivations, n'hésitant pas à s'immiscer dans les rapports contractuels (2).

### **1. La mise en demeure préalable à la résolution du contrat**

617. – **Obligation jurisprudentielle.** La jurisprudence a consacré le principe de la mise en demeure préalable au jeu extinctif de la clause résolutoire. Ainsi, sauf stipulation contraire, une mise en demeure préalable est requise<sup>23</sup> (a). Les parties peuvent déroger à une telle obligation (b). Le rédacteur de contrat devra veiller à prévoir les conditions de forme du jeu de la clause résolutoire pour éviter toute contestation ultérieure.

#### **a. L'obligation de mise en demeure préalable**

618. – **Condition préalable.** Bien que non prévue par la loi, la mise en demeure apparaît comme une condition préalable à la mise en œuvre de la clause résolutoire<sup>24</sup>. La mise en demeure est soumise à un formalisme assez précis. F. Osman<sup>25</sup> fait remarquer que « *le formalisme qui entoure la mise en demeure et en conditionne l'efficacité [...] est, sans aucun doute, une invention prétorienne.* » Les fondements<sup>26</sup> pourraient être la lecture cumulée de l'article 1139 du Code civil<sup>27</sup> et de l'article 1146 du Code civil<sup>28</sup>. Le premier texte précise que l'arrivée du terme ne constitue pas une mise en demeure ; le second texte précise qu'une mise en demeure est nécessaire pour faire courir les intérêts. Comme le précisent certains auteurs, l'article 1146 du Code civil ne concerne pas la clause résolutoire, mais bien la responsabilité contractuelle<sup>29</sup>. Ainsi, en l'absence de stipulation particulière, le créancier ne peut pas mettre en œuvre directement la clause résolutoire<sup>30</sup> sans commettre un

<sup>23</sup> D. Allix, « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP G* 1977 I 2844.

<sup>24</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 juin 1977 n°76-11.024 Bull. n°293 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 fév. 2004 n°01-20.020, *CCC* 2004 Comm. 55 obs. L. Leveneur.

<sup>25</sup> F. Osman, « La clause résolutoire », *Deffrénois* 1993 p. 73.

<sup>26</sup> M. Storck, *Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires*, JCL Civil Code Art. 1184 Fasc. 20 n°10.

<sup>27</sup> Art. 1139 C. civ. : « *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* ».

<sup>28</sup> Art. 1146 C. civ. : « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.* ».

<sup>29</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations* par Esmein, n° 436 ; R.-T. Troplong, *Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, Paris 1846, *De la vente*, t. II, n° 666 et 667.

<sup>30</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 fév. 2004 n°01-02.020 Bull. n°27 ; *CCC* 2004 n° 55 note L. Leveneur.

abus de droit<sup>31</sup>, sauf au créancier de prouver que la dispense de mise en demeure résulte tacitement du contrat<sup>32</sup>.

619. – **Explications.** Cette jurisprudence témoigne de l’hostilité envers la clause résolutoire. Les juges tentent d’en atténuer la rigueur et l’automatisme. Ainsi, il est considéré que le créancier manquerait à une obligation minimum de bonne foi envers le débiteur en l’absence de mise en demeure préalable<sup>33</sup>. La mise en demeure permet d’octroyer un délai de grâce au débiteur qui a pour but de lui permettre de s’exécuter et de l’avertir de la sanction qui pèse sur lui en cas d’inexécution persistante. Elle se présente comme une dernière tentative pour sauver le contrat. C’est une dernière chance qui est accordée au débiteur. À ce stade, la clause résolutoire agit comme un simple instrument comminatoire. C’est une « épée de Damoclès » pour le débiteur fautif. Il est informé des sanctions qu’il encourt s’il persiste à inexécuter ses obligations<sup>34</sup>.

Pour le créancier, cette mise en demeure préalable agit comme preuve de sa bonne foi dans la mise en œuvre de son pouvoir de sanction. Elle permet de préserver sa responsabilité contre un éventuel abus de droit.

620. – **Analyse.** Selon Y. Picod<sup>35</sup> « *la sommation préalable [est] le seul rempart contre l’automatisme de la clause résolutoire.* » Une telle jurisprudence est fondée sur la justice contractuelle en tentant d’amoindrir le pouvoir de sanction du créancier. Pour autant, il est regrettable qu’aucun fondement légal ne vienne réglementer une telle obligation dans le silence des parties. Ainsi, la Cour de cassation n’hésite pas à organiser le régime de la clause résolutoire dans l’indifférence du législateur.

Malgré ces inconvénients, la mise en demeure préalable a pour avantage de permettre éventuellement au débiteur de justifier du caractère non fautif de l’inexécution pouvant résulter d’un cas de force majeure ou de l’exception d’inexécution. Le créancier pourra alors ajuster sa réaction et éviter d’engager sa responsabilité contractuelle.

Dans certains cas, les parties, et même la jurisprudence, écartent l’obligation de respecter une mise en demeure préalable.

## b. Dispense de mise en demeure préalable

621. – **Dispense contractuelle de mise en demeure.** Depuis les années 70-80, il a été admis par la jurisprudence<sup>36</sup> que les parties puissent prévoir que la clause résolutoire serait efficace sans mise en demeure préalable du débiteur. Cette dispense de mise en demeure doit être expressément stipulée au sein de la clause résolutoire<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> La clause résolutoire mise en œuvre sans le respect d’une mise en demeure n’est pas inefficace, mais engage la responsabilité de l’auteur de la rupture.

<sup>32</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 juin 1977 n°76-11.024 Bull. n°293.

<sup>33</sup> CA Paris 8 juin 1994 Société Moulinex, *RDC* avril 2004.392 M. Behar Touchais.

<sup>34</sup> X. Lagarde, « Remarques sur l’actualité de la mise en demeure », *JCP G* 1996 I 3974.

<sup>35</sup> Y. Picod, « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP* 1990 D. 3447 § 4.

<sup>36</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 juin 1977 n°76-11024 Bull. n°293.

<sup>37</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 fév. 2004 n°01-02.020 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 2010 n°09-12.321.

622. – **Dispense judiciaire de mise en demeure.** Dans le silence de la clause, la jurisprudence a admis une dispense de mise en demeure préalable lorsque la nature de l'obligation y était contraire<sup>38</sup>. Il en a été ainsi décidé concernant le retard d'exécution<sup>39</sup>, ou une obligation de ne pas faire<sup>40</sup>.

623. – **Pratique.** Il n'est pas rare dans la pratique de prévoir une procédure de mise en demeure préalable à la résolution. Le rédacteur de contrat devra être attentif pour que cette procédure soit applicable en tant que de besoin aux obligations de ne pas faire et aux obligations à terme défini dont le délai d'exécution est un élément essentiel de la bonne exécution des conventions. Les obligations de ne pas faire peuvent être notamment une obligation de non-révélation. Les obligations à terme défini sont souvent les obligations de livraison.

#### ■ Exemple :

*« La partie qui constate le non-respect de l'obligation de non-révélation pourra résilier de plein droit l'accord par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être demandés du fait de l'inexécution de la ou les obligations considérées. Il est expressément prévu une dispense de mise en demeure. La résiliation prendra effet automatiquement huit jours après la première présentation par les services postaux de la lettre à la partie fautive. »*

Le rédacteur a un réel intérêt à distinguer selon la nature des obligations inexécutées afin de moduler la mise en œuvre de la clause résolutoire.

### c. Rédaction de la clause résolutoire et mentions de la mise en demeure

624. – **Mentions obligatoires.** Lorsque les parties conviennent de mettre en place une procédure de mise en œuvre de la clause résolutoire, certaines mentions obligatoires doivent être respectées. La mise en demeure doit préciser :

- l'obligation inexécutée par le débiteur,
- le fait que le débiteur dispose d'un délai supplémentaire pour s'exécuter et qu'en cas d'inexécution persistante, le créancier mettra en œuvre la clause résolutoire<sup>41</sup>.

En principe, il convient d'indiquer précisément le délai imparti au débiteur au sein de la clause. En l'absence de précision contractuelle, il revient au créancier, dans le cadre de la mise en demeure, de l'y faire figurer, la jurisprudence<sup>42</sup> admettant que ce soit le créancier qui fixe ledit délai. Cependant, il ne s'agit pas d'une appréciation discrétionnaire du créancier : si un délai est prévu contractuellement, il doit être suffisant de peur de voir la mise en œuvre de la clause résolutoire déclarée abusive par le juge.

625. – **Formalisme.** La forme de la mise en demeure peut être une lettre recommandée avec accusé de réception, une signification par voie d'huissier, selon les dispositions des parties, étant précisé que la loi est silencieuse sur le formalisme.

<sup>38</sup> W. Dross, Clausier, Litec, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, p. 659.

<sup>39</sup> Cass. req. 28 fév. 1938, *Gaz. Pal.* 1938 1 p. 871 ; Cass. soc. 23 fév. 1956 Bull. n°187.

<sup>40</sup> J. Borricand, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD civ.* 1957 n°18 *in fine*, p. 447 ; Cass. com. 25 oct. 1968, *JCP G* 1969 II 16062 obs. Prieur, *AJPI* 1969 p. 624 obs. J. Viatte ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 mars 1969 Bull. n°206.

<sup>41</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 16 nov. 1971 n°70-11407 Bull. n°556 : « La mise en demeure visant la clause résolutoire d'un bail doit préciser la nature des infractions alléguées. Elle ne peut se borner à énoncer que le preneur n'a pas rempli ses obligations ».

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 mars 1962 n°60-10.521 Bull. n°187.



Il convient encore de veiller à ne pas prévoir une procédure de mise en œuvre de la clause résolutoire trop rigoureuse de peur de paralyser l'automaticité de la clause et donc de limiter l'efficacité d'une telle stipulation.

#### ■ Exemple de formulation sans mise en demeure :

« Le contrat sera résolu de plein droit, sans qu'il soit besoin de ne remplir aucune formalité judiciaire ou procéder à une mise en demeure en cas de non-paiement du prix à échéance ou de non-exécution, par le débiteur, d'une seule des conditions générales ou particulières du contrat, et sans que des offres de payer ou d'exécuter ultérieures, le paiement ou l'exécution après le délai imparti, puissent enlever au créancier le droit d'invoquer la résolution intervenue. »<sup>43</sup>

#### ■ Exemple de formulation avec mise en demeure préalable :

« En cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution, par l'une ou l'autre des parties, d'une ou de plusieurs obligations ci-après listées, la partie créancière de l'obligation inexécutée adressera à la partie débitrice une lettre recommandée avec accusé de réception de mise en demeure d'exécuter l'obligation lui incombant. Si, dans un délai de trente jours suivant la première présentation par les services postaux de la lettre de mise en demeure, la ou les obligations n'ont pas été exécutées correctement, l'accord sera résilié de plein droit. »

Il ressort de ces considérations que le créancier n'a pas d'obligation de motivation. Le pouvoir de sanction est justifié du seul fait de l'inexécution fautive. Il a l'opportunité du choix des sanctions.

## 2. Relativité du principe de l'absence de motivation du créancier

626. – **Principe.** Une des caractéristiques de la clause résolutoire est le droit discrétionnaire pour le créancier de décider de la mise en œuvre de la clause résolutoire. Il en résulte que le créancier n'a pas de motivation à fournir au débiteur autre que l'inexécution reprochée.

627. – **Contrôle des motifs.** Cependant, certaines juridictions du fond opèrent un contrôle des motifs de la résolution pour vérifier que la clause n'a pas été mise en œuvre de façon abusive. Il en a été ainsi en matière de contrat de concession. Le juge opère un contrôle objectif de proportionnalité entre l'intérêt du créancier et le préjudice subi par le débiteur défaillant au travers de la notion de bonne foi. Ainsi la Cour de cassation<sup>44</sup> a-t-elle imposé « l'obligation pour un concédant de recueillir les explications de son concessionnaire avant de résilier le contrat et de respecter un préavis d'une durée conforme aux usages de la profession ». Cette décision se fonde sur l'obligation de bonne foi du concédant. Le concédant devait ici se comporter comme un employeur : cette obligation est comparable à un « entretien préalable de licenciement »<sup>45</sup>. La responsabilité de l'auteur de la rupture a ici été retenue.

628. – **Critique.** Une telle solution a pour inconvénient de fragiliser l'efficacité des clauses résolutoires dans les rapports entre professionnels. Pour P. Peloux-Halbout<sup>46</sup>, « le droit de résolution est

<sup>43</sup> B. Teyssié, « Les clauses de résiliation et de résolution », *Cah. dr. entr.* 1980 p. 13.

<sup>44</sup> Cass. com 8 oct. 2003 n°01-10.326 Société Opel France contre Société Sadra.

<sup>45</sup> M. Behar-Touchais et F.-X. Lucas, « Rupture du contrat de distribution et entretien préalable avec son concessionnaire », *RDC* avril 2004 p. 392.

<sup>46</sup> P. Peloux-Halbout-, *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse 1997 éd. 2003 p. 213 § 280.

*donc un droit contrôlé, par opposition aux droits discrétionnaires.* » Le créancier doit donc prendre les plus grandes précautions dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de peur de voir son droit contrôlé.

Une telle décision remet en cause l'absence d'obligation de motivation du droit de résolution de plein droit. Or, en principe « *tout comme un contractant n'a pas à justifier de son désir de conclure, il n'a pas à fonder sa volonté de se délier* »<sup>47</sup>. Un formalisme est imposé au créancier pour permettre d'éviter une rupture brutale. Il appartient au juge de contrôler l'abus dans les conditions de la rupture et non dans le principe même de la rupture.

Heureusement, la Cour de cassation<sup>48</sup> refuse de revenir sur son refus d'exiger des motifs légitimes dans la mise en œuvre de la clause. Le créancier n'a toujours pas d'obligation de motivation, mais la prudence reste de rigueur au regard des décisions des juges du fond.

629. – **Conclusion.** La clause résolutoire prévoit une sanction de l'inexécution fautive efficace. Cette efficacité est affaiblie par l'appréciation jurisprudentielle de ses conditions et de ses modalités de mise en œuvre. S'ajoute la possibilité d'en paralyser les effets. Cela ne fait que renforcer le scepticisme entourant ce « pouvoir » de rupture.

## §2. L'efficacité de la clause résolutoire

630. – **Une efficacité retrouvée.** La clause résolutoire suscite depuis longtemps une défiance de la part de la jurisprudence qui cherche à limiter l'efficacité des effets de la clause résolutoire. Le législateur s'en remet aux magistrats pour élaborer le régime de droit commun, se contentant d'incursion par le biais de régimes spéciaux.

Le droit commun élaboré par la jurisprudence ne fait que porter des escarmouches à l'efficacité de la clause résolutoire (A). À la différence, les régimes légaux dérogoires n'hésitent pas à neutraliser ce mécanisme contractuel (B).

### *A. Le droit commun : la tentative de paralysie de la clause résolutoire*

631. – **Comment paralyser la clause résolutoire ?** La clause résolutoire est une clause qui opère un « *déplacement dans le temps* » de l'intervention du juge selon l'expression de P. Ancel<sup>49</sup>. Le juge est amené à contrôler la résolution a posteriori et non plus a priori, ce qui signifie que le contrôle a lieu après que la clause résolutoire n'eût été invoquée. Les juridictions contrôlent la mise en œuvre de la clause résolutoire, mais non l'opportunité de la sanction pas plus que la gravité de l'inexécution. Le débiteur peut tenter de paralyser le jeu de la clause résolutoire en saisissant les juges. Il dispose de deux moyens d'action : la mauvaise foi du créancier d'une part et le caractère non fautif de l'inexécution reprochée, d'autre part. En effet, si l'inexécution est justifiée — notamment par une exception d'inexécution ou un cas de force majeure —, celle-ci n'ouvre pas droit à l'exercice de la clause résolutoire. Selon J. Mestre<sup>50</sup>, « *La clause résolutoire de plein droit est une sorte de pénalité privée*

<sup>47</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJD civ.* 2005 p. 227.

<sup>48</sup> Cass. com. 9 juin 1992, *CCC* 1992 comm. 223.

<sup>49</sup> P. Ancel, « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *Colloque CERCRE*, éd. Economica 2001 p. 6.

<sup>50</sup> J. Mestre, *RJD civ.* 1987 p. 316-317.

dont l'aspect fortement sanctionnateur ne saurait s'accorder qu'avec un comportement répréhensible du débiteur. » Dans ces deux situations, la charge de la preuve incombe au débiteur<sup>51</sup>.

Les magistrats ne se sont pas montrés très enclins à admettre les effets de la clause résolutoire. Un temps, la jurisprudence a tenté de détourner la notion de bonne foi pour paralyser le jeu de la clause résolutoire (1). À la suite de cette parenthèse judiciaire, le débat s'est porté sur la faculté des magistrats de prononcer le maintien forcé du contrat en présence d'une clause résolutoire (2).

### 1. La bonne foi, cause de paralysie de la clause résolutoire ?

632. – **Bonne foi du débiteur.** Si aujourd'hui la situation juridique est apaisée, la clause résolutoire a été confrontée à une jurisprudence résolument hostile ayant détourné la notion de bonne foi au profit du débiteur afin de rétablir le pouvoir de contrôle qui lui a été ravi (a). Même si cette jurisprudence n'a pas perduré (b), force est de constater que devant les juridictions du fond, la bonne foi du débiteur continue d'influencer les décisions rendues ce qui oblige le créancier à présenter la plus grande vigilance pour préserver l'efficacité dudit mécanisme. Il doit prendre garde à sa mauvaise foi (c).

#### a. La notion de bonne foi détournée

633. – **Inexécution de bonne foi.** La clause résolutoire excluant l'appréciation des juges du fond, ceux-ci ont utilisé la notion de bonne foi pour réintroduire une forme de contrôle. J. Carbonnier<sup>52</sup> explique qu'« à travers des interprétations édulcorantes [les tribunaux essayent] de garder un certain contrôle de la résolution ».

Pendant un certain temps la jurisprudence<sup>53</sup> a parlé d'inexécution de bonne foi de la part du débiteur. Par le biais de la bonne foi du débiteur, les juges s'arrogeaient le droit de paralyser la clause résolutoire. C'est l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>54</sup> qui a admis la première que la bonne foi du débiteur puisse paralyser la clause résolutoire.

P. Peloux-Halbout<sup>55</sup> s'est alors demandé « si la jurisprudence ne désire pas substituer la notion de "débiteur de bonne foi" à celle de "créancier de mauvaise foi" ». D'autres arrêts<sup>56</sup> ont par la suite invité les juges du fond à apprécier la bonne foi du débiteur. Cette nouvelle notion de bonne foi du débiteur a interpellé la doctrine qui s'est interrogée comme M. Santa-Croce<sup>57</sup> : « la bonne foi comme la loyauté seraient une cause d'absolution du débiteur, tenant en échec les effets de la clause résolutoire. » Certains solidaristes comme D. Mazeaud ont été heureux de cette approche voyant dans celle-ci le moyen d'imposer une obligation de collaboration pour le créancier qui souhaite sortir du contrat.

<sup>51</sup> Sur les trois caractères de la force majeure, on considère que c'est l'irrésistibilité qui est une condition et que l'extériorité et l'imprévisibilité ne sont que des indices. Il n'y a pas d'unanimité entre les chambres de la Cour de cassation.

<sup>52</sup> J. Carbonnier, *RTD civ.* 1958 p. 419.

<sup>53</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 juill. 1986 n°85-17784.

<sup>54</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 juill. 1986 n°85-17784, *RTD civ.* 1988 122 : « s'il n'y avait pas eu, eu égard aux circonstances de la cause, exécution de bonne foi par les débirentiers de leurs obligations de nature à faire obstacle au jeu de la clause résolutoire ».

<sup>55</sup> P. Peloux-Halbout, *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse 1997 éd. 2003 p. 274 § 353.

<sup>56</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 juill. 1989, Bull. n°223 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 avril 1988 n°87-10516, *JCP* 1988 E I 17496.

<sup>57</sup> M. Santa-Croce, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 janv. 1991, *D.* 1992 p. 133.

La portée de ces arrêts était cependant incertaine. Ils portaient sur des contrats entre particuliers (baux et vente immobilière principalement). Cependant, leur généralité laissait à penser qu'il s'agissait d'une nouvelle condition de mise en œuvre de la clause résolutoire. Rien ne semblait s'opposer à l'extension de cette jurisprudence dans les rapports entre professionnels. D'ailleurs, les auteurs de la doctrine favorables à cette jurisprudence<sup>58</sup> soutenaient qu'il fallait autant protéger le consommateur ou le non professionnel que le professionnel en situation de faiblesse.

634. – **Critique.** Cette position jurisprudentielle portait atteinte à plusieurs concepts juridiques. La bonne foi du débiteur ayant inexécuté ses obligations n'est pas absolue sauf en cas de force majeure, « *la responsabilité contractuelle existe même en cas de bonne foi.* »<sup>59</sup> La Cour de cassation s'est montrée protectrice envers des débiteurs en situation de faiblesse. Il est certes plus facile de prouver la bonne foi du débiteur que la mauvaise foi du créancier. L'article 1134 alinéa 3 du Code civil ne peut être interprété comme permettant à un débiteur de s'inexécuter de bonne foi<sup>60</sup>.

Faut-il voir un lien entre bonne foi du débiteur et mauvaise foi du créancier ? Rien ne semble permettre de déduire de l'un le comportement de l'autre. Pour Y. Picod<sup>61</sup>, « *il paraît [...] préférable de renforcer le contrôle a posteriori de la bonne foi du créancier plutôt que de permettre au juge de protéger trop largement les débiteurs de bonne foi. [...] Pour pouvoir écarter le juge des conséquences de l'inexécution, le créancier devra être lui-même au – dessus de tout soupçon.* ».

Heureusement, cette jurisprudence n'a été qu'un épiphénomène.

## b. La notion de bonne foi retrouvée

635. – **Revirement jurisprudentiel.** Dès 1993, la troisième chambre civile de la Cour de cassation<sup>62</sup> est revenue à une plus grande orthodoxie dans l'appréciation de la bonne foi du débiteur. Dans son arrêt de 2003, la Cour de cassation<sup>63</sup> affirmait ainsi « *qu'en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire.* ».

636. – **Portée de la bonne foi du débiteur.** Néanmoins, la bonne foi n'est pas un principe de droit à écarter. C'est un principe que G. Cornu<sup>64</sup> a décrit comme un « *antidote harmonieux : la force que le 1er alinéa de l'article 1134 du Code civil imprime à la clause résolutoire expressément trouve son frein naturel dans la disposition finale du texte.* » Finalement qu'est-ce que l'obligation de bonne foi en matière de clause résolutoire et à qui s'applique-t-elle ? L'obligation de bonne foi s'impose au créancier et non au débiteur. Elle consiste pour le créancier à adopter un comportement loyal dans le cadre de la mise en œuvre de la clause. Cela requiert donc une application au cas par cas. Or, la bonne foi se présument, c'est au débiteur de prouver la mauvaise foi du créancier. Il est donc heureux de revenir en l'espèce à une casuistique guidée par la bonne foi qui ne doit pas être un mécanisme menaçant la sécurité des clauses contractuelles.

<sup>58</sup> A. Grizaut, « Rupture brutale des relations commerciales, réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », *DéP* n°116 juin 2003 p. 71 à 73.

<sup>59</sup> G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946 p. 95-96.

<sup>60</sup> L. Leveneur, *RTD civ.* 1988 122.

<sup>61</sup> Y. Picod, *D.* 1991 p. 515.

<sup>62</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 mars 1993, *D.* 1993 p. 357.

<sup>63</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 sept. 2003 n°02-12474 Bull. n°161, *RTD civ.* 1994 100, *CCC* 1993 n°149, *D.* 1993 p. 357, *JCP* 1993 I 3725 obs. Ch. Jamin.

<sup>64</sup> G. Cornu, *RTD civ.* 1978 p. 340.

Revenue sur sa jurisprudence, la notion de bonne foi a retrouvé une place plus sobre, mais pas pour autant transparente.

### c. La mauvaise foi du créancier, cause de paralysie de la clause résolutoire

637. – **Sanction de la mauvaise foi.** La jurisprudence n'a pas abandonné l'usage de la notion de bonne foi. Elle a admis que la preuve de la mauvaise foi du créancier par le débiteur puisse être invoquée pour paralyser le jeu de la clause résolutoire<sup>65</sup>. Cette solution est ancienne et bien ancrée dans notre droit. Le juge dispose ici d'un véritable pouvoir modérateur de la clause résolutoire<sup>66</sup>.

638. – **Appréciation de la mauvaise foi.** La mauvaise foi est appréciée largement par les tribunaux. La mauvaise foi n'est pas appréciée au regard de la décision de résolution du contrat. Elle est appréciée eut égard au comportement du créancier dans le cadre de la mise en œuvre de la clause résolutoire<sup>67</sup>. On retrouve ici l'importance des devoirs de comportement imposé par la jurisprudence aux contractants<sup>68</sup>.

639. – **Exemples.** À titre d'exemple, il a été considéré que le créancier qui tarde à mettre en œuvre la clause résolutoire commet un abus de droit faisant preuve de sa mauvaise foi<sup>69</sup>. De même, le créancier a le devoir de ne pas entraver le débiteur qui souhaiterait finalement s'exécuter pendant le temps de la mise en demeure<sup>70</sup>. Le créancier qui refuse d'expliquer au débiteur les inexécutions reprochées ou qui ne rapporte pas la preuve de la faute du débiteur manque à son obligation de bonne foi<sup>71</sup>. Plus récemment, il a été cassé : « *l'arrêt de la cour d'appel qui n'a pas recherché si la clause résolutoire stipulée dans un contrat de location d'équipement médical n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi, le loueur ayant finalement été payé par un mécanisme de délégation de paiement lui permettant d'encaisser les loyers dus par le sous-locataire de cet équipement* »<sup>72</sup>.

640. – **Critique.** Cette jurisprudence fait preuve de plus d'orthodoxie en utilisant la notion de mauvaise foi du créancier au titre de la théorie de l'abus de droit. Par contre, le fait que la Cour de cassation oblige les juges du fond à rechercher la mauvaise foi du créancier est contestable. La bonne foi doit rester présumée. La qualité de créancier ne saurait créer une suspicion de mauvaise foi. « *Le contrôle judiciaire s'est déplacé du contrôle des circonstances dans lesquelles la mise en demeure est faite,*

---

<sup>65</sup> Cass. req. 11 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 477 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janvier 1995 Bull. n°57, *D.* 1995. 389 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 nov. 2009 n°08-21.384 Bull. n°262.

<sup>66</sup> F. Osman, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Deffrénois* 1993. 65 spéc. n°12 s. ; Y. Picod, « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP* 1990. I. 3447.

<sup>67</sup> L. Aynès, « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *D&P* juill. 2004 n° 128.

<sup>68</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 «Nuance : les devoirs de comportement», p. 175.

<sup>69</sup> R. Demogue, obs. *RTD civ.* 1929 p. 1091 ; J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1951 p. 263.

<sup>70</sup> CA Paris 19 juin 1990, *D.* 1991 p. 515 note Y. Picod ; *RTD civ.* 1992 p. 92 obs. J. Mestre ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 déc. 1976 Bull. n°465, *RTD civ.* 1977. 340 obs. G. Cornu ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 16 oct. 1973 Bull. n°529.

<sup>71</sup> Cass. com. 4 oct. 1982 n°80-11.547 Bull. n° 292.

<sup>72</sup> Cass. com. 15 mai 2012 n° 10-26.391 et n° 11-13.972, *RTD civ.* 2012 p. 727 note B. Fages.



*au contrôle du droit d'invoquer la résolution.* »<sup>73</sup> Or, le contrôle doit porter sur les circonstances de la mise en œuvre et non sur le pouvoir de décision du créancier.

La bonne foi occupe ici une place permettant au juge de réguler le jeu de la clause résolutoire au travers du pouvoir de décision du créancier.

La jurisprudence ne se contente pas de la notion de bonne foi. Elle n'hésite pas à imposer le maintien forcé du contrat pour paralyser le jeu de la clause.

## **2. La sanction judiciaire du maintien forcé du contrat**

641. – **Principe.** En principe, la clause résolutoire vient sanctionner automatiquement une inexécution fautive commise par le débiteur. La question s'est posée de la possibilité pour le juge de décider du maintien forcé du contrat, paralysant ainsi l'effet extinctif de la clause résolutoire. En pratique, cela revient à imposer à une partie, le créancier, des liens contractuels sans son consentement et alors même que le contrat lui permettait de le rompre.

Il convient de distinguer selon que la juridiction saisie statue en matière de référé (a) ou au fond (b).

### **a. Le juge des référés et la sanction du maintien forcé du contrat**

642. – **Référé ou procédure d'exécution.** Il convient de souligner que le créancier peut saisir les juridictions de référé ou de l'exécution aux fins de faire constater l'acquisition de la résolution du contrat par suite de la mise en œuvre de la clause. Le débiteur quant à lui saisira la juridiction des référés pour neutraliser la clause résolutoire avant que celle-ci n'ait produit ses effets durant le temps qui lui est imparti par la mise en demeure. Cette procédure a donc pour objet de bloquer l'effet automatique de la clause résolutoire. Cette action devant le juge des référés nécessite qu'il apparaisse « *manifestement que la clause est mise en œuvre à tort* »<sup>74</sup>. Il ne doit pas y avoir de contestation sérieuse. L'urgence va de soi<sup>75</sup>.

643. – **Doctrine.** Quels sont alors les pouvoirs du juge des référés ? Pour P. Ancel, il peut prononcer des mesures conservatoires telles que le maintien forcé du contrat. Cela a été admis par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>76</sup>.

Une telle mesure n'est pas sans soulever de problème en terme de procédure civile. S'opposent aujourd'hui deux conceptions du référé. La première vision considère que le juge des référés a une fonction spécifique et donc des pouvoirs autonomes. Il peut dans ce cas ordonner le maintien provisoire du contrat. Selon l'autre approche, les référés sont étroitement liés au fond de l'affaire : ils anticipent. Le juge des référés ne peut donc avoir plus de pouvoir que n'en a le juge du fond. Son seul pouvoir est d'accorder une indemnisation. Cette seconde position s'appuie sur l'article 488 du Code de procédure civile qui énonce le principe selon lequel l'ordonnance de référé n'a pas au principal l'autorité de chose jugée. Le juge du fond n'est jamais lié par le juge des référés qui s'en tient à l'apparence.

<sup>73</sup> P. Rémy, *RTD civ.* 1988. 146.

<sup>74</sup> P. Ancel, « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *Colloque CERCE'D*, éd. Economica 2001 p. 6.

<sup>75</sup> Art. 808, 809 et 872 C. pro. civ.

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 déc. 1972 Bull. n°384 et Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 déc. 1987 n°86-13859 Bull. n°341.



644. – **Jurisprudence.** La Cour de cassation n'a pas tranchée entre ces avis doctrinaux. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>77</sup> refuse que le juge des référés puisse rétablir autoritairement un contrat de travail rompu abusivement en considérant que « *le juge du provisoire ne saurait avoir des pouvoirs plus étendus que ceux du juge du principal* ». Il ne peut que proposer la réintégration du salarié.

La première chambre civile de la Cour de cassation<sup>78</sup>, pour sa part, si elle accepte le maintien forcé du contrat, impose le respect de certaines conditions. Le juge du référé qui prononce un tel maintien du contrat doit encore fixer un terme certain à la mesure sous peine d'outrepasser ses pouvoirs, celui-ci ne pouvant pas trancher le fond du litige. Il convient donc que l'ordonnance ainsi rendue précise expressément que le maintien forcé ne vaut que jusqu'à une décision exécutoire au fond. Il suffirait que la décision au fond non définitive prononce l'exécution provisoire compte tenu de l'ancienneté du litige. Il n'y a dès lors pas lieu d'attendre l'épuisement des voies de recours.

645. – **Critique.** Le prononcé du maintien forcé par le juge des référés est une mesure conservatoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le créancier a agi de mauvaise foi ou qu'il existe une cause exonératoire de responsabilité du débiteur. Dans ce contexte, une telle mesure se justifie parce qu'elle est provisoire. Se pose dès lors la question des pouvoirs des juges du fond.

## b. Les juridictions du fond et le maintien forcé du contrat

646. – **La tentation du maintien forcé.** Si le juge des référés peut, dans certaines conditions, ordonner le maintien forcé du contrat pour un temps donné, la question s'est posée de savoir si les juridictions du fond pouvaient elles aussi neutraliser la clause résolutoire, mais cette fois-ci de manière définitive.

Les juridictions du fond<sup>79</sup> ont voulu prononcer le maintien forcé du contrat en cas de rupture abusive par le créancier. La Cour de cassation<sup>80</sup> a donné un coup d'arrêt à cette pratique en refusant aux juges du fond la possibilité d'ordonner le maintien forcé d'un contrat de même que son renouvellement forcé. Cela va à l'encontre du principe de consentement des parties à la formation du contrat. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette<sup>81</sup> précisent que « *c'est parce que les contractants ne s'aiment pas comme des frères qu'il ne faut pas tenter de maintenir à tout prix le lien qui les unit. Ainsi la continuation forcée du contrat ne devrait être admise que dans des cas très particuliers et rares.* »

647. – **Analyse.** Cette solution est appréciée en pratique. Une fois les liens rompus dans les faits, un maintien judiciaire paraît artificiel et laisse un contrat mort-né en application. Qui plus est, une telle décision sanctionne le créancier auteur de l'abus, mais laisse le débiteur impuni alors qu'il a commis des inexécutions fautives.

<sup>77</sup> Cass. soc. 31 mars 1982 n°81-11107 et 81-40309 Bull. n°246 p. 182, 14 mars 1983, *JCP* 1984 IV 171.

<sup>78</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n°1724 Bull. n°286 Société Trésis et IPIB, *RTD civ.* 2002 p. 137 C. obs. J. Normand, *JCP* 2001 G. II 10506 obs. X. Vuitton.

<sup>79</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 16 oct. 1973 Bull. n°529 pour la paralysie d'une clause résolutoire ; Cass. com. 27 avril 1993 n°91-10203 Bull. n°159 pour le non renouvellement d'un contrat de distribution.

<sup>80</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 déc. 1993 n°91-10.199 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 octobre 2003 n°02-14.459.

<sup>81</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Ch. Famin et D. Mazeaud, Thèmes et commentaires, D. Actes du colloque du 14 mai 2001*, éd. 2003, n°40-1 p. 122.

Si des parties qui ne s'entendent pas ou plus, le maintien forcé du contrat laisse perdurer une situation conflictuelle difficilement tenable. Une telle décision altère définitivement l'équilibre contractuel en créant de véritables rapports de force.

Il est heureux que la Cour de cassation ait refusé une telle sanction de la part des juridictions du fond. Les juges n'en ont pas besoin : les comptes se soldent sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

648. – **Responsabilité.** Les juridictions du fond peuvent constater la responsabilité pour faute du créancier dans la mise en œuvre de la clause résolutoire et répondre favorablement à une demande d'indemnisation du débiteur dont le préjudice pourrait résulter de la perte de chance de voir se poursuivre le contrat<sup>82</sup>.

649. – **Pénalités contractuelles ?** La pratique a recours au pouvoir judiciaire pour contrer la clause résolutoire. Elle aurait intérêt à se réapproprier la question du rééquilibrage de la clause résolutoire au travers de mécanismes contractuels. Ainsi, le recours à une clause pénale en cas de non-respect de la procédure pourrait être une solution avantageuse.

650. – L'efficacité de la clause résolutoire est redoutée et connaît de véritables assauts des tribunaux pour en contrer l'effet automatique d'extinction du contrat. Le droit commun a su préserver l'efficacité du mécanisme contractuel. Le législateur est intervenu pour réglementer certains régimes dérogatoires pour lesquels il a lui-même organisé la portée de la clause résolutoire en encadrant l'efficacité.

## ***B. Les droits spéciaux : l'admission de la paralysie du jeu de la clause résolutoire***

651. – **Régimes spéciaux.** Il s'agit de régimes dérogatoires protecteurs d'une partie faible. La liberté contractuelle est muselée au profit de droits et libertés supérieures.

Le droit des procédures collectives et la procédure de surendettement des particuliers a nécessité l'intervention du législateur afin d'organiser une protection du débiteur en position de faiblesse (1). Le locataire des baux d'habitation et commerciaux a lui aussi eu besoin de la protection légale afin que soient préservés le droit au logement et le fonds de commerce (2).

### ***1. La clause résolutoire dans les procédures collectives***

652. – **L'objectif de redressement du débiteur.** Le législateur fait prévaloir la protection des débiteurs en procédures collectives sur les intérêts du créancier. L'article L. 622-21 du Code de commerce dispose ainsi : « *le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant à la résolution d'un contrat par défaut de paiement d'une somme d'argent* ». Toute action en résiliation judiciaire est exclue concernant les créances antérieures et notamment concernant les baux commerciaux<sup>83</sup>.

Le législateur paralyse également le jeu de la clause résolutoire. En effet, l'article L. 622-13 du Code de commerce précise : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture*

<sup>82</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 déc. 1993 n°91-10.199 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 oct. 2003 n°02-14.459.

<sup>83</sup> J. Prigent, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective sur l'acquisition de la clause résolutoire », *Lexbase Hebdo* n°328 éd. priv. générale réf. Cass. com. 28 oct. 2008 n°07-17.662.

*d'une procédure de sauvegarde.* » L'efficacité de la clause résolutoire peut être remise en cause par la survenance d'une procédure collective à l'endroit du débiteur. La clause résolutoire est paralysée pour laisser au débiteur le temps de s'organiser dans l'exécution de ses différentes obligations. Néanmoins, la clause retrouve son efficacité si le débiteur ne s'exécute pas selon les nouvelles conditions négociées ou imposées dans le cadre des modalités de la procédure mise en place.

653. – **Préservation de la survie du débiteur.** Ici, l'enjeu est la survie du débiteur rencontrant des difficultés momentanées. La situation économique défavorable voit se développer le nombre de procédures collectives. Le législateur a donc opéré un équilibrage aux risques du créancier. L'esprit qui préside aujourd'hui aux procédures collectives est la protection du débiteur de bonne foi. La clause résolutoire risquerait de porter un coup fatal à sa survie. Cette législation a donc été dictée par des considérations de justice contractuelle.

Le législateur est encore intervenu pour protéger le droit au logement du locataire ayant conclu un contrat de bail d'habitation ou pour protéger la propriété commerciale du locataire ayant conclu un bail commercial.

## ***2. La clause résolutoire dans les baux commerciaux et les baux d'habitation***

654. – **Adaptation de la clause résolutoire au droit des baux.** Le statut des baux modifie la clause résolutoire jusque dans ses caractéristiques. Le locataire est placé au cœur du régime protecteur mis en place. La liberté contractuelle est limitée ce qui impose au rédacteur de clause résolutoire de connaître parfaitement le statut particulier des baux et d'adapter la rédaction de ces clauses. Il convient de distinguer selon qu'il s'agisse de baux commerciaux (a) ou de baux d'habitation (b).

### **a. Les baux commerciaux et la clause résolutoire**

655. – **Résolution et fonds de commerce.** La clause résolutoire est très souvent stipulée au sein des contrats de baux commerciaux. Le législateur est intervenu pour protéger le locataire titulaire d'un bail commercial du jeu de la clause résolutoire. En effet, le lieu objet du bail commercial est un élément essentiel du fonds de commerce ce qui a amené le législateur à instaurer une protection particulière. Le décret du 30 septembre 1953<sup>84</sup> puis l'article L. 145-41 du Code de commerce<sup>85</sup> ont organisé un véritable régime dérogatoire du droit commun.

656. – **Procédure de mise en œuvre.** La clause résolutoire, pour être valable, doit respecter des conditions de mise en œuvre. En cas d'inexécution, le créancier devra faire délivrer un commandement de payer ou une mise en demeure par voie d'huissier nécessairement. Cet acte d'huissier doit :

- indiquer au locataire qu'il dispose d'un délai d'un mois pour régulariser sa situation ;
- reproduire la clause résolutoire contractuelle ;

<sup>84</sup> Décret n°53-960 du 30 sept. 1953, art. 25 abrogé par o. n°2000-912 du 18 sept. 2000.

<sup>85</sup> Art. L. 145-41 C. com. : « *Toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai.*

*Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge. ».*

- informer le locataire qu'il peut demander des délais de paiement et la suspension de la clause résolutoire par voie judiciaire.

La procédure doit encore être dénoncée aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce au moins un mois avant la date d'audience.

657. – **Pouvoir de suspension.** Le juge est investi du pouvoir de suspendre une clause résolutoire. Plus exactement, le juge peut accorder un délai au débiteur<sup>86</sup> qui n'a pas exécuté ses obligations. Jusqu'en 1989<sup>87</sup>, cette faculté ne concernait que l'obligation de paiement des loyers ; par la suite, elle a été étendue à toutes les obligations du débiteur. Néanmoins, le juge n'était pas tenu d'accorder de délai ou de suspendre la clause. Il retrouve ici le pouvoir d'appréciation prévu à l'article 1184 du Code civil.

Cette disposition légale est une dérogation au droit commun. Elle s'interprète donc de façon restrictive. Elle est cependant d'ordre public. Ainsi, la mention d'un délai de 15 jours au lieu d'un mois dans la clause résolutoire a entaché la stipulation du vice de nullité<sup>88</sup>.

Le débiteur qui veut se prévaloir de ces dispositions doit demander à la fois un délai pour s'exécuter et la suspension de la clause résolutoire. Cette demande doit être déposée avant qu'une décision judiciaire constatant la résolution n'ait été rendue et qu'elle ne soit revêtue de la force de chose jugée<sup>89</sup>.

658. – **Rédaction.** Il est utile de rédiger une clause résolutoire dans le contrat de bail commercial tout en précisant que l'efficacité est plus limitée que dans le droit commun. Il convient de respecter scrupuleusement les prescriptions légales.

#### ■ Exemple :

*« Il est expressément convenu que le bailleur pourra résilier immédiatement et de plein droit le bail sans qu'il soit besoin de respecter de procédures judiciaires dans les cas ci-après :*

- *non-paiement d'un seul des termes des loyers, charges et contributions ;*
- *non-respect des obligations légales et réglementaires incombant au preneur.*

*Il est expressément convenu que le preneur pourra résilier immédiatement et de plein droit le bail sans qu'il soit besoin de respecter de procédures judiciaires dans les cas ci-après :*

- *non-respect des obligations légales et réglementaires incombant au bailleur.*

*La résiliation du bail sera acquise sans autres formalités après un commandement de payer ou une sommation de s'exécuter restés infructueux pendant un mois. Le commandement de payer ou la sommation de s'exécuter devra indiquer que le débiteur dispose d'un mois pour s'exécuter à défaut de quoi le contrat serait résilié automatiquement et de plein droit. »*

659. – Un régime dérogatoire est également prévu dans le cadre du contrat de bail d'habitation.

<sup>86</sup> Art. 1244-1 C. civ.

<sup>87</sup> Loi n°89-1008 du 31 déc. 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

<sup>88</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 nov. 2010 n°09-15.937 Bull. n°199, *D.* 2010 p. 2769 obs. Y. Rouquet, *D.* 2011 p. 472 obs. B. Fauvarque-Cosson ; CA Paris 16<sup>ème</sup> ch. Sect. A 28 sept. 2005 n°05/09136, *Loyers et copr.* 2006 comm. 37 obs. Ph.-H. Brault ; CA Paris 16<sup>ème</sup> ch. sect. A 15 oct. 2008 n°07/10624.

<sup>89</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 nov. 1971 n°70-14012, *Gaz. Pal.* 1972 1 145.

## b. Les baux d'habitation et la clause résolutoire

660. – **Résolution et droit au logement.** Le bail d'habitation est un contrat qui vise à préserver le droit au logement des locataires. Ainsi, la clause résolutoire ne peut avoir le même effet couperet que dans le droit commun.

661. – **Loi de 1948.** En matière de baux soumis à la loi de 1948<sup>90</sup>, le juge peut accorder des délais de paiement lorsque ceux-ci ont été demandés par le preneur dans le mois ou les 2 mois du commandement infructueux. Ce délai est prévu à peine de forclusion.

662. – **Loi de 1989.** En matière de baux soumis à la loi de 1989<sup>91</sup>, l'article 4 de la loi prévoit qu'est réputée non écrite toute clause qui « prévoit la résiliation de plein droit du contrat en cas d'inexécution des obligations du locataire pour un motif autre que le non-paiement du loyer, des charges, du dépôt de garantie, la non-souscription d'une assurance des risques locatifs ou le non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués, résultant de troubles de voisinage constatés par une décision de justice passée en force de chose jugée. » Il résulte de cet article que si la clause résolutoire peut être stipulée dans un contrat de bail d'habitation soumise à la loi de 1989, les inexécutions pour lesquelles la clause peut être mise en œuvre sont limitativement énumérées par le législateur. Le créancier ne peut donc donner à la clause toute la portée qu'il souhaiterait en vertu de ses prérogatives de droit commun.

663. – **Formalisme particulier.** Par ailleurs, le législateur prévoit des mentions obligatoires et des conditions de forme à la mise en demeure adressée aux locataires fautifs. La mise en demeure doit nécessairement être un acte d'huissier prenant la forme d'un commandement. Ce commandement doit reproduire les articles de lois applicables ainsi que la clause résolutoire.

Il ne produira son effet extinctif du lien contractuel qu'après le délai :

- d'un mois à compter de la signification du commandement adressé au locataire pour la non-souscription d'une assurance des risques locatifs<sup>92</sup> ;
- de deux mois à compter de la signification du commandement adressé au locataire pour le non-paiement du loyer, des charges, et du dépôt de garantie<sup>93</sup>.

À la procédure de droit commun pour la mise en œuvre de la clause résolutoire est substituée celle prévue par l'article 24 de la loi de 1989. De même que pour les baux commerciaux, le juge peut accorder des délais de paiement au débiteur<sup>94</sup>, et ce malgré la présence d'une clause résolutoire.

Le créancier doit en outre informer la préfecture de la délivrance d'une assignation aux fins de résolution et d'expulsion<sup>95</sup>.

664. – **Rédaction.** Si la clause résolutoire est ici soumise à un véritable régime légal, elle n'en demeure pas moins essentielle au profit du bailleur afin de préserver ses droits même si ceux-ci sont limités par le droit au logement du locataire.

Le législateur n'exclut donc pas le recours à la clause résolutoire, mais en amoindrit l'efficacité.

<sup>90</sup> Art. 80 loi n°48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948 et art. 25 loi Quillot n°82-526 du 22 juin 1982 et art. 19 loi Méhaignerie n°86-1290 du 23 déc. 1986 modifié par la loi n°89-462 du 6 juill. 1989.

<sup>91</sup> Loi n°89-462 du 6 juill. 1989.

<sup>92</sup> Art. 7 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989.

<sup>93</sup> Art. 24 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989.

<sup>94</sup> Art. 1244-1 et 12244-2 C. civ.

<sup>95</sup> Loi n°98-657 du 29 juill. 1998 relative à la lutte contre les exclusions.

665. – **Conclusion.** La clause résolutoire est un mécanisme contractuel qui reste efficace pour sanctionner l'inexécution des obligations du débiteur même si les tribunaux n'hésitent pas à restreindre le pouvoir de sanction du créancier insatisfait. Le rédacteur de contrat a une responsabilité toute particulière concernant la clause résolutoire. Il se doit de faire preuve d'une particulière rigueur et minutie pour garantir l'automatisme du mécanisme mis en place. La mise en œuvre de la résolution contractuelle exige des précautions pour prétendre aux effets escomptés. L'effet extinctif de la clause résolutoire a une large portée quant au passé contractuel et à l'avenir post-contractuel.

## SECTION 2 :

### LES EFFETS DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE

666. – **Résolution, entre passé et avenir.** La clause résolutoire a pour effet d'éteindre le contrat. La clause résolutoire agit non seulement pour l'avenir, mais peut également rétroagir jusqu'au jour de formation du contrat par le principe de la rétroactivité. Le principe de l'anéantissement rétroactif du contrat est discuté et remis en cause par une partie de la doctrine<sup>96</sup> et la pratique. La clause résolutoire peut éventuellement avoir un effet rétroactif, mais non nécessairement (§1). Une fois la clause résolutoire définitivement acquise se pose la question de l'organisation de la cessation du lien contractuel (§2).

#### §1. La clause résolutoire et le principe de rétroactivité

667. – **Rétroactivité, effet de la résolution même contractuel ?** Il est généralement admis que par principe la clause résolutoire a un effet rétroactif. Ce principe apparaît aujourd'hui plus théorique que pratique notamment au regard des contrats d'affaires : de tels contrats s'inscrivent dans la durée et s'articulent mal avec l'effet rétroactif. En outre, ce principe est fondé sur une lecture de l'article 1184 du Code civil qui fait reposer le mécanisme de la résolution judiciaire pour faute sur la condition résolutoire — et ce de façon tout à fait artificielle<sup>97</sup>. La question qui se pose alors est de savoir dans quelle mesure la rétroactivité peut être aménagée par les parties au contrat. Le principe de l'effet rétroactif de la clause résolutoire est aujourd'hui remis en cause (A) ce qui invite à repenser les effets de la résolution, le droit comparé offrant de nouvelles options (B).

##### *A. La remise en cause du principe de rétroactivité*

668. – **Enjeu.** Le principe de la rétroactivité trouve un écho des plus favorables auprès de la jurisprudence (1). Cependant, la pratique s'articule mal avec cette fiction ; le rédacteur de contrat doit inviter les parties à réfléchir à l'opportunité de cet effet rétroactif (2).

<sup>96</sup> C. Rigalle-Dumetz, *La résolution partielle du contrat*, thèse Lille II, Nouvelle bibliothèque de thèses, D. 2003 n° 545 et s.

<sup>97</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 1 : La condition résolutoire», p. 240.



## 1. Le principe jurisprudentiel de la rétroactivité et ses justifications

669. – **Un principe jurisprudentiel assis sur la condition résolutoire.** La Cour de cassation a posé le principe de la rétroactivité de la résolution et plus particulièrement de la clause résolutoire. Ainsi, elle considère que la « *clause résolutoire impliqu[ant] une rétroactivité* »<sup>98</sup>. Ce principe est tempéré par l'admission de l'effet non rétroactif de la clause concernant des contrats à exécution successive.

670. – **Terminologie.** Traditionnellement, il est distingué entre la clause résolutoire – présumée rétroactive — et la clause de résiliation — présumée non rétroactive. Pour autant, cette terminologie n'est pas très explicite. En effet, la Cour de cassation<sup>99</sup> emploie le terme de clause de résiliation pour parler de différents modes de rupture du contrat. La notion de « résiliation » est polyvalente. S. Le Gac-Pech<sup>100</sup> souligne que le terme de : « *résiliation désigne à la fois l'anéantissement judiciaire du contrat sans rétroactivité, la révocation unilatérale extrajudiciaire des contrats à durée indéterminée et l'anéantissement conventionnel du contrat !* » c'est-à-dire la rupture pour faute, la rupture volontaire et celle provoquée par un cas fortuit. En matière de clause résolutoire, cette terminologie est admise, quel que soit l'effet rétroactif attaché aux contrats continus ou instantanés. La rétroactivité « *contrevient aux principes de sécurité et de stabilité juridiques en remettant en cause l'échange de prestations intervenues en conformité avec les stipulations du contrat* »<sup>101</sup>. Le principe de la rétroactivité a été admis pour justifier les restitutions subséquentes à la disparition du lien contractuel (a), cependant son application pratique n'est pas sans soulever de difficultés (b).

### a. Justification de la rétroactivité de principe de la clause résolutoire

671. – **Restitutions.** Le principe de la rétroactivité de la résolution a été posé par la jurisprudence au visa de l'article 1184 du Code civil pour fonder l'obligation de restitution lorsque le contrat a été partiellement exécuté. En effet, il serait injuste de maintenir un déséquilibre contractuel entre l'exécution des prestations. Ce principe a été posé par raisonnement par analogie avec le mécanisme de la nullité.

672. – **Comparaison résolution/nullité.** Il est regrettable de transposer à la résolution l'analyse de la nullité du contrat. Définie à l'article 1108 du Code civil, l'annulation est une sanction judiciaire des vices de formation et d'irrégularités de fond qui affectent le contrat<sup>102</sup>. Seuls le juge ou l'arbitre peuvent prononcer l'annulation du contrat, sanction qui entraîne la rétroactivité. La rétroactivité ne vise pas seulement à permettre les restitutions, elle a pour objectif de faire disparaître l'existence même du contrat qui porte atteinte à l'ordre public en raison du vice ou de l'irrégularité qui en affecte la conclusion. On sanctionne « *l'imperfection même de l'acte* »<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 juin 2000 n° 98-17733 Bull. n°195, *Defrénois* 2000-11-15 n°21 p. 1226.

<sup>99</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°03-12795, La clause de résiliation comme faculté de dédit ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2001 n°98-20431 la clause de résiliation comme pouvoir de résiliation unilatérale.

<sup>100</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RJT* civ. 2005 p. 224.

<sup>101</sup> C. Younes, « Le droit de la propriété artistique et littéraire à l'épreuve des débats sur la rétroactivité de la résolution judiciaire », *RCDI* 2006 n°13.

<sup>102</sup> Consentement, capacité, objet, cause.

<sup>103</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

La clause résolutoire, quant à elle, est une sanction contractuelle de l'inexécution de son partenaire dans le cadre d'un contrat pleinement valable. Son existence ne contrarie en rien l'ordonnancement juridique.

673. – **Lien entre la rétroactivité et l'intervention du juge.** La rétroactivité n'est pas pour C. Rigalle<sup>104</sup> un effet de la résolution, mais un effet de la décision de justice. Il faudrait donc admettre qu'en l'absence de décision de justice, il n'y ait pas d'effet rétroactif attaché à la rupture du contrat. Une telle analyse conduirait à distinguer les effets de la résolution selon qu'on invoque une stipulation contractuelle ou qu'on agisse en résolution judiciaire. Une telle dichotomie ne semble pas opportune et créerait des divergences malheureuses dans un mode de rupture qui a le même fondement : l'inexécution fautive du débiteur. Une unité d'effet est à privilégier.

674. – **Recherche de fondement de l'obligation de restitution.** La rétroactivité de la résolution n'a pas de fondement légal. R. Wintgen démontre que la lettre de la loi n'empêche pas une évolution jurisprudentielle puisque l'article 1183 du Code civil fait allusion au retour au *statu quo ante* et non au mécanisme de la rétroactivité. Le retour au *statu quo ante* justifierait l'obligation de restitution des prestations fournies.

L'utilité de la rétroactivité de la résolution est loin d'être unanimement reconnue. Si on accepte d'écarter le principe de la rétroactivité, quel fondement est à retenir pour justifier l'obligation de restitution ?

Pour R. Wintgen<sup>105</sup>, « *il n'est nul besoin de faire appel à la rétroactivité de la résolution pour justifier les restitutions.* » Selon lui, la résolution crée une forme d'enrichissement sans cause qui justifierait que l'on puisse restituer les prestations sans avoir recours à la fiction de la rétroactivité. Cette analyse est confirmée par une étude des droits anglais et allemands qui ne connaissent pas de principe de rétroactivité, mais qui appliquent le principe de restitution des prestations fournies en raison du déséquilibre contractuel. Ainsi, les Principes du droit européen du contrat<sup>106</sup> et l'avant-projet de réforme du droit des obligations<sup>107</sup> proposent ainsi de mettre en place une résolution sans rétroactivité.

675. – **Analyse.** La rétroactivité en matière de résolution ne devrait plus avoir de place : le contrat a bien existé, il a été valablement conclu. Point n'est besoin de le faire disparaître. Le principe de restitutions découle de la bonne foi et du caractère synallagmatique du contrat. L'exécution des obligations d'une partie a pour cause l'exécution des obligations de l'autre partie : l'inexécution de l'un rompt cette égalité entre les obligations réciproques des parties. Il y a nécessairement lieu de rétablir les parties dans l'équilibre contractuel consenti.

676. – **Refus jurisprudentiel.** Il est à regretter que la jurisprudence française refuse une telle analyse et maintienne le principe de la rétroactivité de la résolution. La jurisprudence semble s'y atta-

<sup>104</sup> C. Rigalle Dumets, *La résolution partielle du contrat*, Thèse Lille II, Nouvelle bibliothèque de thèses, D. 2003.

<sup>105</sup> R. Wintgen, « Regards comparatifs sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006/02 p. 548 et 550.

<sup>106</sup> Art. 9 : 305 Principes européens de droit des contrats : « La résolution du contrat libère les deux parties de leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur ; mais [...] elle est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue », O. Lando et H. Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer, 2000.

<sup>107</sup> P. Catala, « Projet Catala », *JCP G* 2005, I, 170.

cher plus par tradition que par analyse juridique. C'est un opportunisme qui sclérose l'évolution de notre droit.

La clause résolutoire n'a point besoin de la rétroactivité. Plus encore, la rétroactivité crée de réelles difficultés pratiques.

### **b. Difficultés pratiques de l'effet rétroactif de la clause résolutoire**

677. – De nombreuses difficultés pratiques naissent de l'application du principe de la rétroactivité.

678. – **Rétroactivité distributive.** L'anéantissement rétroactif d'un contrat valablement formé impliquerait la disparition de la clause pénale ou encore des obligations post-contractuelles telles que la clause de non-concurrence ou la clause de confidentialité. Si on prend l'exemple de la clause pénale, elle a vocation à survivre à la résolution, mais non à la nullité. M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon<sup>108</sup> considèrent que « *puisque la clause pénale trouve sa raison d'être dans l'inexécution du contrat, elle la perd lorsque l'inexécution est justifiée* ». La rétroactivité pourrait donc parfois jouer de façon distributive — par opportunisme ?

679. – **Contradiction avec le droit comptable et fiscal.** Nier l'existence du passé contractuel alors même que le contrat est parfaitement valable est une fiction qui ne tient pas compte de la réalité comptable et fiscal des professionnels. En effet, le droit comptable ne permet pas de rétroactivité une fois l'exercice comptable clôturé et approuvé. Fiscalement, une double imposition est à prévoir en cas de nullité.

680. – **Formalisme auprès des tiers.** Bien que la clause résolutoire n'obéisse pas à un formalisme particulier, en matière immobilière, il est prévu l'obligation de publier à la Conservation des hypothèques les actes suivants : « *Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles : 2° Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1° ; de même, les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses* »<sup>109</sup>.

Ainsi, il est considéré que dès lors que le contrat contenant la clause résolutoire a été publié, la clause résolutoire est publiée. Si la clause résolutoire a été convenue dans le cadre d'un avenant, ledit avenant devra faire l'objet d'une publication auprès de la Conservation des hypothèques. Or, cette obligation de publicité résulte de l'effet rétroactif attaché à la résolution tendant à remettre en cause le droit des tiers. Ceux-ci doivent en être informés et pouvoir le cas échéant s'y opposer.

En cas de clause résolutoire sans rétroactivité, il a été admis que la publicité à la Conservation des hypothèques n'était pas obligatoire<sup>110</sup>.

681. – **Critiques.** Cette différence de régime ne se justifie aucunement. Plutôt que de s'attacher au principe de rétroactivité de la rupture, il conviendrait de s'attacher à la nature même de l'obligation de transfert de propriété, obligation de donner. Ce n'est pas la nature rétroactive de la sanction qui importe, mais bien ses conséquences quant au transfert de propriété. En l'absence de clause de

<sup>108</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après-contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005 p. 61 § 57.

<sup>109</sup> Art. 28 2<sup>ème</sup> décret n°55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.

<sup>110</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1er juin 1964 n°61-12.278, *JCP G* 1964 II n°13802 note J. Mazeaud.

réserve de propriété, il convient de considérer que les tiers étant accessoires aux obligations principales du contrat, leurs droits suivent le sort du principal.

Le principe de la rétroactivité de la clause résolutoire crée de nombreuses difficultés notamment quant au droit des tiers, étrangers qu'ils sont à l'exécution du contrat. Il appartient dès lors aux parties d'organiser l'effet de la clause résolutoire.

## ***2. Aménagement de l'effet rétroactif de la clause résolutoire : quelle liberté pour les parties ?***

682. – **Dérogation contractuelle à la rétroactivité ?** Confrontée à la controverse croissante de la rétroactivité de la clause résolutoire, la pratique a cherché à y déroger. Rien ne semble s'opposer juridiquement à ce que les parties puissent à leur tour aménager les effets de la résolution de leur contrat.

Dans le silence des parties, l'appréciation de l'effet éventuellement rétroactif de la rupture est laissée aux juges du fond. Selon S. Le Gac-Pech<sup>111</sup> « *l'étendue de la sanction ne dépendrait ni de la nature des contrats ni de la rétroactivité du mécanisme résolutoire, mais de l'office du juge* ».

683. – **Incertitudes.** La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la liberté des parties d'aménager la rétroactivité de la rupture.

### **■ Exemple :**

*« La résolution opère pour l'avenir sans rétroactivité ».*

Le principe étant la liberté contractuelle, il appartient au rédacteur de contrat de prévoir ou d'écarter l'effet rétroactif de la clause résolutoire. À défaut de stipulation contractuelle, le principe demeure la rétroactivité. Le droit comparé permet de repenser les effets de la clause résolutoire et ouvre des opportunités au praticien.

## ***B. Effets de la clause résolutoire en droit comparé***

684. – **Justifications théoriques à l'obligation de restitution.** L'enjeu théorique de la rétroactivité de la clause résolutoire réside dans le fondement des obligations de restitution. Le droit international, le droit européen (1) ou encore les systèmes anglais et allemand (2) présentent différentes justifications théoriques aux effets de la clause résolutoire.

### ***1. Effets de la clause résolutoire en droit international et européen***

685. – **Droit international et européen.** Le droit international (a), et de façon encore plus prégnante le droit européen (b), exercent une influence majeure quant à l'évolution des systèmes juridiques en raison de l'internationalisation croissante des relations. Ceux-ci proposent différents fondements aux obligations de restitutions en matière de clause résolutoire.

<sup>111</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005 p. 225.

### a. Effets de la clause résolutoire en droit international

686. – Le droit international est un système juridique doté d'un fonctionnement propre avec ses normes propres retranscrites au travers de conventions internationales.

687. – **Principes Unidroit.** Les usages rédigés par les principes Unidroit sont une source de droit souple c'est-à-dire sans force contraignante. Néanmoins, leur utilisation répandue chez les professionnels tend à leur conférer une réelle portée normative. Si on se réfère aux principes Unidroit<sup>112</sup>, le mode de rupture des contrats en cas d'inexécution est la résolution unilatérale. L'article 7.3.1 dispose : « *une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part de l'autre partie.* » Puis l'article définit ce qu'est une inexécution essentielle. L'article 7.3.2 ajoute que le retard dans l'exécution du contrat peut également permettre au créancier de résoudre le contrat. Enfin, l'article 7.3.3 permet la résolution lorsqu'il est manifeste que les obligations essentielles du contrat ne seront pas exécutées au terme prévu par le cocontractant. Il est à noter que la résolution n'a pas d'effet rétroactif et n'a pas d'effet sur les obligations post-contractuelles. Néanmoins, il peut y avoir restitutions réciproques si les parties le demandent exception étant faite des contrats à exécution successive.

Il en ressort que dans la pratique contractuelle transfrontalière, les droits du créancier sont mieux préservés qu'en droit français.

688. – **Convention de Vienne.** La convention de Vienne<sup>113</sup> en matière de contrats de vente de marchandises instaure quant à elle un droit de résolution unilatérale pour le vendeur. Celui-ci peut déclarer le contrat résolu si l'acquéreur a manqué à ses obligations. Ce droit reste encadré et limité. La norme juridique est ici comparable aux principes Unidroit ce qui montre l'importance de préserver le créancier de l'inexécution de son débiteur.

689. – Le droit international exclut donc le principe de la rétroactivité et fonde l'obligation de restitution sur le constat du déséquilibre entre les prestations. Le droit européen opte pour une approche similaire.

### b. Effets de la clause résolutoire en droit européen

690. – **Construction de solution juridique commune.** L'Europe connaît une grande diversité de systèmes juridiques. Certains souhaitent la création d'un droit commun des contrats conçu comme un retour au jus commune romain. Sans tenir compte de l'existence d'un ancêtre commun plus ou moins lointain qui serait le droit romain, J.-C. Witz<sup>114</sup> préconise une telle construction : « *la diversité des droits des contrats et, plus généralement, des droits des obligations entrave les échanges en Europe* ». Cette unification pourrait être soit une harmonisation des droits nationaux, soit un droit régissant les échanges intracommunautaires. A. Chamboredon<sup>115</sup> préconise la création d'un « *droit à texture ouverte* » laissant une place importante au juge chargé d'interpréter des textes volontairement « flous ». Seuls les principes seraient identiques, les juges devant prendre le soin d'harmoniser

<sup>112</sup> Disponible sur [www.peruzzetto.eu/cours/Principes%20unidroit.pdf](http://www.peruzzetto.eu/cours/Principes%20unidroit.pdf) Principes relatifs aux contrats du commerce international (2004).

<sup>113</sup> Art. 64 Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

<sup>114</sup> J.-Cl. Witz, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D. C.* 2000 p. 81.

<sup>115</sup> A. Chamboredon, « La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats », *FDI* 2001 p. 5.

les solutions en fonction de la culture juridique du pays. Diverses commissions ont été amenées à réfléchir sur la construction d'un droit commun des contrats. Celles-ci ont publié des codifications. L'ensemble des solutions proposées a opté pour l'adoption de la résolution unilatérale.

691. – **Principes de droit européen.** Dans les principes de droit européen<sup>116</sup>, l'article 9 : 301 prévoit un droit de résolution en cas « *d'inexécution essentielle* » du contrat ou « *en cas de retard* » d'exécution. Le système mis en place est celui de la notification de la résolution (l'article 9 : 303). L'article 9.305 précise les effets de la résolution : « *Effets de la résolution en général*

(1) *La résolution du contrat libère les deux parties de leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur ; mais, sous réserve des articles 9:306 à 9:308, elle est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue.*

(2) *La résolution n'a point d'effet sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends, non plus que sur toutes autres clauses appelées à produire effet même en cas de résolution. »*

La rétroactivité est ainsi écartée.

692. – **Code européen des contrats.** De même, l'article 114 du Code européen des contrats issu du projet Gandolfi<sup>117</sup> prévoit un droit à la résolution du contrat en cas « *d'inexécution d'importance notable* ». C'est encore le mécanisme de la notification préalable octroyant un délai raisonnable au débiteur qui a été repris. Les institutions communautaires ont prévu une simplification du droit. Pour cela, elles ont prévu de mettre en place un cadre commun de référence. Lors du « *premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis* »<sup>118</sup>, il a été précisé que ce cadre de référence n'était pas conçu comme un code européen. Néanmoins, A. Marais<sup>119</sup> précise qu'« *indirectement, il se substituera au droit français par le biais de directives qu'il inspirera ; directement, il coexistera avec le droit français lorsqu'il sera choisi par les parties à un contrat transfrontalier.* »

La proposition Rome 1 de 2005<sup>120</sup> propose que les parties choisissent la loi applicable à leur contrat parmi « *des principes et des règles de droit matériels des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire* » dont le futur cadre européen de référence fera partie. Le mouvement de la Cour de cassation pour admettre la résolution unilatérale en cas de manquement grave du débiteur va donc dans le sens d'un rapprochement certain avec le droit européen. La jurisprudence de la clause résolutoire se trouve à contre-courant de ce mouvement juridique plus général.

Outre le droit international et le droit européen, les systèmes juridiques anglais et allemands peuvent intéresser le juriste français.

<sup>116</sup> Disponible sur <http://www.storme.be/PECL2fr.html>.

<sup>117</sup> Disponible sur <http://www.accademiagiuristieuropei.it>.

<sup>118</sup> Conseil de l'Union Européenne, 2694<sup>ème</sup> Conseil Compétitivité (Marché intérieur, Industrie et Recherche), 28-29 nov. 2005, 14155/05 (Presse 287).

<sup>119</sup> A. Marais, « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats », *RDC* 2006/02 p. 526.

<sup>120</sup> Proposition du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1) du 15 déc. 2005, COM (2005) 650.



## 2. Effets de la clause résolutoire en droit allemand et anglais

693. – **Droit comparé.** Le droit comparé de systèmes juridiques influents permet d’offrir un nouveau panel d’options. Le droit allemand (a) et le droit anglais (b), en raison de leur influence, présentent un intérêt théorique certain.

### a. Les effets de la clause résolutoire en droit allemand

694. – **Droit conventionnel de rupture.** En droit allemand, le droit de rompre le contrat peut être soit d’origine légale soit d’origine conventionnelle. Le droit conventionnel de rompre le contrat doit être expressément prévu par les parties. Il peut être exercé dans diverses situations, le B.G.B. prenant l’exemple de l’inexécution contractuelle, mais aussi du retard d’exécution ou d’évènement de force majeure. Des limites à ce droit de rupture ont néanmoins été prévues par le B.G.B.. Essentiellement, ce sont les §351<sup>121</sup> et 352<sup>122</sup> qui régissent les interdictions de résoudre le contrat.

695. – **Droit légal de rupture.** À la différence du droit conventionnel de rompre, le droit légal de résoudre unilatéralement le contrat est plus strictement encadré. Il faut une impossibilité d’exécuter pour le débiteur, l’absence d’intérêt du créancier à l’exécution à la suite du retard du débiteur, ou l’inexécution du débiteur à la suite du délai supplémentaire qui lui a été imparti (§325 à 326 du B.G.B.). Par extension, la jurisprudence a admis que toute mauvaise exécution d’une obligation principale ou d’un devoir de comportement qui menace l’économie du contrat octroie au créancier le droit de rompre unilatéralement le contrat. La résolution unilatérale s’opère par une déclaration de volonté à l’autre partie (mécanisme de la *Nachfrist*). C’est donc un acte juridique unilatéral. Il éteint les obligations contractuelles non exécutées et celles qui ont été exécutées doivent faire l’objet de restitutions<sup>123</sup>. En cas d’impossibilité de restituer, il y a réparation par des dommages et intérêts. Ce n’est pas un effet rétroactif qui est conféré à la résolution unilatérale : le rapport initial d’obligations se transforme en un rapport d’obligations de restitution par l’effet de la loi ; on peut dire alors que « *le contrat continue à lier les parties, mais il est “réorienté” pour permettre sa liquidation* »<sup>124</sup>. Les clauses du contrat résolu qui ne concernent pas les obligations initiales prévues sont maintenues et de nouvelles obligations de restitutions sont créées.

Le droit allemand se caractérise par la précision de sa construction légale. À la différence, le droit anglais offre une certaine souplesse.

### b. Les effets de la clause résolutoire en droit anglais<sup>125</sup>

696. – **Droit de résiliation unilatérale.** Les règles en matière de rupture du contrat en droit anglais ne distinguent pas selon l’origine fautive ou non de l’inexécution. Le droit de rompre unilatérale-

<sup>121</sup> § 351 du B.G.B. : le créancier ne peut pas rompre le contrat « *s’il a par sa faute causé une détérioration essentielle, la perte ou toute autre impossibilité de restituer le bien.* ».

<sup>122</sup> § 352 du B.G.B. : le créancier ne peut pas rompre le contrat « *lorsque le créancier a changé l’objet litigieux en un bien d’une autre espèce soit par voie d’utilisation industrielle soit par voie de transformation.* ».

<sup>123</sup> § 346 B.G.B.

<sup>124</sup> R. Wintgen, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006/02 p. 545.

<sup>125</sup> Le droit anglais est un droit jurisprudentiel du *common law* auquel s’ajoute l’*Equity* prévue par la chancellerie qui corrige ou assouplit le *common law*. Ces deux corps de règles coexistent. Le *common law* est le principe corrigé par l’*Equity*.

ment le contrat existe dès qu'il y a inexécution d'une obligation prévue par une clause essentielle du contrat. Le droit anglais n'utilise pas la notion d'obligations essentielles, mais de clause essentielle, cependant ces notions sont similaires. Ce peut être le contrat lui-même qui détermine les obligations essentielles ouvrant le droit de résolution. À défaut de prévisions expresses des parties, les négociations du contrat servent de référence. Dans certains contrats comme la vente, la loi anglaise<sup>126</sup> est venue préciser quels étaient les éléments essentiels du contrat. Le retard dans l'exécution ouvre également un droit de rompre unilatéralement le contrat.

L'Equity prévoit que le retard doit constituer une contravention essentielle au contrat selon les prévisions des parties. En l'absence de clause contractuelle, seuls certains types de contrat pourront être résolus pour retard d'exécution. Il s'agit des contrats dans lesquels le jour de l'exécution revêt une importance particulière. D'autre part, il existe « *l'anticipatory breach of contract* » qui permet une rupture anticipée du contrat lorsqu'une partie déclare expressément qu'elle n'exécutera pas ses obligations ou lorsque les agissements d'une partie créent la certitude qu'elle ne pourra pas exécuter ses obligations au terme prévu. Le système est basé sur l'acceptation claire et non équivoque de la résolution par le créancier. La rupture de la relation contractuelle n'est pas rétroactive. Les clauses accessoires au contrat subsistent. Il y a substitution aux obligations primaires inexécutées d'une obligation secondaire de payer une compensation monétaire pour le préjudice né de la non-exécution des obligations.

Il résulte de la lecture des droits comparés international, européen, allemand et anglais que la rétroactivité est loin de faire l'unanimité lors de la rupture du contrat et que d'autres solutions théoriques peuvent être envisagées pour organiser les effets de la clause résolutoire.

697. – **Conclusion.** L'effet rétroactif de la résolution reste le principe jurisprudentiel applicable. Rien ne semble interdire aux parties d'organiser elles-mêmes les effets de la résolution en s'inspirant le cas échéant du droit comparé. Si la résolution rétroagit dans le passé par principe, elle s'intéresse à l'avenir de chacune des parties au travers de la question de la survie des obligations post-contractuelles.

## §2. Les effets de la clause résolutoire

698. – **Conséquences de la résolution.** La mise en œuvre de la clause résolutoire repose sur une inexécution fautive du débiteur ce qui invite à s'intéresser aux effets de la résolution au regard des principes de la responsabilité (A). Les effets de la clause résolutoire peuvent être plus ou moins étendus (B).

### *A. La responsabilité du débiteur subissant la résolution du contrat*

699. – **Inexécution fautive.** La résolution du contrat va de pair avec la responsabilité du débiteur (1). Le rédacteur de contrat peut avoir stipulé une clause pénale régissant les conséquences de la résolution en terme de responsabilité (2). Ainsi, les parties peuvent escompter échapper à toute procédure judiciaire du fait de la rupture de leur contrat.

---

<sup>126</sup> *Sale of Goods Act* de 1979.

## 1. Les effets de la clause résolutoire au regard de la responsabilité contractuelle

700. – **Cumul entre la clause résolutoire et la responsabilité.** Le créancier qui décide de mettre en œuvre la clause résolutoire du contrat a le droit de demander judiciairement que le préjudice résultant de l'inexécution fautive du débiteur soit indemnisé par le jeu de la responsabilité contractuelle. Le créancier peut donc saisir les juridictions pour faire constater la responsabilité contractuelle de son débiteur quant à l'inexécution à l'origine de la rupture du contrat. Si en droit commun, toute inexécution, même les cas de force majeure, peut donner lieu à la mise en œuvre de la clause résolutoire, seule la preuve de la faute du débiteur qui s'est inexécuté permettra au créancier d'obtenir une indemnisation.

701. – **Contournement du non-cumul de l'exécution forcée et de la résolution ?** La question se pose de savoir si par l'indemnisation du créancier, celui-ci ne contourne pas l'interdiction du cumul de la résolution et de l'exécution forcée<sup>127</sup>. Le créancier ne peut pas prétendre à une compensation de ses attentes contractuelles alors même qu'il met fin au contrat. Les juridictions du fond apprécieront souverainement<sup>128</sup> le montant en tenant compte de la perte éprouvée et du gain manqué.

702. – **Rédaction.** En l'absence de clause pénale ou lorsque la clause résolutoire porte sur plusieurs obligations, il est opportun de préciser que la résolution n'ôte pas le droit du créancier de demander l'indemnisation de son préjudice. Cette précision n'est pas obligatoire dans la mesure où la législation prévoit le cumul de la sanction de la résolution et de la responsabilité contractuelle. Cependant, de le rappeler permet là encore d'écarter tout débat.

### ■ Exemple :

« L'accord sera résilié de plein droit sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être dus, tant du chef de la rupture que de l'inexécution de la ou les obligations considérées. »

703. – Afin d'échapper à l'appréciation judiciaire du *quantum* des indemnisations, appréciation pouvant être défavorable pour chacune des parties, il est possible de stipuler une clause pénale.

## 2. La clause résolutoire et la clause pénale

704. – **Couple de la clause résolutoire et de la clause pénale.** La clause résolutoire est très souvent associée à la stipulation d'une clause pénale. La clause pénale<sup>129</sup> a pour objet d'indemniser le créancier en cas d'inexécution fautive du débiteur. Elle a une fonction comminatoire et indemnitaire. La clause résolutoire et la clause pénale sont complémentaires ; elles ont pour objet d'écarter le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. P. Ancel<sup>130</sup> précise que l'assemblage dans un même contrat de ces deux clauses constitue un « *couple infernal [...] pour les débiteurs.* » Ainsi, la mise en œuvre de la clause résolutoire ne saurait priver d'effet la clause pénale<sup>131</sup>. Comme le soulève

<sup>127</sup> J.-M. Do Carmo Silva, « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RLDC* 2007 n°35.

<sup>128</sup> Art. 1149 C. civ.

<sup>129</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 « La clause pénale, clause favorable au créancier », p. 359.

<sup>130</sup> P. Ancel, « Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends », *colloque CERCRED* éd. Economica 2001 p. 6.

<sup>131</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 fév. 2005 n°04-11.223.

L. Aynès<sup>132</sup> : « *n'est-il pas incohérent d'admettre que le juge ou l'arbitre puisse modérer une clause pénale et non une clause résolutoire de plein droit ?* »

705. – **Pouvoir modérateur.** Toute la difficulté de la clause pénale réside dans l'évaluation de l'indemnisation en prenant en compte le temps d'exécution du contrat, les circonstances économiques et financières. Le montant doit être dissuasif pour inviter les parties à s'exécuter sans pour autant être excessif. En vertu de l'article 1152 du Code civil<sup>133</sup>, la clause pénale peut être modérée ou augmentée par les juges du fond, et ce même d'office, sans que les parties ne puissent déroger à ce pouvoir judiciaire. Ce qui a justifié l'octroi d'un pouvoir modérateur aux juges du fond n'est pas le caractère comminatoire de la clause pénale – caractère commun avec la clause résolutoire —, mais l'excès dans l'évaluation des dommages et intérêts. C'est donc sa fonction d'indemnisation qui est ici en cause. Le pouvoir modérateur du juge apparaît opportun. En effet, les avantages excessifs accordés à une partie en position de force sont ainsi lissés. Mais surtout, la méthode de calcul de la pénalité prévue lors de la conclusion du contrat peut ne pas avoir anticipé l'évolution du contexte économique et financier et se trouver disproportionnée au jour de sa mise en œuvre.

706. – La question de la responsabilité que ce soit par une action judiciaire ou la mise en œuvre de la clause pénale est ici intimement liée à la clause résolutoire. Outre la responsabilité, les effets de la clause résolutoire sont variés.

## ***B. Les effets collatéraux de la clause résolutoire***

707. – **Porté de l'effet extinctif de la clause résolutoire.** Si la clause résolutoire a pour effet de mettre un terme au contrat, son effet n'est pas absolu. Survivent à la clause résolutoire les obligations post-contractuelles (1). De plus, la clause résolutoire peut avoir des effets collatéraux sur les contrats indivisiblement liés ou accessoires (2).

### ***1. La clause résolutoire et la survie des obligations post-contractuelles***

708. – **Détermination des obligations résiliées.** La résolution du contrat entraîne la disparition de l'ensemble des dispositions contractuelles. C'est son objet : délier les parties et leur rendre leur indépendance. La résolution partielle est cependant admise : reste à déterminer quelles stipulations du contrat peuvent continuer à recevoir application et quelles obligations sont résolues<sup>134</sup>.

709. – Obligations post-contractuelles. La survie des obligations post-contractuelles fait l'objet d'un véritable enjeu en raison même des liens qui ont existé : des informations ont été échangées faussant le jeu de la libre concurrence. Ainsi, il est courant de voir stipuler des obligations post-contractuelles.

<sup>132</sup> L. Aynès, « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *D&P* n°128 juillet/août 2004 p. 41.

<sup>133</sup> Art. 1152 C. civ. : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.* ».

<sup>134</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 16 avril 1986 n°84-16.721 Bull. n°45.

tuelles telles que l'obligation de confidentialité<sup>135</sup> ou de non-concurrence<sup>136</sup>. Cependant, la jurisprudence<sup>137</sup> exige que la survie des ces obligations soient expressément stipulées.

Dans le silence des parties, toutes les obligations y compris les obligations de confidentialité et de non-concurrence, s'éteignent<sup>138</sup> du fait de la présomption de rétroactivité des effets de la clause. Les bénéfices attendus de la clause résolutoire peuvent avoir des effets collatéraux dommageables pour le créancier non prévoyant. Cette solution jurisprudentielle est contestable et ne tient pas compte de la volonté des parties. Les obligations post-contractuelles ont vocation à survivre au delà du lien contractuel et ce même en cas de résolution pour faute du contrat. Une telle solution fait privilégier une fiction prétorienne sur le principe légal de la force obligatoire du contrat. Il revient au rédacteur d'être prévoyant afin de neutraliser une jurisprudence dogmatique.

#### ■ Exemple :

« Les obligations post-contractuelles prévues aux articles x et y ne sont pas affectées par le jeu de la clause résolutoire. »

La clause résolutoire peut encore affecter les contrats liés au contrat résolu.

### 2. La clause résolutoire et la survie des contrats liés

710. – La clause résolutoire d'un contrat principal peut affecter les contrats liés en vertu d'une clause d'indivisibilité ou par le biais de la théorie de l'accessoire.

711. – **Connexité.** La jurisprudence tend à limiter les liens entre les contrats et refuse que la simple connexité entre des contrats différents puisse permettre d'étendre les effets de la clause résolutoire portant sur un contrat donné. Cette jurisprudence<sup>139</sup> s'applique avec une certaine sévérité au regard de la lettre du contrat. Elle se justifie par le fait que la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour les obligations énumérées dans la clause. Si un contrat verbal et connexe est conclu, c'est à ses propres conditions.

712. – **Indivisibilité.** Lorsque deux contrats sont liés par une clause d'indivisibilité, et que l'un est résolu avec effet rétroactif, le second contrat devrait être considéré comme caduque<sup>140</sup>. Il ne s'agit

<sup>135</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 «Chapitre 1 : La confidentialité», p. 385.

<sup>136</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 «Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle», p. 426.

<sup>137</sup> Cass. soc. 8 déc. 1982 n°80-40.531 Bull. n°699.

<sup>138</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 1996 n°93-21.728 Bull. 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 qu'y était insérée ».

<sup>139</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 sept. 2010 n°09-10.339 Bull. n°157 : « Attendu que pour constater la résiliation du bail commercial du 20 avril 1999, après un délai de six mois accordé à la locataire pour libérer les locaux du troisième étage, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que celle-ci ne conteste pas avoir annexé les locaux du troisième étage appartenant également à la SCI, qu'elle ne justifie d'aucun titre ni d'aucune autorisation du bailleur, que cette occupation est contraire au champ d'application du bail commercial et que la persistance de l'infraction, un mois après la sommation, n'est pas contestée ; Qu'en statuant ainsi, alors que la résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

<sup>140</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 2 : La Caducité», p. 261.

pas ici d'un effet propre de la clause résolutoire, sauf aux parties de l'anticiper dans la rédaction de leur contrat, mais bien plutôt d'une conséquence collatérale.

Le rédacteur de contrat a intérêt à contractualiser les conséquences de la clause résolutoire qui concernent tant la responsabilité que les contrats liés ou accessoires. Ils peuvent être rétroactifs ou pour l'avenir en fonction des stipulations contractuelles.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La rédaction de la clause résolutoire appelle à la plus grande rigueur. « *Seule une rédaction précise et adaptée des contrats permet d'assurer l'efficacité de ces clauses* »<sup>141</sup>. Quant à la qualification de la clause : il a pu être proposé comme formulation « *le juge constatera – et non prononcera – la résolution* » ou « *le contrat sera résolu par la seule volonté du créancier* »<sup>142</sup>, mais non « *le contrat sera résilié si bon semble au créancier* » formulation considérée comme un simple rappel du droit de résolution judiciaire<sup>143</sup> ; et quant au fondement du droit de rompre, à savoir l'inexécution : « *le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution* »<sup>144</sup>.

Elle doit porter sur certains éléments<sup>145</sup> :

- les obligations inexécutées ouvrant droit à l'exercice du droit de résiliation ;
- la procédure de mise en œuvre de la clause à savoir : la mise en demeure ; le délai pour répondre à la mise en demeure ; les conséquences du défaut de réponse de la mise en demeure ;
- les conséquences de la clause résolutoire telles que les restitutions ou la survie des obligations post-contractuelles.

### ■ Clause résolutoire :

« 1. *Les parties pourront résilier de plein droit le contrat en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution des obligations suivantes :*

- *l'obligation de [à compléter] (article x du contrat) ;*
- *le paiement du prix (article x du contrat) ;*
- *l'obligation de non-concurrence (article x du contrat) ;*

*La partie qui constate le non-respect de ces obligations pourra résilier de plein droit l'accord par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être demandés du fait de l'inexécution de la ou les obligations considérées. Il est expressément prévu une dispense de mise en demeure pour les fautes graves. La résiliation prendra effet automatiquement huit jours après la première présentation par les services postaux de la lettre à la partie fautive. Durant ce délai, la partie fautive pourra tenter de se justifier sur les faits reprochés.*

*2. En cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution, par l'une ou l'autre des parties, d'une ou de plusieurs obligations lui incombant en vertu du contrat, la partie créancière de l'obligation inexécutée pourra résilier le contrat de plein droit.*

*Elle adressera à la partie débitrice une lettre recommandée avec accusé de réception de mise en demeure*

<sup>141</sup> J.-A. Robert et Q. Charluteau, « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *RLDC* 2010 n°68.

<sup>142</sup> CA Paris 1<sup>er</sup> sept. 2005 n°2005/02126 OPAC c/ Makven.

<sup>143</sup> Lamy, *Droit des contrats*, 2011, Étude 455 n°455-24.

<sup>144</sup> Lamy, *Droit des contrats*, 2011, Étude 455 n°455-24.

<sup>145</sup> W. Dross, *Clausier*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, p. 670.



*d'exécuter l'obligation lui incombant. Si, dans un délai de trente jours suivant la réception de la lettre de mise en demeure, la ou les obligations n'ont pas été exécutées correctement, l'accord sera résilié de plein droit sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être dus, tant du chef de la rupture que de l'inexécution de la ou les obligations considérées.*

*3. En cas de résiliation du contrat pour faute du débiteur, celui-ci ne pourra prétendre à aucun remboursement.*

*4. La résolution opère pour l'avenir sans rétroactivité. Les obligations post-contractuelles prévues aux articles x et y ne sont pas affectées par le jeu de la clause résolutoire. »*

713. – **Précisions.** La clause résolutoire doit être la plus précise possible pour éviter tout contentieux dans le cadre de la mise en œuvre de la clause résolutoire.

Chaque clause devra être personnalisée en fonction du contrat négocié entre les parties. Il ne s'agit que d'une proposition de rédaction qui pourra être écartée le cas échéant en fonction de la spécificité de la relation contractuelle.

Il est préférable de ne pas prévoir un déséquilibre important entre les pouvoirs des parties.

Il est conseillé aux parties de différencier selon la gravité des inexécutions et de lister les obligations qui ouvriront droit à la résolution du contrat.

Dès lors qu'un délai est stipulé, il convient de préciser son point de départ et d'arrivée : est-ce à la réception ou à l'envoi, est-ce la première présentation de la lettre par les services postaux ? Cette précision évite là encore tout contentieux à venir.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 2

714. – **Efficacité contrôlée.** La clause résolutoire s'affirme comme une incontournable dans le paysage contractuel. Pouvoir discrétionnaire de sanction du créancier, elle se caractérise par sa grande efficacité et sa grande sévérité à l'égard du débiteur. Elle éteint le lien contractuel de façon irréversible. L'hostilité du pouvoir judiciaire invite le créancier à faire preuve de la plus grande vigilance dans la mise en œuvre de la clause afin de ne pas voir sa responsabilité engagée.

Le contentieux s'est déplacé : hier, le débat portait sur la gravité de la faute du débiteur, aujourd'hui, il porte sur le contrôle de la mise en œuvre de la clause résolutoire par le créancier.

Le rédacteur de contrat doit veiller à anticiper tant les modalités de mise en œuvre de la clause résolutoire que les effets de ce mécanisme de fin de contrat. Trop souvent, la clause résolutoire n'anticipe pas son effet rétroactif qui peut porter atteinte à la survie des obligations post-contractuelles.

## CONCLUSION DU TITRE 1 DE LA PARTIE 2

*« Punir est devenu un cas particulier de notre devoir général de prendre acte de la responsabilité individuelle dans une société de liberté »*

*Alain Peyrefitte*

715. – **Pouvoir des parties mais contrôle du juge.** La résolution du contrat s'affirme comme la consécration du pouvoir des parties sur le sort du contrat. Le créancier victime de l'inexécution a le choix de décider de la sanction de son partenaire. Il peut résoudre le contrat sous réserve d'en respecter les conditions contractuelles.

La résolution judiciaire est devenue secondaire. Ainsi, la clause résolutoire qui n'aurait pas prévues certains comportements ne prive pas les parties de la faculté de saisir le juge, intermédiaire naturel entre elles.

Les insuffisances de la clause résolutoire n'ôtent pas pour autant aux parties leur pouvoir de sanction. En effet, il a été admis un pouvoir de sanction débarrassé de toutes contraintes judiciaires ou contractuelles : le pouvoir de rupture pour comportement grave du débiteur rendant intolérable le maintien du lien contractuel. Consécration du pouvoir de sanction des parties, celles-ci peuvent sanctionner immédiatement leur partenaire indélicat.

Le contrôle du juge s'est déplacé : il ne contrôle que rarement la gravité de l'inexécution du débiteur fautif. Il s'intéresse aujourd'hui à la mise en œuvre du pouvoir de sanction par le créancier. Hier, le juge s'intéressait exclusivement au comportement du débiteur. Désormais, c'est le créancier qui est soumis au pouvoir de contrôle judiciaire.

Le pouvoir de sanctionner dévolu au créancier, celui-ci est reconnu comme responsable de la cessation du lien contractuel.



---

## TITRE 2 :

### LA RUPTURE IMPOSÉE

---

#### INTRODUCTION

*« L'avenir s'édifie sur des ruptures et des renouements naturels qu'aucun homme n'est capable d'éviter. »*

*Robert Mallet, Apostille ou l'amour et le futile, 1972*

716. – **Variété des causes de fin de contrat.** La cessation naturelle du contrat repose soit sur son exécution par le paiement, soit sur l'arrivée de son terme extinctif. La cessation malade du contrat repose soit sur un vice affectant sa validité — il s'agit alors de la sanction de la nullité — soit sur une faute affectant la pérennité du lien contractuel — il s'agit alors de la résolution.

Cependant, il existe d'autres mécanismes de rupture du lien contractuel détaché de toutes ces notions d'exécution, de termes, de vices, ou de fautes. Le contrat est parfaitement valable, son exécution a vocation à se poursuivre dans le temps et chacun des partenaires fait preuve de diligences. Pourtant, le contrat va prendre fin.

717. – **Rupture imposée.** Plus étonnant encore, la rupture peut être imposée aux parties ou à son seul partenaire.

La rupture s'impose lorsque les parties ont voulu tenir compte de l'impact d'évènement extérieur sur leur lien contractuel. Cet évènement extérieur vient bouleverser l'économie du contrat à tel point qu'il lui en fait perdre son intérêt. Deux mécanismes permettent de tenir compte du cours des évènements : il s'agit de la condition résolutoire et de la caducité (**Chapitre 1**).

La rupture s'impose encore à une des parties par décision unilatérale de l'autre partie. Ainsi, le droit permet à une partie de retirer son consentement sans motif en cours d'exécution du contrat. Parce que le consentement a été retiré, le contrat ne peut plus perdurer. La clause de dédit permet ainsi d'imposer unilatéralement la cessation du lien contractuel sans motif (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : LA RUPTURE EXTÉRIEURE AUX PARTIES

(CHAPITRE 2 : LE POUVOIR DE RUPTURE UNILATÉRALE)

## INTRODUCTION

*« Pour prévoir l'avenir, il faut connaître le passé, car les évènements de ce monde ont en tout temps des liens aux temps qui les ont précédés. Créés par les hommes animés des mêmes passions, ces évènements doivent nécessairement avoir les mêmes résultats. »*

*Nicolas Machiavel, Le Prince, 1532*

718. – **Contractualisation des évènements.** Le contrat est la chose des parties. Cependant, les parties ne peuvent pas prévoir tous les évènements qui vont affecter l'existence de leur lien contractuel. La survenance de certains évènements fait perdre au contrat tout son intérêt. Conclu en fonction de certaines circonstances, dès lors que le contrat s'inscrit dans la durée, les parties ne sont plus maîtres des évènements qui vont affecter leur relation.

Dans les cas les plus graves, la pérennité même de la relation contractuelle est compromise. La pratique a tenté de contractualiser l'incertitude ou l'ignorance afin de permettre aux parties de rompre leur lien contractuel en raison de ces évènements de façon sereine.

719. – **Plan.** Dans un cas, la survenance de l'évènement est attendue ou redoutée, mais elle est anticipée. Les parties auront alors recours au mécanisme de la condition résolutoire (**Section 1**). Dans un autre cas, les parties ignorent le cours des évènements, elles s'attachent dès lors à définir ce qui pour elles est essentiel à la pérennité de leur relation. Les parties auront alors recours au mécanisme de la clause de caducité (**Section 2**).



## SECTION 1 : LA CONDITION RÉSOLUTOIRE

(SECTION 2 : LA CADUCITÉ)

« *Je ne sais pas comment cela se passe à Paris, mais chez nous ces sortes d'objets ne s'achètent qu'à condition. Tous nos bijoutiers les reprennent, ils y sont habitués.* »

*Alphonse Daudet, L'Obstacle, 1891, p. 213*

720. – **À condition que.** La condition résolutoire n'est pas aimée du juriste : elle défait ce qui a été fait, réalise un retour au *statu quo ante*. On lui préfère sa jumelle la condition suspensive qui elle, est créatrice ; elle est tournée vers l'avenir. Et pourtant, la condition résolutoire est un mécanisme très utile dont l'usage tend à se développer. Le praticien dispose là d'un instrument spécifique à ne pas délaissier.

La notion de condition recouvre deux sens :

- elle est tour à tour la qualité d'une chose ou d'un être<sup>1</sup> — ainsi, en droit du commerce elle est la qualité requise de la marchandise<sup>2</sup> ;
- et elle est la survenance hypothétique d'un évènement. On ne retiendra que ce second sens.

En droit, elle est un évènement futur et incertain à la réalisation duquel on subordonne l'existence même de l'obligation : sa naissance ou son extinction. Elle est alors qualifiée de suspensive ou de résolutoire.

La condition porte sur une obligation dont elle préside l'effet temporel. Selon le doyen Carbonnier<sup>3</sup> : « *La condition est une modalité temporelle élémentaire de l'obligation.* » Elle porte non sur la validité de l'obligation, mais sur son existence même.

La condition est définie par les articles 1168 et suivant du Code civil<sup>4</sup> au chapitre des différentes espèces d'obligations. La condition résolutoire est plus spécifiquement régie par les articles 1183<sup>5</sup> et 1184 du Code civil. Il s'agit d'un mécanisme de fin de contrat rétroactif par lequel la survenance d'un évènement particulier emporte la disparition de l'entier contrat. L'article 1184 du Code civil<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (C.N.R.T.L.) donne ainsi plusieurs sens à la condition : 1. « *Situation inhérente à la nature, à la profession, à la classe sociale* » d'une personne, 2. « *État général de l'organisme* » concernant le corps humain et 3. « *Circonstances qui déterminent le caractère ou l'existence d'un phénomène* » concernant les biens. Disponible sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/condition>.

<sup>2</sup> Disponible sur : [http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r\\_motclef/index800\\_1.asp](http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index800_1.asp).

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Droit civil Tome 4 les obligations*, éd. P.U.F. 1998 p. 248 n°132.

<sup>4</sup> Art. 1168 C. civ. : « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas.* ».

<sup>5</sup> Art. 1183 C. civ. : « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évènement prévu par la condition arrive.* ».

<sup>6</sup> Art. 1184 C. civ. : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques,*

dispose que tout contrat synallagmatique contient nécessairement une condition résolutoire du fait de la réciprocité des obligations stipulées. Cette condition résolutoire s'entend comme l'événement incertain constitué par l'inexécution fautive d'une partie ayant pour effet d'éteindre les obligations réciproques de l'autre partie. Fondement de la résolution<sup>7</sup>, elle ne serait qu'une forme particulière de condition résolutoire. Il est à regretter cette tournure légale trop restrictive. La condition résolutoire ne se limite pas seulement aux contrats synallagmatiques. Les parties sont libres de prévoir des conditions résolutoires spécifiques à leurs relations contractuelles qu'il s'agisse de contrats synallagmatiques ou unilatéraux.

721. – **La pratique de la condition résolutoire.** À la lecture des textes, la condition en tant que modalité de l'obligation, paraît ne pas être un mécanisme de fin de contrat, mais un mécanisme de fin d'obligation. Sa portée ne concernerait que des obligations réciproques, mais non le contrat dans son ensemble.

La pratique s'est emparée du mécanisme et l'a étendu au contrat, faisant de la condition résolutoire un mécanisme de droit commun de fin de contrat. De plus en plus sont rédigés des contrats sous condition résolutoire et non seulement des obligations sous condition résolutoire même si ce phénomène apparaît moins fréquemment que pour son homologue, la condition suspensive, « *l'effet résolutoire [étant] moins fréquemment recherché par les parties en ce qu'il génère des difficultés inhérentes à toute rétroactivité restitutive* »<sup>8</sup>.

722. – Condition résolutoire et droit immobilier. La défiance du juriste envers la condition résolutoire est fondée sur le régime de la vente immobilière. Ainsi, lorsque la condition résolutoire se réalise, le droit considère que s'opère une seconde vente. Elle est donc soumise à une double imposition et à de doubles formalités très coûteuses<sup>9</sup>. Le recul de la place des biens immobiliers comme facteur de richesse dans notre société a conduit à reconsidérer le mécanisme au profit d'autres situations. La condition résolutoire rencontre un regain d'intérêt du fait de l'exécution immédiate du contrat. La condition résolutoire entretient un lien particulier avec le contrat : simple modalité de l'obligation, lorsque la condition se réalise elle peut affecter l'existence de l'entier contrat (§1). Son régime est spécifique selon que la condition défaille ou se réalise faisant alors naître des obligations de restitutions, défaisant ce que les parties ont exécuté (§2).

## §1. La relation de la condition résolutoire et du contrat

723. – Consécration de la validité. La condition résolutoire est un mécanisme de portée générale peu ou mal utilisé. Bien que sa validité ait pu être débattue (A), elle est largement admise aujourd'hui (B). Si les rédacteurs lui préfèrent en général la condition suspensive, la condition résolutoire s'adapte à toutes les situations juridiques et présente de nombreux avantages dont le premier est de ne pas retarder l'exécution du contrat.

---

*pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. ».*

<sup>7</sup> Cf. Thèse Partie 2 «Titre 1 : La rupture sanction», p. 170.

<sup>8</sup> S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, 2001 P.U.A.M. n°392.

<sup>9</sup> Art. 1961 CGI ; Ques. écrite n°7691 JO AN 23 octobre 2012 sans réponse ; J.-L. Bergel, J.-J. Eyrolles, Lamy *Droit Immobilier* 2013 n°6793.

## A. La spécificité de la condition résolutoire

724. – **Condition résolutoire et suspensive.** Le législateur a conçu la condition comme un tout unique amalgamant les conditions de validité de la condition suspensive et de la condition résolutoire. Pourtant, il s'agit de deux notions bien distinctes qui ne sauraient être confondues (1). La condition résolutoire interroge quant à sa validité du fait de sa potestativité (2).

### 1. Deux notions versus identité des conditions de validité

725. – **Notions autonomes.** Malgré le fait que la condition résolutoire a évolué dans l'ombre de la condition suspensive, la condition résolutoire s'impose dans la technique contractuelle (a). Notions voisines, irréductibles l'une à l'autre en dépit de la tentation de les fusionner, elles se caractérisent toutes deux par les mêmes conditions de validité : l'aléa de la survenance d'un événement incertain (b).

#### a. La condition résolutoire : une condition à part entière

726. – **Autonomie de la condition résolutoire.** La pratique impose la condition résolutoire comme un mécanisme de droit commun à part entière se distinguant de la condition suspensive. Il s'agit d'une évolution notable permettant de consacrer l'autonomie de la condition résolutoire.

727. – **Évolution historique.** D'origine romaine<sup>10</sup>, la condition résolutoire n'était que le pendant de la condition suspensive. La doctrine amalgamait les notions de condition suspensive et de condition résolutoire en les superposant : « *Bien souvent, un même événement constitue une condition suspensive pour une partie et résolutoire pour l'autre. Ainsi, dans la vente conditionnelle, les droits de l'acquéreur sont soumis à une condition suspensive et ceux du vendeur à une condition résolutoire.* »<sup>11</sup> Le doyen Carbonnier<sup>12</sup> considérait ainsi que la condition résolutoire était « *une variété de condition suspensive, suspendant non plus la naissance, mais la cessation du rapport de droit* ». Lorsque la condition résolutoire se réalise, elle produit un effet rétroactif qui fait naître entre les parties des obligations de restitution. Il a pu être considéré que l'effet de l'obligation de restitution était suspendu. C'est cette obligation de restitution qui serait alors conclue sous condition suspensive. Cette analyse tenait principalement au fait que la condition résolutoire était rarement utilisée et donc peu intéressante.

728. – **Critique.** Cependant, cette analyse confond l'effet et la cause. Elle ne rend pas compte de l'actualité du mécanisme et de la volonté des parties. C'est donner trop d'importance à l'obligation de restitution, simple conséquence de la condition résolutoire qui ne saurait masquer les obligations essentielles du contrat.

Les notions de condition résolutoire et de condition suspensive apparaissent bien distinctes<sup>13</sup>, l'une suspendant l'effet du contrat dans l'attente d'un événement tandis que l'autre soumet la pérennité des effets du contrat à la survenance dudit événement. Il s'agit de mécanismes inverses : la condi-

<sup>10</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 42.

<sup>11</sup> G. Marty, Ph. Jestaz, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations* Tome 2 *Le régime*, 2<sup>ème</sup> éd. Sirey p. 62 n°69.

<sup>12</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 4 Les Obligations*, éd. PUF 1998 p. 256-257 n°136.

<sup>13</sup> H. et L. et D. Mazeaud, F. Chabas, *Leçon de droit civil, Tome 2 1<sup>er</sup> volume Obligations Théorie générale*, 8<sup>ème</sup> éd., Montchrestien p. 1.105 §1.038.

tion suspensive se caractérise par le fait que la survenance de l'évènement fait acquérir au contrat sa perfection. À l'inverse, la condition résolutoire se caractérise par le fait que la survenance de l'évènement fait perdre au contrat sa raison d'être et emporte de ce fait anéantissement de son existence. Ces deux mécanismes ont pour différence fondamentale le pari que font les parties quant à la survenance de l'évènement considéré par rapport au moment d'exécution du contrat. « *Les mécanismes qu'elles instaurent sont aux antipodes et il serait vain de croire que l'antagonisme de leurs effets soit sans incidence sur cette question.* »<sup>14</sup>

729.– **Rédaction.** Le travail du praticien est ici doublement primordial : il doit conseiller les parties quant à la contractualisation de l'évènement considéré, mais aussi quant à la temporalité de l'exécution du contrat. Ainsi, la condition suspensive en suspend l'exécution pour garantir l'effet juridique tandis que la condition résolutoire assure l'exécution immédiate du contrat, mais non la pérennité de l'exécution.

730.– **Exemple de la vente.** Le contrat de vente conclu sous condition illustre la différence entre ces deux mécanismes. Un contrat de vente conclu sous condition suspensive est parfait dès sa conclusion, mais la condition suspend à la fois l'obtention du droit de propriété au profit de l'acquéreur et le paiement du prix du bien au profit du vendeur. Tant que l'évènement considéré n'est pas advenu, l'exécution du contrat de vente est retardée. À l'inverse, lorsque le contrat de vente est conclu sous condition résolutoire, le droit de propriété est transmis et le prix payé lors de la signature, la condition portant sur la pérennité de ces obligations. Si l'évènement considéré survient, les parties devront procéder aux restitutions du droit de propriété et du prix de vente. Les notaires<sup>15</sup> invitent les parties à prendre soin de bien qualifier la condition : « *s'il s'agit d'une condition suspensive, le transfert de propriété ne se fera que le jour de la réalisation de cette condition : il ne devra se soucier de l'assurance [de l'immeuble] qu'à ce moment. Par contre, en cas de condition résolutoire, il sera propriétaire dès le jour de la signature du compromis et devra immédiatement faire assurer l'immeuble.* » Condition suspensive et condition résolutoire sont donc fondamentalement des mécanismes inverses.

731.– Cette différence de mécanisme ne saurait faire oublier la gémellité qui unit la condition résolutoire et la condition suspensive et plus précisément l'évènement incertain fondant le mécanisme de la condition.

## **b. La condition incertaine, mais possible, morale et légale**

732.– **Similarité des conditions de validité.** Les conditions de validité de la condition résolutoire sont identiques à celle de la condition suspensive. Le praticien a la même obligation de vigilance quant à la validité de la condition. En effet, sa nullité rejaillit sur l'ensemble du contrat puisque la condition lui est essentielle<sup>16</sup> d'après l'article 1172 du Code civil<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RJT'D civ.* 2007 p. 701 n°5.

<sup>15</sup> Disponible sur : [http://www.notaire.be/info/acheter/380\\_condition\\_suspensive\\_ou\\_resolutoire.htm](http://www.notaire.be/info/acheter/380_condition_suspensive_ou_resolutoire.htm).

<sup>16</sup> CA Paris 30 avril 1963, *D.* 1963.428 obs. A. Rouast à propos de la clause de célibat figurant dans le règlement intérieur de la Compagnie Air France.

<sup>17</sup> Art. 1172 C. civ. : « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* ».

733. – **Nullité relative du contrat.** Le non-respect des conditions de validité de la condition résolutoire est sanctionné par la nullité<sup>18</sup> relative<sup>19</sup> du contrat. En principe, la condition ayant vocation à régir la perfection du contrat, sa nullité ne peut être partielle, limitée à la seule obligation sur laquelle elle porte. Cependant, l'obligation conditionnelle peut n'être qu'un simple accessoire du contrat ; dans une telle situation, la nullité n'affectera que la seule obligation conditionnelle.

734. – **Conditions de validité.** Les conditions de validité sont au nombre de quatre :

- la condition doit être morale ;
- la condition doit être légale ;
- la condition doit porter sur un événement possible : la notion de possibilité s'entend d'un événement dont la réalisation matérielle ou juridique est envisageable. Ainsi, dès lors que la survenance ou l'impossible survenance de l'événement est certaine, la condition est considérée comme réalisée. Si l'événement est impossible dès sa stipulation, le contrat pourra être annulé, l'aléa n'ayant jamais existé ;
- la condition doit porter sur un événement incertain : cette dernière caractéristique appelle quelques remarques.

735. – **Événement incertain.** La caractéristique fondamentale de la condition est d'être incertaine. Elle contractualise un aléa. En effet, il y a condition résolutoire parce qu'il existe une incertitude quant à la survenance d'un événement affectant la pérennité du contrat. L'incertitude s'entend comme ce qui recouvre un caractère d'imprécision, qui est « *variable, peu sûr* », « *qui n'est pas fixe, pas déterminé* »<sup>20</sup>. L'incertitude est objectivement appréciable.

736. – **Incertitude subjective ?** Pourtant, s'est posée la question de l'admission de l'incertitude subjective de la réalisation de l'événement, c'est-à-dire, reposant sur la seule perception des parties. « *On a pu soutenir qu'une certitude subjective, c'est-à-dire une certitude résultant de la seule intention des parties, pourrait constituer un terme certain.* »<sup>21</sup>

Si la jurisprudence avait cru bon, dans un premier temps, admettre cette forme d'incertitude subjective<sup>22</sup>, elle est revenue à une plus grande orthodoxie dès 1999<sup>23</sup> et exige depuis lors que l'incertitude soit objectivement constatée au moment de la stipulation de la condition<sup>24</sup>. Dans cet arrêt de 2004, la Cour de cassation refuse de prendre en compte la volonté des parties pour qualifier un événement de certain ou d'incertain.

Comme le relève A. Bories<sup>25</sup>, cet arrêt ôte aux juges du fond leur pouvoir d'interprétation de la volonté des parties : « *la clause autrefois soumise à interprétation devient claire et précise, privant le*

<sup>18</sup> CA Paris 6 juin 1997, Juris-Data n°021438 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 fév. 1982 Non publié, disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007071774&fastReqId=1368379536&fastPos=1>.

<sup>19</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 oct. 2008 n°07-14.396 obs. B. Brignon, « Bref état des lieux sur la condition résolutoire et sur la condition impossible », *LP* 19 mars 2009 n°56 p. 7.  
En cas d'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la nullité sera absolue.

<sup>20</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré*, 2<sup>ème</sup> éd. 1872-1877.

<sup>21</sup> J. Ghestin, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1998 C 1.

<sup>22</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 27 nov. 1969 Bull. n°772, *RTD civ.* 1970 p. 798 n°13 obs. Y. Loussouarn ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 janv. 1976 n°74-14.069 Bull. n°37 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 déc. 1994 n°93-10.206 Bull. n°377.

<sup>23</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 avril 1999 n°97-11.156 Bull. n°131.

<sup>24</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 juill. 2004 n°01-01.429 Bull. n°204.

<sup>25</sup> A. Bories, « Condition, terme et potestativité à propos d'une promesse unilatérale d'achat », *D.* 2005

*juge de la quête de l'intention des parties, critère désormais inopérant* ». De cette position, il en résulte une distinction claire avec le mécanisme du terme, notion bien distincte de celui de la condition<sup>26</sup>.

737.– **Analyse.** Cette jurisprudence doit être approuvée, l'aléa caractérisant l'évènement conditionnel devant pouvoir être matériellement vérifiable. Toute autre interprétation est source d'une grave incertitude juridique et ouvre la voie à un contentieux inépuisable.

Le rédacteur du contrat a ici intérêt à être particulièrement vigilant quant à la formulation de l'évènement incertain. Il ne peut se contenter d'une simple transposition des dires des parties. La difficulté est d'autant plus importante qu'aucun modèle ne peut être véritablement préconçu, l'évènement étant différent pour chaque cas d'espèce.

#### ■ Exemple :

« *Ladite obligation est conclue à la condition que dans le délai de [à compléter], ne se soient pas produits les évènements suivants : [à compléter] / se soient produits les évènements suivants : [à compléter].* »

Le problème de la validité de la condition résolutoire s'est posé plus particulièrement concernant une variété particulière de conditions dites potestatives sanctionnées légalement par la nullité<sup>27</sup>.

### 2. La condition résolutoire potestative ?

738.– **Postulat.** Le Code civil pose un postulat simple, sans distinction : la condition potestative est nulle. L'idée qui présidait à cette disposition était de ne pas permettre à une partie d'avoir un droit de vie ou de mort sur le contrat par sa seule volonté en faisant advenir ou non l'évènement considéré. Pourtant, cette disposition est inadaptée aux conditions résolutoires.

La qualification de la condition purement potestative n'est pas sans poser de difficultés (a). À la sanction de la nullité d'une telle condition, il pourrait lui être substitué la sanction de la responsabilité pour abus de droit (b).

#### a. Qualification de condition purement potestative

739.– **Définitions.** La condition potestative est définie par l'article 1170 du Code civil comme « *celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.* » La condition potestative se distingue de la condition casuelle, qui fait dépendre l'existence ou la pérennité du contrat à la survenance d'un évènement hasardeux. Elle se distingue encore de la condition mixte, l'évènement pris en considération dépendant pour partie du hasard et pour partie de la volonté de l'une des parties.

La condition potestative est l'octroi d'un droit potestatif à une partie. Un droit potestatif peut se définir comme « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent agir sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles, au moyen d'une activité propre unilatérale.* »<sup>28</sup>

---

p. 2009.

<sup>26</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chap 1 «Le terme extinctif : détermination de la durée de vie du contrat», p. 24.

<sup>27</sup> Art. 1174 C. civ. : « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* ».

<sup>28</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 juill. 2004, *D.* 2005 p. 1.009.



740. – **Difficultés de qualification.** La qualification de droits potestatifs pose des difficultés au rédacteur de contrat confronté aux incertitudes d'appréciation des juges du fond. Le critère traditionnel de qualification de la potestativité est celui de l'arbitraire de la décision du débiteur<sup>29</sup> — et donc une analyse de la potestativité *ab initio*, dès la conclusion du contrat, soit dès l'octroi du droit litigieux.

Il n'est tenu compte ni de l'équilibre contractuel global ni de l'usage de ce droit potestatif. Pourtant, selon les constructions contractuelles, il ne ressort pas de façon évidente que le sort du contrat soit laissé entre les mains d'une seule partie du fait de la condition résolutoire. Il convient de mesurer l'emprise d'une partie sur la possibilité de réalisation d'un événement. Traditionnellement, il était considéré que la condition purement potestative revenait à nier l'égalité de principe entre les parties à un même contrat puisque l'existence de la relation contractuelle était sous l'emprise discrétionnaire d'une seule. « *Il s'agit de savoir s'il est admissible d'autoriser l'un des contractants à s'ériger en maître exclusif du contrat en lui permettant de se libérer par décision unilatérale, à tout moment et sans motif, de l'engagement qu'il a souscrit* »<sup>30</sup>.

741. – **Jurisprudence.** Aujourd'hui, la jurisprudence apprécie la rupture d'égalité davantage lors de l'exercice du droit potestatif que lors de sa naissance. Cette évolution est souhaitable la potestativité étant difficilement appréciable in abstracto.

La Cour de cassation dans un arrêt du 16 octobre 2001<sup>31</sup> considère en effet qu'« *ayant relevé l'ambiguïté de la clause litigieuse [la cour d'appel] a souverainement constaté qu'elle n'était pas purement potestative.* » Dans cette affaire, une clinique avait conclu différents contrats avec des médecins, contrats qui prévoyaient que « *si la Clinique des Chênes cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation, le contrat prendrait fin sans que le cocontractant puisse exiger d'indemnité* ». La condition résolutoire stipulée était l'éventuelle cessation de l'activité de l'établissement, quelle qu'en fût la cause — cause qui pouvait être purement potestative ou mixte. Or, les juges constatent que la fermeture de la clinique avait été décidée « *sous la pression d'événements économiques irrésistibles* ». La condition englobait toutes les causes possibles, dont la volonté arbitraire de la clinique, mais aussi la faillite ou le rachat — conditions qui ne dépendent pas de la seule volonté de la clinique. La Cour de cassation considère que lorsque l'événement conditionnel peut aléatoirement être purement potestatif ou mixte, le contrôle de validité s'effectue lors de la réalisation de la condition pour prendre en compte la réalité de la potestativité mise en œuvre. « *En définitive, le jeu de la condition pouvant ne pas être potestatif, la qualification de potestative est écartée !* »<sup>32</sup> C'est donc la mise en œuvre du droit qui est ici contrôlée et non plus la naissance dudit droit.

742. – **Analyse.** L'importance de cet arrêt réside dans l'affirmation corrélatrice de la validité de la condition potestative *ab initio*. La suspicion de nullité qui affectait traditionnellement tout droit potestatif semble écartée pour une appréciation *in concreto* de la mise en œuvre de ce droit. Il convient d'espérer que cette évolution sera généralisée. En effet, la nullité du droit potestatif est fondée sur la fausse idée que nécessairement un droit potestatif rompt l'équilibre du contrat ; or, W. Dross affirme concernant les contrats unilatéraux « *La potestativité, loin d'apporter un déséqui-*

<sup>29</sup> J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in *Mélanges A. Weill* 1983 p. 250.

<sup>30</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701 n°7.

<sup>31</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020, *JCP G* 2001 IV 2898.

<sup>32</sup> J. Rochfeld, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020, *JCP* 2002 I 134.

*libre supplémentaire au contrat en cause, le rééquilibre au contraire* »<sup>33</sup>. Il convient de privilégier une interprétation in concreto à une analyse in abstracto qui ne tient pas compte du comportement des parties.

743. – Témoignant de cette évolution, la Cour de cassation impose une obligation de faire de moyen à la partie par qui la condition peut ou non se réaliser. Ainsi, il a été décidé en matière de contrat de vente soumise à la condition suspensive d'obtention d'un prêt, que la condition était réputée accomplie lorsque par son comportement le débiteur en avait empêché l'accomplissement<sup>34</sup>. Cette solution est transposable à la condition résolutoire. J. Mestre<sup>35</sup> considère qu'« avec une certaine hardiesse, la jurisprudence a dépassé les précisions littérales de l'article 1178 du Code civil pour mettre à la charge du débiteur une véritable obligation positive : celle de faire tout son possible pour que la condition se réalise ». Ainsi, la question de la potestativité est là encore écartée au profit d'une obligation du débiteur dont la défaillance engage sa responsabilité d'une part, mais surtout fait advenir la condition.

Il conviendrait dès lors d'abandonner la sanction de la nullité au profit de la responsabilité pour abus de droit.

## **b. Nullité de la condition purement potestative versus abus de droit ?**

744. – **Remise en cause de la nullité.** L'article 1174 du Code civil<sup>36</sup> instaure une nullité lorsque le débiteur est libre de s'exécuter ou non, selon son bon vouloir. En effet, une telle stipulation était considérée comme la négation de la force obligatoire du contrat.

Certains auteurs ont remis en cause le principe même de cette nullité. Pour une partie de la doctrine, cet article ne concernerait que les conditions suspensives en ce qu'elles interdisent au contrat de se former, la condition ne pouvant pas porter sur le consentement même d'une partie<sup>37</sup>.

La nullité de la condition résolutoire purement potestative serait sans objet. Par contre, la question de la nullité a pu se poser concernant la condition résolutoire simplement potestative. Là encore, la nullité doit être écartée, puisque la question de la sanction concerne la mise en œuvre du droit potestatif. Or, la nullité concerne la formation du contrat et non son exécution.

745. – **Jurisprudence.** La jurisprudence tend à se départir de la rigueur du Code civil<sup>38</sup>. En effet, si cette nullité légale s'apprécie en principe au jour de la conclusion de l'obligation conditionnelle, la jurisprudence considère davantage aujourd'hui l'intérêt de contrôler la mise en œuvre de la condition potestative.

Pour J. Rochfeld<sup>39</sup>, la sanction devrait alors être non plus la nullité, mais la responsabilité pour abus de droit. En effet, prononcer la nullité de la condition résolutoire potestative a les mêmes effets que

<sup>33</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RJD civ.* 2007 p. 701 n°8.

<sup>34</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 20 nov. 2013 n° 12-29.021 Bull. n° NC.

<sup>35</sup> J. Mestre, *RJD civ.* 1987 p. 757.

<sup>36</sup> Art. 1174 C. civ. : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. ».

<sup>37</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2005 n°1223 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, 6<sup>ème</sup> éd. par Bartin n°1028.

<sup>38</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020, *JCP G* 2001 IV, 2898.

<sup>39</sup> J. Rochfeld, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020, *JCP* 2002 I 134.

de laisser la condition résolutoire agir. Il serait souhaitable d'abandonner la nullité, sanction qui semble aujourd'hui inadaptée.

La nullité pour potestativité tend, si ce n'est à disparaître, en tous les cas à être plus rare par « *la reconnaissance de droits potestatifs adjoints au contrat* »<sup>40</sup>.

746. – La question de la validité de la condition résolutoire est primordiale au regard du développement de son usage par le praticien. La condition résolutoire est de plus en plus répandue dans tous les domaines contractuels et n'est plus cantonnée aux seuls contrats unilatéraux, terreau de prédilection de cette clause.

## ***B. L'adaptabilité de la condition résolutoire***

747. – **Instrument malléable.** La condition résolutoire « *s'appuie toujours sur l'obligation* »<sup>41</sup>, elle est une modalité de l'obligation (1). Elle peut donc être stipulée dans tous contrats sans distinction. La condition résolutoire peut également affecter le contrat et non plus la seule obligation (2). C'est le contrat comme véhicule juridique et non une seule obligation qui est alors conclu sous condition résolutoire.

Le rédacteur du contrat dispose d'un instrument malléable et adaptable à la spécificité des cas d'espèce.

### ***1. La condition résolutoire : une modalité de l'obligation***

748. – **Portée ?** Le rédacteur de contrat ne se heurte à aucune restriction quant à la nature du contrat lorsqu'il stipule une condition résolutoire. Celui-ci doit cependant veiller à préciser la portée de la condition résolutoire. Une partie de la doctrine<sup>42</sup> distingue ainsi selon que la condition porte sur le sort du contrat ou sur celui d'une simple obligation.

Lors de la survenance de l'évènement objet de la condition résolutoire, la portée attendue est l'anéantissement de l'entier contrat. Cependant, l'obligation conditionnelle peut avoir un effet ponctuel dans les relations entre les parties et ne pas avoir d'impact sur l'entier contrat. R. Savatier<sup>43</sup> souligne ainsi que « *Le contrat sera ou non affecté, selon que les parties ont entendu lier ou non le contrat à cette obligation.* »

Le Code civil prévoit que lorsque la condition se réalise, « *l'obligation est révoquée* » sans que cela suspende l'exécution du contrat. Lorsque l'obligation en question est un simple élément accessoire du contrat, l'exécution des autres obligations devra être poursuivie. Le contrat, support de l'obligation conditionnelle, n'est pas affecté dans la poursuite de son exécution.

#### **■ Exemple :**

*« Si [l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué], la condition résolutoire est réalisée et l'obligation conditionnelle est résolue de plein droit sans affecter les autres obligations du contrat. »*

<sup>40</sup> J. Rochfeld, obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020, *JCP* 2002 I 134.

<sup>41</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 21.

<sup>42</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil les obligations*, éd. Cujas 1998-1999 p. 670 n°1.105.

<sup>43</sup> R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, éd. D. 1979 p. 227 n°179.

En pratique, bien souvent, la condition résolutoire porte sur des obligations essentielles du contrat. L'entier contrat est dès lors affecté en cas de survenance de l'évènement considéré.

■ **Exemple :**

« Si [l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué], la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions [sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles]. »

Une partie de la doctrine<sup>44</sup> distingue ainsi selon que la condition porte sur le sort du contrat ou sur celui d'une simple obligation.

749. – **Portée au sein des contrats synallagmatiques.** Le sort des contrats synallagmatiques tend à consacrer la portée de la condition résolutoire sur l'entier contrat. B. Schall<sup>45</sup> a pu faire remarquer que pour ces contrats, la condition rejaillissait nécessairement sur la poursuite du contrat puisque les engagements étaient réciproques. Si les engagements n'étaient pas réciproques, « la condition aurait cette conséquence impensable de rompre l'équivalence entre les obligations voulues par les parties ».

750. – **Critique.** Cependant, une telle analyse fait fi du caractère essentiel ou accessoire des obligations réciproques. Ainsi, les obligations réciproques peuvent avoir un caractère seulement accessoire. La réalisation de la condition n'affecterait ainsi que les seules obligations réciproques, et non nécessairement l'ensemble du contrat. Le caractère synallagmatique du contrat ne rend pas toutes les obligations réciproques essentielles à sa poursuite. Le contrat n'est pas indivisible en soi, bien au contraire comme en témoigne l'autonomie de la clause compromissive ou la poursuite des obligations de fin de contrat telles que la clause de confidentialité ou la clause d'indemnisation<sup>46</sup>. La clause d'indivisibilité permettrait de lier le sort des obligations ce qui ferait que la réalisation de la condition résolutoire affectant une obligation même accessoire aurait nécessairement un effet sur le sort du contrat dans son entier. La clause d'indivisibilité peut revêtir ici un intérêt certain. La portée de la condition résolutoire sur l'entier contrat peut également se justifier par la cause objective. Lors du consentement au contrat, les obligations ont leur cause dans leur réciprocité. La survenance de l'évènement objet de la condition résolutoire rompt l'équilibre du contrat par disparition de la cause.

751. – **Portée au sein des contrats unilatéraux.** La condition résolutoire est souvent stipulée au sein des contrats unilatéraux tels que les contrats de prêt, de dépôt ou au sein d'actes unilatéraux tels que la donation ou le testament. Le donateur, le testamentaire, le prêteur ou le déposant peut prévoir des obligations à respecter pour le bénéficiaire. La portée de la condition résolutoire ne se conçoit alors que sur l'entière convention.

752. – **Exemple.** Afin d'illustrer cette portée, il peut être intéressant de considérer la clause de célibat ou la clause de non-convoi<sup>47</sup>. Bien que ces clauses soient de moins en moins utilisées<sup>48</sup> en raison de l'évolution des mœurs, elles ont donné lieu à une jurisprudence abondante. Ces clauses

<sup>44</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil les obligations*, éd. Cujas 1998-1999 p. 670 n°1.105.

<sup>45</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 21.

<sup>46</sup> Cf. Thèse «Partie 3 : Les réminiscences du lien contractuel», p. 322.

<sup>47</sup> S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette Economica, 1<sup>ère</sup> éd. 2006 n°570 p. 292.

<sup>48</sup> F. Dieng, « Célibat et droit », *RDL* 2009 59.

concernent principalement le droit du travail<sup>49</sup> se heurtant ainsi à l'ordre public. Cependant, elles ont pu être stipulées dans des relations contractuelles lors de la conclusion d'actes unilatéraux tels que des contrats de prêt ou de dépôt. Dans les actes unilatéraux, la jurisprudence considère ces clauses comme valables par principe<sup>50</sup>. Une partie de la doctrine conteste une telle validité de principe<sup>51</sup>. G. Ripert considère ainsi que la validité de ces clauses est contestable au regard de la condition de moralité<sup>52</sup>. Cependant, le bénéficiaire est libre de refuser le bénéfice de l'acte unilatéral. Il convient de préserver la liberté de celui qui s'oblige, fusse au détriment de celui qui reçoit sans s'obliger. Bien souvent, il n'y a pas d'équilibre contractuel à préserver puisqu'il s'agit d'actes unilatéraux.

753. – La portée de la condition résolutoire semble par principe l'anéantissement de l'entier contrat en cas de survenance de l'évènement objet de la condition résolutoire, sauf au rédacteur du contrat à prévoir d'autres modalités. Il n'est pas cependant pas inutile de préciser contractuellement la portée attendue.

La condition porte généralement sur une obligation. Le Code civil ne traite d'ailleurs que de la condition au travers de l'obligation. Pourtant, le contrat conditionnel se développe de plus en plus. Ce n'est pas alors une obligation, mais bien l'entier contrat qui est affecté d'une condition résolutoire.

## ***2. La condition résolutoire : une caractéristique du contrat***

754. – L'admission de l'existence d'un contrat conclu sous condition résolutoire ne va pas de soi (a). Pourtant, on trouve différents exemples de contrat conditionnel, et ce compris au sein des dispositions légales (b).

### **a. L'admission du contrat conditionnel**

755. – **De l'obligation au contrat conditionnel.** Si toutes les obligations du contrat peuvent être conditionnelles, le contrat ne devient pas nécessairement conditionnel. En effet, selon une analyse doctrinale, le contrat ne se résume pas aux seules obligations, mais comporte également des éléments non obligationnels. « *La force obligatoire ne se réduit pas à son contenu obligationnel* »<sup>53</sup>, tel que l'extinction ou le transfert d'un droit et la création d'une situation juridique nouvelle.

<sup>49</sup> La question s'est posée avec plus d'acuité au regard des clauses de célibat insérées dans des contrats synallagmatiques tels que des contrats de travail. La jurisprudence a précisé que de telles clauses étaient valables sous certaines conditions, ainsi « *il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* » Cass. AP 19 mai 1978 n°76-41.211 Bull. n°1, in *GAFC*, t. I, par H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette D. 11<sup>ème</sup> éd. 2000 n° 26 p. 151.

<sup>50</sup> Cass. req. 11 nov. 1912, *DP* 1913 I p. 105 rapp. Lardenois, note G. Ripert.

<sup>51</sup> S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette Economica, 1<sup>ère</sup> éd. 2006 n°570 p. 291.

<sup>52</sup> G. Ripert, note sous Cass. req. 11 nov. 1912, *DP* 1913 I p. 105 rapp. Lardenois : « *Il n'est pas de condition dont le caractère illicite, sinon immoral, soit aussi accentué que celle faite au légataire de ne pas contracter mariage. C'est une atteinte caractérisée à la liberté individuelle : le disposant se reconnaît le droit d'imposer au gratifié le célibat, de régler par conséquent son genre de vie, de le priver des conditions de bonheur et de sécurité que le mariage aurait pu lui donner* ».

<sup>53</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RJD civ.* 1999 p. 771.



La question revêt un intérêt particulier si l'on considère — comme une partie de la doctrine<sup>54</sup> — que le transfert de propriété n'est pas une obligation du contrat<sup>55</sup>. En effet, le transfert de propriété se produit automatiquement dès l'échange des consentements ; or « *il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie* »<sup>56</sup>.

S'il est évident que la condition peut porter sur un ensemble d'obligations, sa portée sur les éléments non obligationnels du contrat est plus incertaine — notamment compte tenu du fait que le Code civil considère bien que la condition est une modalité de l'obligation et ne dit rien quant au contrat. En considérant le cas du contrat-cadre comme exemple de contrat ayant un contenu principalement non obligationnel<sup>57</sup> — son objet étant de définir les modalités des stipulations obligationnelles contenues dans les contrats d'application — pourra-t-il être affecté d'une condition résolutoire ? Rien ne semble s'opposer à une telle admission, étant précisé que le rédacteur d'un tel accord-cadre devra être vigilant à définir la portée et les conséquences précises de la réalisation de la condition résolutoire sur l'accord-cadre et les contrats d'applications.

### ■ Exemple :

« *L'accord-cadre est conclu à la condition que dans le délai de [à compléter], il ne se soit pas produit les événements suivants : [à compléter] / il se soit produit les événements suivants : [à compléter].*

*Cet événement est un élément déterminant du consentement des parties à l'accord-cadre.*

*Si [l'un de ces événements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces événements ne se produit dans le délai indiqué], la condition résolutoire est réalisée et l'accord-cadre et les contrats d'application sont résolus de plein droit dans toutes ses dispositions [sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles]. »*

756. – **Pérennité du contrat conditionnel.** Lorsque le contrat est dit conditionnel, la pérennité de ses effets est soumise à la survenance d'un événement conditionnel. « *Le contrat conditionnel ne représente qu'une espérance, il n'engendre aucun droit définitif* »<sup>58</sup>. S. Mercoli parle ainsi « *d'effet réversible* » du contrat conditionnel conclu sous condition résolutoire : on défait ce qui a été fait. Le contrat a bien produit ses effets et parce qu'il est conditionnel, la survenance d'un événement déterminé a pour conséquence de revenir au *statu quo ante*.

La pratique voit se développer différents types de contrats conclus sous condition résolutoire.

## b. Exemples de contrat sous condition résolutoire

757. – **Admissions légales.** La législation a reconnu l'existence des contrats conditionnels. Concernant la condition suspensive, le législateur mentionne le contrat de vente à l'essai<sup>59</sup> et le contrat de crédit-bail<sup>60</sup>. Concernant la condition résolutoire, le législateur offre au moins deux exemples de contrats que sont la période d'essai en droit du travail et la vente à réméré.

<sup>54</sup> M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1995.85.

<sup>55</sup> P. Bloch, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988. 673.

<sup>56</sup> M. Fabre-Magnan, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1995.85 n°5.

<sup>57</sup> J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, Thèse LGDJ 1996, préf. M. Béhar-Touchais.

<sup>58</sup> S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, 2001, P.U.A.M. n°397.

<sup>59</sup> Art. 1588 C. civ. : « *La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.* ».

<sup>60</sup> Le contrat de crédit-bail est un contrat de vente conditionnel : l'opération de financement se décompose en deux contrats, un achat par le crédit bailleur et une location avec option d'achat pour le locataire. Ainsi, la Cour de cassation considère que la résolution du contrat de vente en exécution du contrat de



758. – **Période d'essai.** La période d'essai en matière de droit du travail peut être qualifiée de condition résolutoire affectant l'entier contrat<sup>61</sup> sans rétroactivité<sup>62</sup>. La nature juridique de la période d'essai a été controversée en doctrine<sup>63</sup>, bien que la jurisprudence ne se soit pas prononcée<sup>64</sup>. Deux approches doctrinales se sont opposées<sup>65</sup>. Selon une première analyse dite dualiste, la période d'essai était un contrat préliminaire, un avant-contrat distinct du contrat à durée indéterminée. Selon d'autres auteurs adoptant une conception moniste, la période d'essai fait partie intégrante du contrat de travail et s'analyse comme une condition résolutoire.

En effet, le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée dont le régime de rupture est légalement déterminé. À l'issue de cette période dite d'essai, chacune des parties pourra cependant décider de la révocation de ses obligations et anéantir le contrat de travail sans délai et avec un minimum de formalités. Il est fréquent de lire dans les contrats de travail la formulation suivante : « *Le présent contrat ne deviendra définitif qu'à l'issue d'une période d'essai de [semaines ou mois]* »<sup>66</sup>. Si aucune des parties ne rompt le contrat lors de la période d'essai, le contrat devient alors définitif avec un effet rétroactif remontant au jour de la signature du contrat. Le rédacteur devra préciser les modalités de sa mise en œuvre.

Cette controverse est aujourd'hui délaissée considérant uniquement la période d'essai au regard de ses effets dérogatoires au droit du licenciement<sup>67</sup>.

Outre la période d'essai, la vente à réméré est un bon exemple de contrat conditionnel.

759. – **Vente avec faculté de rachat.** La vente à réméré est définie aux articles 1659<sup>68</sup> à 1673 du Code civil et permet au vendeur, dans un délai maximal de cinq années, de retrouver la propriété du bien vendu moyennant le remboursement du prix de vente et d'autres frais éventuels. La vente à réméré confère « *un droit potestatif qui permet au vendeur lorsqu'il en exprime la volonté de revenir sur le consentement à la vente en provoquant sa résolution* »<sup>69</sup>.

Le contrat de vente à réméré<sup>70</sup> suffira à convaincre les plus sceptiques qu'il s'agit bien d'un contrat conditionnel. Ainsi, la vente est conclue sous la condition résolutoire que le vendeur n'exerce pas sa faculté de rachat. Si le vendeur décide d'exercer cette faculté, l'entier contrat de vente est résolu dans toutes ses conditions. Lorsque la faculté de réméré est exercée, il n'y a pas de deuxième vente,

---

crédit-bail entraîne la résiliation du contrat de location — Cass. com. 12 oct. 1993 n°91-17.621 Bull. n°327, *RJD com.* 1994 p. 351 n°26 obs. B. Bouloc ; X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse de Nancy 1992 p. 150 n°119 à 128.

<sup>61</sup> S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, 2001 P.U.A.M. n°392, et L. Lorvellec, *L'essai dans les contrats*, Thèse de Rennes 1972 n°133 p. 174.

<sup>62</sup> Cf. ci-dessous.

<sup>63</sup> Y. Aubrée, « Période d'essai, Répertoire de droit du travail », *D.* 2009 n°7.

<sup>64</sup> La jurisprudence a hésité entre ces deux conceptions : en faveur de la condition résolutoire : Cass. soc. 5 janv. 1945, *Dr. soc.* 1946. 36, et Cass. soc. 28 avril 1955 n°2.029 Bull. n°347 ; en faveur de l'avant-contrat Cass. soc. 30 mars 1971 Bull. n°273.

<sup>65</sup> G.-H. Camerlynck, *Trait de droit du travail, t. 1, Le contrat de travail*, 2<sup>ème</sup> éd. 1982 D. p. 178 et s. n°156 et s.

<sup>66</sup> Lamy, *Formulaire Commenté Social Transport*, Partie 1 Étude 110 Contrat de travail à durée indéterminée F110-5 Contrat à durée indéterminée à temps plein.

<sup>67</sup> H. Blaise, « La période d'essai : dix années de jurisprudence », *RJS* 5/1989 p. 215 spéc. n°5.

<sup>68</sup> Art. 1659 C. civ. : « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673.* ».

<sup>69</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 247.

<sup>70</sup> Art. 1659 à 1673 C. civ.

mais un anéantissement rétroactif de la vente initiale<sup>71</sup>. Il s'agit de l'exercice d'un droit potestatif, le vendeur n'ayant pas d'obligation de motivation.

La Cour de cassation<sup>72</sup> a consacré cette qualification dans un arrêt du 31 janvier 1984 qui affirme que « *l'exercice du droit de réméré constitue l'accomplissement d'une condition résolutoire remplaçant les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente, sans opérer une nouvelle mutation* ».

La vente à réméré est donc bien un contrat conditionnel. Ce ne sont pas les obligations, mais bien l'entier contrat qui est conclu sous condition résolutoire.

760.– Dans ces deux exemples, il en résulte que la condition est une modalité particulière du contrat dont l'effet a une portée générale. La pérennité du contrat dépend donc de la réalisation ou de la défaillance de la condition.

761.– **Contrats indivisibles.** Si la condition résolutoire peut porter sur un contrat, elle peut également permettre de lier un contrat à un autre sans avoir recours à une clause d'indivisibilité entre contrats. En effet, « *la condition est le moyen technique de créer un rapport de dépendance unilatérale entre deux contrats en principe indépendants ou de créer un rapport d'interdépendance lorsque la conclusion ou l'exécution d'un contrat accessoire par nature est la condition d'un contrat principal.* »<sup>73</sup>

Ainsi, il est possible de faire dépendre l'existence d'un seul contrat à celle d'un autre contrat sans réciprocité. La clause d'indivisibilité n'est alors pas nécessaire ce qui permet aux parties d'échapper à ses inconvénients — résultant notamment du fait que cette clause porte atteinte à l'effet relatif des conventions par l'extinction liée des contrats<sup>74</sup>. Ainsi, la clause d'indivisibilité lie le sort des contrats réciproquement alors que la condition résolutoire permet de ne lier le sort que d'un contrat par rapport à un autre sans réciprocité.

762.– **Conclusion.** De l'ensemble de ces situations, il en résulte que le praticien dispose ici d'un outil permettant de s'adapter au mieux à la volonté des parties et à la particularité de leur situation. La spécificité et la malléabilité de la condition résolutoire sont aujourd'hui largement reconnues. Peu à peu, les juristes y ont recours. Elle met en place un mécanisme original de fin des contrats lorsqu'elle se réalise en raison de son effet rétroactif source d'obligations de restitutions.

## §2. La condition résolutoire comme mode de rupture contractuelle

763.– **Effet éventuel.** L'obligation conditionnelle, lorsqu'elle est essentielle au consentement des parties, a un impact direct sur la pérennité du contrat. Par la survenance de l'événement considéré, le contrat perd alors sa raison d'être depuis l'origine et est anéanti rétroactivement. À l'inverse, par l'absence de survenance de l'événement considéré, le contrat est confirmé dans ses effets. Pour autant, avant la survenance de l'événement conditionnel, le contrat était pleinement valable et les obligations pleinement exigibles.

<sup>71</sup> J. Ghestin et B. Desché, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n°580.

<sup>72</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 31 janv. 1984 n°82-13.549 Bull. n°21.

<sup>73</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 148.

<sup>74</sup> J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994 p. 255 ; cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 2 : La Caducité», p. 261.

La condition résolutoire n'affecte pas l'exécution du contrat. Celui-ci produit l'ensemble de ses effets (A). C'est alors qu'il est dans sa phase d'exécution que le contrat est soit anéanti rétroactivement soit définitivement confirmé dans son existence juridique (B).

### ***A. Condition résolutoire et exécution contractuelle***

764. – **Obligations pures et simples conditionnelles.** La condition résolutoire n'affecte ni l'existence ni l'exécution des obligations, celles-ci sont considérées comme des obligations pures et simples. Le droit des parties (1) et le droit des tiers (2) ne sont cependant pas acquis définitivement : ils comportent un aléa.

#### ***1. Exécution d'une obligation conditionnelle non irrévocable***

765. – **Obligation pure et simple.** La condition résolutoire est une modalité de l'obligation qui n'en affecte pas l'effet obligatoire. L'obligation est exigible comme si elle était pure et simple, elle n'est en rien diminuée par l'incertitude de son éventuel anéantissement<sup>75</sup>. « *L'obligation sous condition résolutoire prend naissance et se trouve immédiatement exigible dès la conclusion du contrat.* »<sup>76</sup> Ainsi, la Cour de cassation considère qu'une vente conclue sous condition résolutoire est parfaite dès la conclusion du contrat<sup>77</sup>.

La condition résolutoire n'affecte donc pas les conditions d'exécution des obligations du contrat — à la différence de la condition suspensive qui suspend l'exigibilité des obligations. Les parties pourront poursuivre en exécution forcée, en saisie conservatoire ou agir en responsabilité pour inexécution fautive.

766. – **Absence d'irrévocabilité de l'obligation conditionnelle.** Une nuance à ce principe été apportée par la Cour de cassation en matière de bail commercial. L'obligation sous condition résolutoire se distingue de l'obligation pure et simple en raison de l'éventualité de son anéantissement. Elle n'est donc pas irrévocable.

Dans une affaire en date du 14 novembre 2007<sup>78</sup>, il a été décidé par la Haute juridiction que le droit d'option du bailleur entre le droit de renouveler le bail commercial ou d'y mettre un terme moyennant le paiement de l'indemnité d'éviction, tel qu'il résulte de l'article L. 145-59 du Code de commerce<sup>79</sup>, ne peut être qu'irrévocable — à ce titre, aucune condition résolutoire ne peut affecter le droit de repentir. En l'espèce, le bailleur avait exercé son droit d'option sous la condition résolutoire des pourvois en cassation. L'exercice du droit d'option n'a pas été considéré comme valable, puisque non irrévocable. « *La Cour de cassation a alors donné, nous semble-t-il, à la conséquence exprimée par le texte, le caractère d'une modalité : le droit d'option, parce qu'il est irrévocable, ne peut être affecté d'aucune modalité qui conditionnerait son efficacité.* »<sup>80</sup>

<sup>75</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil Les Obligations*, éd. Cujas 1998-1999 p. 684 n°1124.

<sup>76</sup> H. et L. et D. Mazeaud, F. Chabas, *Leçon de Droit civil, Tome 2 1er volume Obligations Théorie générale*, 8<sup>ème</sup> Ed., Montchrestien p. 1.105 §1.037.

<sup>77</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 mars 1996 n°91-17.529 Bull. n°66.

<sup>78</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 nov. 2007 n°06-16.063 Bull. n°206.

<sup>79</sup> Art. L. 145-59 C. com : « *La décision du propriétaire de refuser le renouvellement du bail, en application du dernier alinéa de l'article L. 145-57, ou de se soustraire au paiement de l'indemnité, dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 145-58, est irrévocable.* ».

<sup>80</sup> J.-P. Blatter, « Portée d'un droit d'option exercé sous condition résolutoire d'une cassation », *AJDI* 2008 p. 203.

767. – **Analyse.** Il résulte de cette jurisprudence que l'obligation de renouvellement du bail a été consacrée comme une obligation pure et simple et non comme une obligation éventuelle. Cette solution est opportuniste et ne tient pas compte de la nature juridique de la condition résolutoire. Il convient d'appréhender la différence subtile qui existe entre l'obligation affectée d'une condition résolutoire et l'obligation pure et simple.

Outre le droit des parties, la condition résolutoire a un impact sur le droit des tiers.

## **2. Le droit des tiers face à la condition résolutoire**

768. – **Droit de gage général.** Les créanciers d'une obligation conditionnelle sont considérés comme tout autre créancier. Leur droit est cependant diminué de facto par la perspective de son anéantissement. Les articles 1179 et 1180 du Code civil<sup>81</sup> disposent ainsi que les créanciers d'obligations conditionnelles sont considérés comme des créanciers à part entière : ils disposent du droit de gage général<sup>82</sup> et peuvent demander l'exécution forcée de l'obligation. De même, les procédures d'exécution et les mesures conservatoires leur sont ouvertes, peu importe que leur droit soit éventuellement anéanti par la suite.

Ce mécanisme est permis par la rétroactivité de l'anéantissement : le retour au *statu quo ante* rétabli chacun dans la situation précédent l'exécution de l'obligation, comme si celle-ci n'avait jamais été stipulée. Les parties ne peuvent pas porter atteinte aux droits des tiers.

La condition résolutoire n'est bien qu'une modalité de l'obligation qui n'en affecte pas les modalités de son exécution.

769. – Le créancier ignore s'il sera conforté dans ses droits ou si ceux-ci seront anéantis, ce qui n'est pas sans soulever de difficulté d'application.

## **B. Condition résolutoire et anéantissement éventuel du contrat**

770. – **Défaillance ou réalisation de la condition.** La condition résolutoire peut défaillir : l'évènement ne se réalisera pas, le contrat est alors définitivement consolidé dans son existence et son exécution (1). À l'inverse, la survenance de l'évènement conditionnel a pour conséquence la réalisation de la condition (2). En conséquence, l'obligation et, par extension, le contrat, seront considérés comme résolus en vertu de l'article 1183 du Code civil<sup>83</sup>. Son exécution et son existence même seront remises en question.

<sup>81</sup> Art. 1179 C. civ. : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.* »

Art. 1180 C. civ. : « *Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.* ».

<sup>82</sup> Art. 2284 C. civ. : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* ».

<sup>83</sup> Art. 1183 C. civ. : « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évènement prévu par la condition arrive.* ».

## 1. La défaillance de la condition résolutoire : consolidation du contrat

771. – **Temporalité de la condition.** La condition résolutoire ignore le temps qui passe. Le rédacteur de la clause a intérêt à prévoir une durée déterminée ou indéterminée pour la survenance de l'évènement conditionnel : l'aléa doit être enfermé temporellement de peur de voir perdurer dans le temps une incertitude juridique. La clause de durée fait échapper l'obligation au doute perpétuel de son éventuelle extinction.

La survenance de l'évènement n'affecte la pérennité de l'obligation et du contrat que lorsqu'elle survient dans les conditions contractuellement prévues. Ainsi, si l'évènement ne s'est pas réalisé dans le délai imparti, peu importe qu'il survienne postérieurement, il n'affectera plus l'existence de l'obligation ou du contrat.

### ■ Exemple :

« *Ladite obligation est conclue à la condition que dans le délai de [à compléter], il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].*

*Si [l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué], la condition résolutoire est défaillie et l'exécution du contrat est définitivement confirmée dans tous ses effets. »*

772. – **Absence de délai et débat doctrinal.** Une difficulté apparaît dès lors qu'aucun délai n'a été prévu par les parties.

773. – **Doctrines rigoriste.** Pour la doctrine dite « rigoriste »<sup>84</sup>, il convient d'appliquer l'article 1176 du Code civil qui dispose que « *lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.* » La condition produira effet tant que sa réalisation est possible : l'obligation ou le contrat pourront donc être remis en cause tant qu'un doute subsiste.

La Cour de cassation<sup>85</sup> retient cette interprétation et considère que : « *lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé ; que s'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et qu'elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.* »

774. – **Doctrines antirigoriste.** Pour la doctrine dite « antirigoriste »<sup>86</sup>, il conviendrait cependant d'appliquer l'article 1175 du Code civil qui dispose : « *Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.* » Pour elle, la solution de l'article 1176 du Code civil crée une insécurité juridique en prolongeant des situations incertaines. Il faut donc s'en référer à la volonté des parties et pallier l'imprécision des clauses contractuelles par l'interprétation souveraine du juge.

<sup>84</sup> J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 mars 1975, *JCP* 1976 II n°18510.

<sup>85</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 déc. 2001 n°99-15.682 Bull. n°158, *RTD civ.* 2002 n° 2 p. 299 301 obs. J. Mestre et B. Fages, *D.* 2002 p. 1586 obs. H. Kenfack.

<sup>86</sup> F. Chabas, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 fév. 1982 n°80-15.794 Bull. n°37, *RTD civ.* 1982 p. 131 ; *D.* Mazeaud, *D.* 1999 p. 403.



775. – **Critique.** Cependant, H. Kenfack<sup>87</sup> fait remarquer qu'en principe l'article 1175 du Code civil est inapplicable, car cet article porte sur le mode de réalisation de la condition, mais non son délai de réalisation. Rien n'obligerait a priori les parties à limiter la longévité de la condition : il n'y a pas de perpétuité dans l'engagement sous condition sans délai. « *Les juges du fond ne doivent pas se fonder sur un hypothétique délai raisonnable ou sur une divinatoire volonté des parties.* »

Reste que l'absence de délai crée une longue période d'insécurité juridique. Il est préférable en pratique pour les parties de savoir quand leur droit sera définitivement consolidé, une incertitude trop longtemps entretenue n'étant pas à conseiller dans le développement des rapports entre les parties. Il appartient aux parties de veiller « *à répartir les éventuels risques à venir.* »<sup>88</sup>

### ■ Exemple :

« *Ladite obligation est conclue à la condition que dans le délai de [à compléter] / avant la date du [à compléter], il ne se soit pas produit les événements suivants : [à compléter] / il se soit produit les événements suivants : [à compléter].* »

776. – **Conseils de rédaction.** Le rédacteur de contrat a tout intérêt à préciser systématiquement le délai de réalisation de l'évènement conditionnel : cela peut être une date, une échéance ou une durée.

Si la défaillance de la condition résolutoire consolide définitivement le contrat, celui-ci est anéanti par la survenance de l'évènement conditionnel.

## 2. L'anéantissement du contrat : défaire ce qui a été fait

777. – **Anéantissement du contrat et ses effets.** Il résulte de la survenance de l'évènement l'anéantissement du contrat c'est-à-dire un retour sur une situation juridique. Les juristes n'apprécient pas un tel retour en arrière : du temps s'est écoulé, des événements se sont produits. Il peut être particulièrement difficile de revenir sur une situation. Le rédacteur de la clause résolutoire doit anticiper ses effets afin d'éviter tout contentieux dans l'anéantissement du contrat. La qualification de la nature de l'anéantissement n'est pas sans laisser d'interrogation : doit-on parler de révocation, de résolution ou d'un autre mécanisme ? (a)

Le mode de rupture doit tenir compte de cet effet légal de retour au *statu quo ante* au travers de la rétroactivité (b).

### a. Réalisation de la condition résolutoire : quelle rupture ?

778. – **Quelle rupture ?** Parce que l'obligation est essentielle au contrat, celui-ci sera rompu dans son intégralité sauf disposition contractuelle spéciale bien que le Code civil n'évoque que la révocation de l'obligation. Le Code civil parle tantôt de révocation à l'article 1183 et tantôt de résolution à l'article 1184, ce qui crée un doute quant à la nature même de la rupture.

La révocation ne semble pas un terme heureux. En effet, l'anéantissement ne procède pas nécessairement d'une décision arbitraire unilatérale comme le laisse sous-entendre le terme de « *révocation* »<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> H. Kenfack, « Défaillance de la condition : la Cour de Cassation maintient le cap dans l'application stricte de l'article 1176 du code civil », *D.* 2002 p. 1.586.

<sup>88</sup> J. M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988 p. 481.

<sup>89</sup> Ainsi, le terme de révocation est associé à la rupture des contrats unilatéraux cf. F.-L. Simon, « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006 p. 209.



L'anéantissement procède d'un effet automatique, conséquence directe et immédiate de la survenance de l'évènement conditionnel – qui peut être l'exercice d'un droit potestatif. La rupture du contrat échappe aux parties : aucun formalisme, aucune réitération de la volonté de quiconque ne sont nécessaires. La rupture ne procède pas d'un consentement, mais d'un fait. Elle est automatique. Pour autant, le terme de résolution semble un terme générique. La résolution dont il est ici question ne doit en rien être confondue avec la résolution pour faute qui est une sanction spécifique du débiteur qui nécessite le respect d'un formalisme spécifique. La condition résolutoire ne sanctionne pas, elle est la résultante de la survenance d'un évènement.

La résolution semble être le terme le plus approprié par la naissance des obligations de restitution et cette volonté de revenir en arrière. Ainsi, la caducité ne serait pas un terme approprié dans la mesure où ce mécanisme de rupture du contrat constate la perte d'un élément essentiel, mais sans volonté de revenir en arrière<sup>90</sup>.

La réalisation de la condition résolutoire n'est pas une simple rupture, c'est un anéantissement du fait de la destruction de tout ce qui a été fait depuis la signature du contrat jusqu'à la survenance de l'évènement considéré.

779. – **Rédaction.** Bien que la rupture échappe aux parties, la rupture doit être constatée. Le rédacteur de contrat doit donc prévoir comment et dans quel délai informer les parties de la réalisation de l'évènement. Ainsi, la partie qui a connaissance de la survenance de l'évènement ou par qui l'évènement advient doit être tenue d'informer son partenaire sans délai afin d'organiser les restitutions. À l'inverse, la partie qui sait la condition résolutoire défaillie doit informer son partenaire de la consolidation de leurs droits.

■ **Exemple :**

*« Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avvertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. »*

*Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information. »*

780. – **Rupture partielle.** La résolution du contrat affecte toutes les obligations, ou presque. Les obligations post-contractuelles échappent au couperet de la résolution. Cependant, afin d'éviter tout contentieux, le rédacteur de la condition résolutoire pourra veiller à prévoir la survie desdites obligations en cas de réalisation de la condition.

■ **Exemple :**

*« Si [l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué], la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions [sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles]. »*

L'anéantissement advenu, il convient de s'intéresser au principe de la rétroactivité que la majorité de la doctrine attache à la résolution afin de justifier de la naissance de l'obligation de restitution.

## **b. Réalisation de la condition : naissance de l'obligation de restitution**

781. – **Obligation de restitution.** L'anéantissement du contrat par la réalisation de la condition résolutoire a pour conséquence de faire naître une obligation de restitution. Cette obligation de

<sup>90</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 2 «La clause résolutoire et le principe de rétroactivité», p. 221.

restitution remet les parties dans l'état dans lequel elles étaient au jour de la conclusion du contrat. La réalisation de la condition résolutoire est un jeu à somme nulle : chacun récupère ce qu'il avait. Le temps d'exécution du contrat est ignoré. Tout se passe en droit comme si rien ne s'était passé. En pratique, la réalité est bien différente : le bien cédé a pu être amélioré, dégradé, perdu... Des fruits ont pu être récoltés, des bénéfices réalisés. Le rédacteur de contrat doit donc être vigilant à ces conséquences et les anticiper dans la clause de condition résolutoire afin d'éviter tout contentieux.

782. – **Le principe de l'anéantissement rétroactif.** L'anéantissement du contrat est considéré comme ayant un effet rétroactif, c'est-à-dire qu'il procède d'une fiction juridique consistant à considérer que l'obligation n'a non seulement jamais été exécutée, mais plus encore, n'a jamais existé. Cet effet juridique procède de deux séries de dispositions légales. Ainsi, d'une part, l'article 1179 du Code civil dispose : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* ». D'autre part, les articles 1183 et 1184 de ce même Code précisent que l'obligation est révoquée comme si elle n'avait jamais existé.

Il faut cependant préciser que « *l'effet rétroactif de la condition accomplie agit sur les droits et obligations que l'acte engendre et non sur sa propre formation.* »<sup>91</sup> La rétroactivité agit comme une machine à remonter le temps jusqu'au jour de l'échange des consentements sans toutefois remettre en cause la validité de l'acte. Traditionnellement, l'effet rétroactif de la condition est considéré comme une nécessité juridique, car « *l'absence de rétroactivité de la condition résolutoire créerait lors de la réalisation de la condition, un conflit de droits pendant la période d'incertitude.* »<sup>92</sup>

783. – **Absence de rétroactivité ?** La rétroactivité est un facteur d'incertitude juridique qui justifie le désamour du praticien avec ce mécanisme. La rétroactivité et l'article 1179 du Code civil ne sont cependant pas d'ordre public. A priori, les parties pourraient donc y déroger et prévoir la portée de l'anéantissement du contrat. Une telle stipulation serait envisageable dans des contrats à exécution successive, la condition n'opérant alors que pour l'avenir et la dernière période d'exécution du contrat.

La Cour de cassation<sup>93</sup> a ainsi pu décider concernant une condition suspensive que : « *la rétroactivité, simple fiction de la loi, bien qu'ordinairement attachée à la condition suspensive, n'est cependant pas de son essence et ne peut avoir pour résultat de faire rétroagir une vente, si au moment où la condition se réalise, la formation de la vente elle-même est devenue impossible faute de l'un de ses éléments essentiels.* » Une décision équivalente en matière de condition résolutoire serait logique compte tenu de la gemellité des mécanismes. Il revient donc aux parties d'aménager librement les effets de la condition stipulée sur le contrat et ses obligations.

#### ■ Exemple :

« *Lorsque la condition résolutoire est réalisée, [le contrat / l'obligation] est résolu[e] de plein droit et ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties.*

*Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. »*

784. – **Conseils de rédaction.** Une telle clause n'est pas toujours possible et doit tenir compte de la nature du contrat concerné. Le rédacteur de contrat devra veiller à adapter la rédaction à la situation spécifique des parties.

<sup>91</sup> S. Mercoli, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, 2001, PUAM n°397.

<sup>92</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 57.

<sup>93</sup> Cass. civ. 8 nov. 1950, *JCP* 50 II 5870 obs. R. Cavarroc.

Les conséquences de la condition résolutoire suivent donc un régime qui n'est pas d'ordre public à charge pour le rédacteur d'affiner le mécanisme et d'anticiper précisément les conséquences voulues par les parties lorsque cela est possible<sup>94</sup>.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La rédaction de la clause résolutoire doit être la plus précise possible afin d'éviter tout contentieux.

Il convient de bien définir la survenance de l'évènement. À chaque contrat, il convient de personnaliser la clause et d'adapter les conséquences.

À titre d'exemple, l'évènement considéré peut être l'obtention d'un agrément en qualité de gérant d'un débit de tabac :

*« L'inspecteur central de direction fera savoir au Cessionnaire, s'il est agréé en qualité de nouveau gérant du débit de tabac par la réalisation d'une enquête à la suite de la signature du présent contrat. Cet agrément est un élément déterminant du consentement du cessionnaire sans lequel il n'aurait pas contracté la présente cession. »*

Il y a lieu de distinguer entre trois situations :

### ■ Condition résolutoire avec anéantissement de la seule obligation :

*« L'adite obligation est conclue à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].*

*Cet évènement n'est pas un élément déterminant du consentement des parties aux contrats.*

*Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.*

*Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution de l'obligation est définitivement confirmée dans tous ses effets.*

*Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution de l'obligation est définitivement confirmée dans tous ses effets.*

*Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »*

### ■ Condition résolutoire avec anéantissement du contrat :

*« L'adite obligation est conclue à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].*

*Cet évènement est un élément déterminant du consentement des parties au contrat.*

*Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.*

<sup>94</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 «Extinction non rétroactive du contrat et obligations de restitutions», p. 349.

*Si l'un de ces événements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces événements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution du contrat est définitivement confirmée dans tous ses effets.*

*Si l'un de ces événements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces événements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles.*

*Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »*

#### ■ **Contrat sous condition résolutoire :**

*« L'entier contrat est conclu à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les événements suivants : [à compléter] / il se soit produit les événements suivants : [à compléter].*

*Cet événement est un élément déterminant du consentement des parties au contrat.*

*Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.*

*Si l'un de ces événements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces événements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et le contrat est définitivement confirmé dans tous ses effets.*

*Si l'un de ces événements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces événements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles.*

*Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »*

785.– **Conclusion.** La condition résolutoire est un mécanisme juridique de fin de contrat intéressant par sa double caractéristique : le contrat est exécuté immédiatement, mais il n'est pas irrévocable. Les parties n'ont pas à attendre pour bénéficier du contrat, mais elles devront être consolidées dans leur droit. D'une simple jumelle grandissant à l'ombre de la condition suspensive, la condition résolutoire est devenue son alter ego.

## SECTION 2 : LA CADUCITÉ

*« Le vice le plus inséparable des choses humaines, c'est leur propre caducité. »*

*Jacques-Bénigne Bossuet, Histoire III, 5.*

786.– **Définition.** « Question pour un champion : d'ascendance romaine, j'affecte aussi bien un legs, un contrat, un traité international, qu'un acte de procédure. On me définit classiquement comme l'état d'un acte qui régulièrement formé perd un élément permanent de validité ou un élément nécessaire à sa

*perfection en raison d'un évènement indépendant de la volonté des parties. Je suis, je suis... la caducité* »<sup>95</sup>. La caducité est la cessation d'un contrat valable, ne rencontrant aucun problème d'exécution, mais qui a perdu l'un de ses éléments essentiels au cours de son existence.

Dans le langage commun, la caducité est considérée comme une « *période de la vie humaine qui s'étend de la soixante-dixième à la quatre-vingtième année, et qui précède la décrépitude* » ou encore le « *défaut de persistance d'une partie* »<sup>96</sup>. On ne retiendra que ce dernier sens, en raison de sa proximité avec la notion juridique.

En droit, la caducité revêt deux aspects : un aspect procédural qui éteint le lien d'instance<sup>97</sup> et un aspect contractuel qui éteint le rapport obligationnel. Il sera uniquement question de l'aspect contractuel de la caducité.

787. – **Caducité-Résiliation-Nullité.** Les mécanismes de fin de contrat n'étant pas théorisés<sup>98</sup>, ni le législateur ni les magistrats ne s'étaient particulièrement intéressés à la notion de caducité — jusqu'à récemment. La caducité est un mode de rupture du contrat autonome qui se distingue :  
- d'une part de la nullité, sanction judiciaire affectant la validité du contrat lors de sa formation ;  
- et d'autre part de la résiliation, sanction affectant le contrat pendant sa période d'exécution.  
Pourtant, certains arrêts amalgament la terminologie de « résiliation » et de « caducité », contribuant ainsi à entretenir un flou terminologique des modes de rupture du contrat.

788. – **Intérêt.** La caducité est un mode de rupture qui peut intéresser le praticien. Peu courante, la clause de caducité permet de prévoir un moyen de mettre fin au contrat détaché de toute notion d'inexécution fautive. Elle s'attache à la disparition d'un élément essentiel à l'accord de volonté des parties et s'adapte à des relations contractuelles durables<sup>99</sup>.

789. – **Origine.** La caducité est un mécanisme ancien qui remonte au droit romain<sup>100</sup>. Dans un premier temps réservé aux libéralités et aux successions<sup>101</sup>, L. Josserand<sup>102</sup> enseignait : « *la théorie de la caducité est spéciale aux libéralités testamentaires, réserve faite cependant des donations entre vifs incluses dans un contrat de mariage, lequel devient caduc, si le mariage n'est pas célébré* ». Par la suite, la jurisprudence a érigé la caducité en mécanisme contractuel de droit commun<sup>103</sup>. Deux conceptions doctrinales se sont alors opposées.

<sup>95</sup> P.-A. Antonmattei, « Caducité et conventions et accords collectifs de travail », *SS Lamy* 2008 Supplément 1361.

<sup>96</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré*, « caducité ».

<sup>97</sup> Art. 406 C. pro. civ. : « *La citation est caduque dans les cas et conditions déterminés par la loi* » ; Sanction du défaut de consignation ou frais de procédure : art. 131-6 (médiation) / 271 (expertise) / 1425 C. pro. civ. (injonction européenne de faire ou de payer devant le tribunal de commerce) ; Sanction du défaut d'accomplissement de formalités : art. 468 / 469 / 757 / 791 / 922 / 1043 / 1113 / 1227 / 1425-7 C. pro. civ. et art. R. 1454-12 C. trav.

<sup>98</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005 p. 223.

<sup>99</sup> S. Lavefve-Laborde, *La pérennité contractuelle*, Thèse 2005, LGDJ.

<sup>100</sup> L. Merland, « La caducité, sanction de l'accord provisoire qui ne devient pas définitif ? », *RLDC* 2008 50 : *lois caducaires Julia* de 736 et *Papia Poppaea* de 762, Justinien, *De Caducis tollendis*, C. 6, 51, 1, 2.

<sup>101</sup> Art. 930-2 et 1039 et s. C. civ. ; Art. 1088 et s. C. civ. ; Art. 1392 C. civ. ; Art. 1873-14 C. civ..

<sup>102</sup> L. Josserand, *Cours de droit civil positif français, Tome III, Les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités*, Sirey 1939 n°1577.

<sup>103</sup> R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ 2006 n°17.



790. – **Conception doctrinale classique.** La conception doctrinale classique<sup>104</sup> considère que la caducité sanctionnait un contrat qui n'avait pas encore reçu de commencement d'exécution. Ce mode de rupture était donc nécessairement non-rétroactif. Ce mouvement doctrinal définissait la caducité comme suit : « *Un acte juridique est caduc, de plein droit et sans rétroactivité, lorsque pleinement valable à sa formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa validité par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur* ».

D'ores et déjà, la caducité était admise comme la rupture d'un contrat ayant perdu un de ses éléments essentiels<sup>105</sup>. C'est encore cette conception qui est en vigueur aujourd'hui, bien que les conditions et le régime de la caducité aient été élargis.

791. – **Évolution de la notion de caducité.** Un tournant jurisprudentiel s'est opéré à la fin des années soixante-dix. Il a alors été admis que la perte d'un élément essentiel du contrat entraîne sa caducité, et ce, même si ledit contrat avait reçu un commencement d'exécution<sup>106</sup>. En conséquence, la doctrine a appliqué à la caducité l'effet rétroactif de la rupture du contrat par analogie avec la résiliation pour inexécution<sup>107</sup>.

792. – **Mécanisme de droit commun de fin de contrat.** La notion de caducité bien que non légalement défini a acquis ses lettres de noblesse au sein des mécanismes de fin de contrat ; elle représente aujourd'hui un véritable instrument à la disposition des parties.

793. – **Avant-projet Catala.** Cette évolution a été synthétisée par l'avant-projet Catala aux articles suivants<sup>108</sup> :

- article 1131 : « *la convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement.* »

Cet article adopte une conception large de la caducité qui s'applique que le contrat ait reçu un commencement d'exécution ou non. Deux sources de caducité sont mentionnées : la perte d'un élément essentiel au contrat ainsi que la disparition d'un élément extérieur au contrat, qui apparaît ici comme une catégorie particulière d'élément essentiel au contrat.

- article 1182 alinéa 1 : « *En cas de défaillance de la condition, l'obligation est caduque ; elle est réputée n'avoir jamais existé.* »

Le projet fait ici un effort de qualification, mais ne fait qu'appliquer l'article 1131 précité.

- article 1105-3 : « *L'offre devient caduque à défaut d'acceptation dans le délai fixé par son auteur, ainsi qu'en cas d'incapacité ou de décès de celui-ci survenu avant toute acceptation. Elle tombe également lorsque son destinataire la refuse.* »

Le projet tient encore à préciser la sanction applicable à une offre qui n'a pas abouti à la formation d'un contrat faute d'avoir rencontré une acceptation pure et simple. Un élément essentiel du

<sup>104</sup> Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, thèse, LGDJ 1964.

<sup>105</sup> P.-A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruylant, 1998.

<sup>106</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, D., 9<sup>ème</sup> éd., 2005 n°62 ; C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit français*, L'harmattan 2004 n°400.

<sup>107</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 «La clause résolutoire et le principe de rétroactivité», p. 221.

<sup>108</sup> P. Catala, *Rapport au Garde des Sceaux Avant-projet de réforme de droit des obligations (art. 1101 à 1386 du C. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du C. civ.)*, 22 sept. 2005.



contrat fait ici défaut : le consentement<sup>109</sup>. L'affirmation de la caducité de l'offre non acceptée tend à considérer l'offre comme un acte unilatéral ayant une force obligatoire. Cette conception reprend la théorie des avant-contrats, actes juridiques autonomes.

Cet avant-projet a eu pour mérite de réaliser un effort de qualification quant au mécanisme de rupture du contrat consacrant ainsi le rôle de la caducité.

794. – **Projet de réforme de la Chancellerie.** Quelques années après, le projet de réforme de la Chancellerie a proposé de définir la caducité comme suit : « *Le contrat valablement formé devient caduc par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. Sauf exception, la caducité ne produit effet que pour l'avenir* »<sup>110</sup>. Le législateur a donc pour volonté de consacrer les évolutions doctrinales de la caducité. Ce projet permettrait d'apporter plus de sécurité juridique à la pratique.

795. – **Plan.** Aujourd'hui, le mécanisme de la caducité est largement admis par la jurisprudence que ce soit aux stades des avant-contrats ou au stade de l'exécution des contrats. Cependant, la caducité ne bénéficie pas de toute la reconnaissance qu'on pourrait attendre. Cette notion n'est pas exploitée comme elle le pourrait. « *La caducité contractuelle est jeune et tant la doctrine que la jurisprudence s'emploient à la faire vivre* »<sup>111</sup>. Reste aux praticiens à s'emparer du mécanisme.

La caducité résulte d'un fait générateur lié à la disparition d'un élément essentiel au contrat (§1) dont la mise en œuvre obéit à un régime juridique jurisprudentiel en pleine évolution (§2). Si le champ d'application est vaste, le régime est incertain.

## §1. Les contours de la caducité : une notion élargie

796. – **Définition.** La caducité est la cessation du contrat par la disparition d'un élément essentiel à sa poursuite<sup>112</sup>. Cet élément essentiel peut être soit le consentement (cas de l'offre de contracter), soit un évènement extérieur aux parties (cas de la condition suspensive) soit encore l'objet ou la cause du contrat.

797. – **Spécificité de la caducité.** La spécificité de la caducité par rapport à la nullité et à la résiliation est à rappeler :

- Il est essentiel de ne pas amalgamer caducité et nullité : ainsi concernant la nullité, les conditions de formation du contrat sont appréciées au moment sa conclusion alors que la caducité a vocation à s'appliquer au cours de la période d'exécution du contrat.

En matière de caducité, la doctrine s'accorde à considérer que l'évènement entraînant la disparition d'un élément essentiel du contrat doit produire ses effets après la formation du contrat, peu importe que l'évènement considéré soit antérieur ou postérieur à la formation de celui-ci<sup>113</sup>. En effet, si l'évènement affecte un élément essentiel du contrat lors de sa formation, il s'agit de la question de la

<sup>109</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2006 n°05-11.775 Bull. n°457, L. Merland, «La caducité, sanction de l'accord provisoire qui ne devient pas définitif?», *RLDC* 2008 n°50.

<sup>110</sup> Art. 101 du projet de réforme de la Chancellerie, juill. 2008.

<sup>111</sup> M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625.

<sup>112</sup> C. Pelletier, « La caducité des actes juridiques en droit privé français », *l'Harmattan* 2004 n°20.

<sup>113</sup> M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625.

nullité du contrat et non plus de sa caducité. C'est la temporalité de l'élément considéré qui permet d'opérer une distinction fondamentale entre les notions.

- Il est également essentiel de distinguer la caducité de la résiliation pour inexécution : la caducité ne sanctionne pas une inexécution, mais met fin au contrat à la suite de la disparition non fautive de l'un des éléments essentiels à son existence<sup>114115</sup>.

M.-C. Aubry<sup>116</sup> admet quant à elle que la notion de caducité fautive. En effet, selon elle « *si toute inexécution ne résulte pas d'une faute, parce que, par exemple, elle est provoquée par la force majeure, à l'inverse, toute faute, tout fait fautif n'entraînent pas nécessairement une inexécution de la part de son auteur*<sup>117</sup>. » Cette considération repose sur la distinction entre la faute et l'inexécution. Un fait fautif d'une partie n'entraînant pas d'inexécution ne pourrait être sanctionné au titre de la résiliation pour faute, mais pourrait entraîner la caducité du contrat s'il en résultait la disparition d'un élément essentiel. Le fait fautif résulterait alors de la mauvaise foi ou de la potestativité.

Cette analyse semble avoir une portée plus théorique que pratique. L'appréciation d'une faute détachée de toute notion d'inexécution n'est pas en soi un événement causant la disparition d'un élément essentiel du contrat. Elle repose sur des devoirs de comportements pouvant être sanctionnés au titre de la responsabilité contractuelle<sup>118</sup>. À ce seul titre, la caducité du contrat ne pourra pas être prononcée. À la faute doit s'ajouter la disparition d'un élément essentiel qui se distingue de la notion d'inexécution. Une telle notion n'a pas de réelle portée pratique. La caducité pour faute semble à écarter par principe.

798. – La caducité emprunte à la fois à la nullité et à la résiliation sans s'y confondre. Elle est la conséquence de la disparition d'un élément essentiel. Il en résulte que les parties ont intérêt à anticiper les cas d'application de la caducité. La survenance de la disparition d'un élément essentiel (A) s'explique par la disparition subséquente de la cause au cours de l'exécution du contrat (B).

### ***A. La caducité et la survenance de la disparition d'un élément essentiel***

799. – Le praticien doit anticiper deux aspects de la caducité : d'une part, il convient de considérer l'élément essentiel disparu (1), d'autre part, il convient de s'intéresser aux circonstances ayant causé la disparition dudit élément (2).

800. – **Détermination des éléments essentiels.** Le fait générateur de la caducité doit nécessairement être la disparition d'un élément essentiel du contrat. Il convient dès lors de déterminer les contours de la notion d'éléments essentiels. Le simple changement de circonstances ne suffit pas à obtenir la caducité d'un engagement. Ainsi, il a pu être décidé dans le cadre d'un pacte de préférence que le changement de destination du bien, objet du pacte de préférence, ne rendait pas la convention caduque sauf clause particulière qualifiant la destination du bien d'élément essentiel<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, Essai de droit civil*, LGDJ 2006 n°623.

<sup>115</sup> R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, Essai de droit civil*, LGDJ 2006 n°623.

<sup>116</sup> M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625.

<sup>117</sup> Art. 1178 C. civ.

<sup>118</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 «Nuance : les devoirs de comportement», p. 175.

<sup>119</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 juill. 1974 n°73-10.380 Bull. n°283 : « *qu'en statuant de la sorte, les juges du fond ont dénaturé les termes clairs et précis de la convention, laquelle, en énonçant que le pacte de préférence portait sur un immeuble initialement en nature de "labour", ne prévoyait pas la caducité de la clause en cas de changement ultérieure de la destination de la parcelle.* ».

Il apparaît dès lors une difficulté pour déterminer ce qui est ou non essentiel au contrat. De même que pour la clause résolutoire<sup>120</sup> ou la nullité, il sera opportun pour les parties de déterminer dans leur contrat quels sont les éléments déterminants de leur consentement sauf à se soumettre au pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond et donc à l'aléa judiciaire. Rarement, le rédacteur de contrat prendra le temps de qualifier les éléments essentiels, ce qui est regrettable. Il est important de préciser ce qui, pour chaque partie, est déterminant de son consentement. Loin d'être évident, cela doit être clairement écrit, notamment dans le préambule. La Cour de cassation n'hésite plus à donner de l'importance au préambule pour interpréter la relation contractuelle nouée entre les parties<sup>121</sup>.

801. – **Cause de la disparition de l'élément essentiel.** Une fois l'élément qualifié d'essentiel, il convient de s'intéresser à l'évènement par l'effet duquel a lieu la disparition. L'autre aspect à prendre en considération est la cause de la disparition de l'élément essentiel. Cet aspect étant presque ignoré des tribunaux, la cause de la caducité apparaît être un enjeu plus théorique que pratique.

### *1. Détermination du fait générateur de caducité*

802. – **Rappel.** La caducité affecte uniquement des contrats valablement formés<sup>122</sup>. En cas de vice affectant la formation du contrat, le contrat sera nul, mais non caduc.

803. – **Détermination des éléments essentiels.** La notion d'éléments essentiels ne répond pas à une définition juridique technique, mais à une appréciation *in concreto*. La doctrine et la jurisprudence retiennent une conception large des éléments essentiels du contrat. Il n'est pas tenu compte de la source du caractère essentiel de l'élément considéré : celle-ci peut-être tant légale, que résulter de la seule volonté des parties. Ceci ouvre une large porte au rédacteur de contrat.

Le caractère essentiel porte tant sur les éléments de formation du contrat que sur les éléments d'exécution de celui-ci. Ainsi, concernant la condition suspensive, il ne s'agit pas d'un élément essentiel du contrat, mais d'une qualité de l'obligation qui affecte l'efficacité du contrat. La survenance de l'évènement conditionnel est donc un élément essentiel à la perfection de l'effet obligationnel du contrat<sup>123</sup>. Le contrat sera caduc si la condition suspensive ne se réalise pas.

Le caractère essentiel de l'élément se déduit :

- Soit des éléments de validité du contrat appréciés au cours de son exécution : la jurisprudence<sup>124</sup> retient que la disparition d'une condition de validité en cours d'exécution du contrat entraîne la caducité.
- Soit des éléments essentiels à l'exécution du contrat.

La caducité sanctionne une grande variété de situations juridiques (b), dont le cas spécifique de la condition suspensive (a).

<sup>120</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2, «La mise en demeure préalable à la résolution du contrat», p. 207.

<sup>121</sup> Cass. com. 25 sept. 2012 n°11-24.301 Bull. n°NC.

<sup>122</sup> A. Cermolace, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RCD* 2009 n°57.

<sup>123</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 «Section 1 : La condition résolutoire», p. 240.

<sup>124</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 fév. 2010 n°08-17.839 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.646 Bull. n° 241, *RTD civ.* 2009. 111 obs. J. Hauser, *RCD* févr. 2009 n°57 p.7 obs. Cermolace, *JCP* 2009. II. 10000 obs. D. Houtcief, *Defrénois* 2009. 671 obs. R. Libchaber, *RDC* 2009. 49 obs. Mazeaud ; Cass. soc. 17 juin 2003 n°01-15.710 Bull. n°198 ; Cass. com. 2 nov. 1993 n°91-21.898 Bull. n°371, *D.* 1995. 73 obs. D. Ferrier, *RTD civ.* 1994. 599 obs. J. Mestre, *CCC* 1993. comm. 22 obs. L. Leveneur.

## a. La rencontre de la clause de la condition suspensive et de la clause de caducité

804. – **Défaillance de la condition suspensive.** Le contrat conclu sous condition suspensive crée des obligations qui sont suspendues dans l'attente de la survenance éventuelle d'un événement incertain<sup>125</sup>. Les obligations ne seront définitivement nées et exigibles que si l'évènement se réalise. La condition est défaillie lorsqu'il est certain que l'évènement ne se réalisera pas<sup>126</sup>. Il est opportun de prévoir un délai pour la réalisation de l'évènement considéré pour ne pas laisser perdurer entre les parties une situation d'incertitude juridique.

805. – **Caducité du contrat.** Lorsque la condition ne se réalise pas dans le délai prévu ou qu'il est certain qu'elle ne se réalisera plus, l'obligation conditionnelle entraîne la caducité du contrat<sup>127</sup>. La défaillance de la condition fait perdre au contrat son intérêt : il ne sera pas exécuté. La caducité de la condition suspensive affecte l'entier contrat parce qu'un élément essentiel à sa perfection pour être exécuté fait défaut. Les parties ont érigé la réalisation de l'évènement conditionnel comme élément essentiel du contrat<sup>128</sup>. La caducité résulte ici de la seule volonté des parties et non du caractère objectivement essentiel de l'élément. C'est ici une appréciation in concreto qui explique cette jurisprudence.

Il convient d'approuver cette interprétation qui place la volonté des parties au cœur de l'application des normes juridiques. La particularité de la condition suspensive est que l'élément considéré est extérieur aux conditions de formation du contrat, mais il est déterminant du consentement des parties.

806. – **Jurisprudence.** Ainsi, un contrat conclu sous la condition suspensive de sa réitération par acte authentique est considéré comme caduc lorsque finalement le consentement n'est pas réitéré<sup>129</sup>. Il convient d'être attentif à la formulation de la clause de réitération, la Cour de cassation distinguant deux situations dont les conséquences sont opposées. :

- soit la clause de réitération est une condition suspensive : la Cour de cassation considère alors que la non-réalisation de la condition entraîne la caducité automatique du contrat ;
- soit la clause de réitération est un terme suspensif : la Cour de cassation<sup>130</sup> considère alors que le contrat n'est pas caduc sauf stipulation contraire. Ainsi, les parties pourraient agir en exécution forcée.

La Cour de cassation fait preuve ici d'une rigueur d'analyse heureuse distinguant nettement entre le terme et la condition. Le rédacteur de contrat a ici une réelle responsabilité quant au mécanisme mis en place<sup>131</sup>, le choix entre les mécanismes du terme et de la condition ayant des conséquences bien différentes. Il a une obligation d'information et de conseil envers les parties.

<sup>125</sup> Art. 1181 C. civ.

<sup>126</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 juin 1991 n° 90-11.295 Bull. n° 180, *RTD civ.* 1991. 737 obs. J. Mestre ; Cass. com. 6 mars 2007 n° 05-17.546 Bull. n° 78.

<sup>127</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 mars 2007 n° 03-14.681 Bull. n° 52.

<sup>128</sup> J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille II 1977 n° 302 s. p. 418 s. ; H. Kenfack, « La défaillance de la condition suspensive », *Defrénois* 1997 art. n° 36604 p. 833 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 juill. 1999 n° 97-20.110 Bull. n° 179 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2006 n° 05-11.775 Bull. n° 457.

<sup>129</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2006 n° 05-11.775.

<sup>130</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 fév. 2009 n° 08-10.677 Bull. n° 47, *JCP N* 2009 n° 23 1194 note J.-J. Barbière, *AJDI* 2009 p. 637 obs. S. Prigent, *RDC* 2009 p. 1100 obs. G. Lardeux.

<sup>131</sup> H. Kenfack, « Actualité des promesses de vente », *D&P* 2012 n° 219.

### ■ Exemple :

« La présente convention est subordonnée à la réalisation des conditions suspensives suivantes :  
Ces conditions suspensives devront être réalisées au plus tard le [date].

À défaut de réalisation de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives dans le délai ci-dessus ou si la défaillance de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives est certaine, la présente convention sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution. »

Outre le cas spécifique du mécanisme de la condition suspensive, il est à noter la grande variété des éléments essentiels du contrat pouvant entraîner la caducité par leur disparition.

### b. L'extension de la clause de caducité

807. – La caducité a pour particularité d'être une notion souple s'adaptant à diverses situations juridiques.

808. – **Avant-contrats.** La caducité est un mécanisme de fin de contrat qui s'applique notamment au contrat en cours d'exécution, mais aussi aux avant-contrats et aux actes provisoires<sup>132</sup>.

Concernant l'offre de contracter, celle-ci prend fin par caducité dans deux situations :

- en cas de retrait de l'offre par son auteur avant que celle-ci ne rencontre une acceptation pure et simple<sup>133</sup> ;
- à l'expiration du délai d'acceptation d'une offre ou d'une promesse qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique<sup>134</sup>.

Dans ces situations, la rencontre de volonté est l'élément essentiel nécessaire à la formation du contrat. Faute pour l'offre ou la promesse d'avoir rencontré une acceptation formant le contrat, l'offre ou la promesse est frappée de caducité. Il n'est pas ici question de nullité : l'offre est valable, mais sa perfection nécessitait la réalisation d'un élément de formation du contrat qui n'a pas eu lieu. Il s'agit d'un élément de validité apprécié au cours de l'exécution de l'offre. Le mécanisme de caducité est donc parfaitement adapté en l'espèce.

809. – **Décès du pollicitant.** La question a pu se poser de la pérennité de l'offre en cas de décès du pollicitant. Dans un premier temps, la jurisprudence considérait que l'offre n'était pas transmissible aux héritiers et que le décès du pollicitant entraînait nécessairement la caducité de l'offre<sup>135</sup>. La jurisprudence a opéré un revirement<sup>136</sup> en 1997. Elle considère depuis que la caducité doit être écartée lorsque l'offre prévoit un délai précis d'acceptation et que le décès a lieu pendant ce délai.

<sup>132</sup> L. Merland, « La caducité, sanction de l'accord provisoire qui ne devient pas définitif ? », *RLD* 2008 n°50.

<sup>133</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 mai 1989 n°87-18.130 Bull. n°109 : « la notification d'une vente sous condition suspensive au titulaire du droit de préemption, par le notaire chargé d'instrumenter, ne constituant pas une promesse de vente mais une simple offre, celle du 22 juillet 1981 devenue caduque par l'effet du décès de Mme X... survenu le 11 août 1981, ne pouvait être l'objet postérieurement à cette date d'une acceptation de la part de la S.A.F.E.R. ».

<sup>134</sup> CA Paris 23 juin 1981, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd. 2004 n°89.

<sup>135</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 mai 1989 n°87-18.130 Bull. n°109, *D.* 1990 jur. p. 365 note G. Virassamy, *D.* 1991 somm. p. 317 obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1990 p. 69 obs. J. Mestre ; Cass. soc. 14 avril 1961 n°59-10.989, *D.* 1961 jur. p. 535, *JCP G* 1961 II n°12260, *RTD civ.* 1962 p. 349 obs. G. Cornu ; D. R. Martin, « L'esquisse contractuelle et la mort », *D.* 1993 chr. p. 236.

<sup>136</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 déc. 1997 n°95-16.461 Bull. n°223, *D.* 1999. 9 obs. P. Brun, *Defrénois* 1998. 336 obs. D. Mazeaud.



810. – **Critiques.** La majeure partie de la doctrine<sup>137</sup> justifie une telle jurisprudence en tenant compte des attentes légitimes du destinataire de l'offre. La question s'est alors posée de savoir ce qu'il en était lorsque l'offre n'avait pas précisé de délai. La doctrine est plus divisée quant à cette question. Une partie d'entre elle<sup>138</sup> considère que doit être respecté un délai raisonnable, le décès ne rendant pas l'offre caduque immédiatement. Une autre partie de la doctrine<sup>139</sup>, considère que l'offre devient caduque dès la survenance du décès du pollicitant. Ce dernier n'ayant pas pris d'engagement de maintenir son offre, celle-ci ne saurait se transmettre à ses héritiers.

Une telle solution consistant à faire survivre au pollicitant son offre est regrettable. L'offre est attachée à la personne du pollicitant. Considérer que le consentement puisse survivre à son décès s'est considéré le consentement indépendamment de la personne du pollicitant. Il ne saurait y avoir de rencontre de volonté sans deux parties vivantes. Cette solution est surprenante si on compare la protection offerte par les juges à l'égard du promettant indélicat. Le consentement est protégé au point de considérer que le promettant qui se rétracte ne peut être sanctionné par l'exécution forcée. Ici, le pollicitant mort, il convient de transmettre aux héritiers une offre afin de préserver un éventuel bénéficiaire d'une perte de chance. Une telle solution n'opère pas un équilibre des intérêts en présence, mais se concentre sur le seul bénéficiaire de l'offre au détriment de l'offrant.

811. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat peut pallier à cette jurisprudence en précisant que l'offre est valable pendant un certain délai sous réserve du décès du pollicitant.

#### ■ Exemple :

« *L'a présente offre est formulée à l'attention de [identité du bénéficiaire] valable au plus tard jusqu'à [date] incluse sous réserve du décès du pollicitant.*

*L'a présente offre est faite en considération du contrat principal suivant [description].*

*Les éléments essentiels de l'offre sont les suivants : [à compléter]. La disparition d'un élément essentiel entraîne la caducité de l'offre.*

*Si l'offre n'est pas acceptée purement et simplement par son bénéficiaire dans le délai imparti, l'offre sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution ou à dommages et intérêts ».*

Outre le cas de l'offre, la caducité se rencontre dans de nombreuses situations.

812. – **Novation de contrats.** Dans le cadre du mécanisme juridique de la novation de contrat<sup>140</sup>, il convient de qualifier juridiquement la disparition du contrat initial. Le nouveau contrat fait disparaître le contrat initial pour s'y substituer. La formation du nouveau contrat réside dans la disparition consécutive du contrat initial traduite par l'*aliquid novi*. L'élément essentiel disparu est ici l'entier contrat initial. Dès lors, il y a lieu de considérer que le contrat initial est frappé de caducité : un élément essentiel a disparu par novation.

<sup>137</sup> J. Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013 p. 27 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970 p. 123.

<sup>138</sup> J. Antippas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013 p. 27.

<sup>139</sup> Ch. Larroumet, *Droit civil t. III, Les obligations, Le contrat*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd. 2007 n° 241.

<sup>140</sup> D. Cholet, « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006 p. 467.



813. – **Droit du travail.** La caducité a également trouvé à jouer un rôle en matière de droit du travail<sup>141</sup> et notamment dans le cadre des relations collectives traduites par des accords collectifs<sup>142</sup>. La caducité peut être partielle et toucher les articles de conventions collectives qui seraient contraires au Code du travail, car moins favorables au salarié que ce dernier<sup>143</sup>. La caducité devient alors la conséquence de l'application de la hiérarchie des normes.

814. – **Intuitu personae.** La pratique s'est encore emparée de la notion de caducité par la stipulation de clauses généralement désignées comme des clauses *intuitu personae*<sup>144</sup> :

- changement de contrôle dans la société cocontractante<sup>145</sup> : la caducité permet alors de ne pas être lié à des concurrents ;
- de décès, de disparition ou d'incapacité du cocontractant personne physique : la caducité permet de ne pas être lié aux ayants droit ou de se préserver du risque d'insolvabilité du partenaire.

Ces clauses de rupture nécessitent d'être qualifiée juridiquement : est-ce un cas de résiliation ou un cas de caducité ? Il convient de parler de caducité et non de résiliation : en effet, l'élément essentiel est ici la personne cocontractante. Sa disparition ou la disparition de ses qualités affecte l'exécution du contrat dans sa perfection. Parler de résiliation est un abus de langage, ce terme étant devenu générique. La qualification du mécanisme de rupture est bien ici la caducité. Les conditions de mises en œuvre de la clause de caducité ne changent pas la nature de la rupture ; le fait que la rupture puisse être automatique ne change pas le fondement de l'extinction du lien contractuel à intervenir du fait de la disparition de l'élément essentiel qu'est la personne co-contractante.

815. – La caducité a vocation à s'appliquer dans tous les domaines du droit et à tous les stades de vie du contrat — de sa formation à son exécution. Il est à conseiller au praticien de qualifier contractuellement les éléments essentiels au contrat tout en prenant garde de préciser que la liste est non-exhaustive. Si la qualification du caractère essentiel de l'élément considéré est un véritable enjeu, la cause de la disparition est quant à elle indifférente.

---

<sup>141</sup> J. Barthélémy, « Restructurations et tissu conventionnel : critique de la jurisprudence », *Les Cahiers du DRH* n°128 janv. 2007 p. 19 Aide pour un débat sur la mise en cause ; H.-J. Legrand et M.-L. Morin, *Rev. drt. trav.* 2008 p. 10.

<sup>142</sup> Cass. soc. 17 juin 2003 n°01-15.710 Bull. n°198 : « qu'ayant relevé que la réduction d'horaire convenue dans le cadre de l'accord collectif conclu en application de la loi du 11 juin 1996 avec le précédent employeur tendait à favoriser la création d'emplois et que cet accord n'avait plus d'objet dès lors que le plan de cession arrêté par le tribunal de commerce prévoyait des licenciements et entraînait en conséquence la disparition des aides publiques, la cour d'appel en a exactement déduit que cet accord collectif était devenu caduc ; que le moyen n'est pas fondé ».

<sup>143</sup> Art. L. 2251-1 C. trav. : « La convention ou l'accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que celles des dispositions légales en vigueur » ; Cass. soc. 17 juill. 1996 n°95-41.745 Bull. n°296 : « principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application ».

<sup>144</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1, « La clause de caducité », p. 63.

<sup>145</sup> T. com. Seine 9 juin 1942, *Gaz. Pal.* 1942.2.184 ; CA Paris 6 fév. 1992 5<sup>ème</sup> Ch., *D.* 1992 Som. 388 obs. Y. Serra.

## 2. L'origine de la disparition d'un élément essentiel

816. – **Lien entre caducité et force majeure.** L'évènement causant la disparition d'un élément essentiel n'a pas de particularité juridique (a) sauf à considérer le lien particulier qu'entretiennent la notion de caducité et la notion de force majeure (b).

Le praticien n'a pas intérêt à circonscrire les causes de la disparition de l'élément essentiel, une telle disposition entraînant une restriction de l'étendue de la clause de caducité.

### a. Cause de la disparition de l'élément essentiel : indifférence de la force majeure

817. – **Cause de la perte d'un élément essentiel.** La majorité de la doctrine<sup>146</sup> évoque à peine la survenance d'un évènement causant la disparition de l'élément essentiel.

Certains auteurs se sont pourtant intéressés plus spécifiquement à la cause de la disparition de l'élément essentiel du contrat. Ainsi, E. Savaux<sup>147</sup> a affirmé que cet évènement devait être imprévisible, irrésistible et extérieur — rapprochant les notions de caducité et de force majeure. Cette conception est restrictive et n'a eu que peu d'écho en jurisprudence. Elle opère un amalgame entre des mécanismes proches, mais distincts.

818. – **Irrésistibilité.** Concernant le critère d'irrésistibilité, la lecture de la jurisprudence<sup>148</sup> ne mentionne aucune condition quant à l'évènement causant la disparition. Elle ne s'intéresse qu'à la disparition en elle-même.

819. – **Imprévisibilité.** Concernant le critère d'imprévisibilité, celui-ci n'est pas à retenir. À ce titre, en matière de condition suspensive, il sera rappelé que l'éventualité de la disparition de l'élément essentiel est anticipée par les parties. Il en est de même pour l'émission d'une offre de contracter pour laquelle l'émetteur ne sait pas si celle-ci sera acceptée. Il n'y a donc aucune imprévisibilité puisque l'incertitude est anticipé et contractualisé par les parties.

820. – **Extériorité.** Enfin, l'évènement considéré n'est pas nécessairement extérieur aux parties, puisque la caducité peut aussi résulter du refus de lever l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale<sup>149</sup>. De même, il a été démontré que la volonté des parties pouvait être à l'origine de la caducité.

821. – **Disparition.** En l'absence de consécration jurisprudentielle, aucun de ces trois critères n'est donc à retenir. Ceci est un avantage pour le praticien qui n'a pas à se soucier de la cause de la disparition. Seule la disparition en elle-même est déterminante. Ce qui importe est le constat empirique de la disparition. La volonté ne saurait être considérée comme extérieure.

Si la caducité diverge de la force majeure, elle ne l'ignore pas, la jurisprudence ayant lié les notions.

<sup>146</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, tome 1 L'acte juridique* 14<sup>ème</sup> éd. 2010 n°322 p. 298.

<sup>147</sup> E. Savaux, obs. sous. Cass. com. 29 juin 2010, *RDC* 2011 34 p. 38.

<sup>148</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1er juill. 1997 n°95-15.642 Bull. n° 224 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 nov. 2002 n°99-21.203 Bull. n°258 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.134 Bull. n°243 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1986 n°85-11.396 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juill. 2006 n°04-13.204.

<sup>149</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 oct. 1971 n°70-11.165 Bull. n°499.

## b. La force majeure rendant impossible l'exécution du contrat : caducité du contrat ?

822. – **Définition.** La force majeure est une notion juridique très utile qui met en présence trois critères : la survenance d'un événement irrésistible, imprévisible et extérieur aux parties. Pendant un temps, la jurisprudence a pu considérer que le seul critère de qualification de la force majeure résidait dans l'irrésistibilité<sup>150</sup>, l'imprévisibilité et l'extériorité étant reléguées au rang de simples indices<sup>151</sup>. Cependant, l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>152</sup> a décidé qu'il y avait force majeure lorsque l'évènement était imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible lors de l'exécution du contrat, solution reprise par les autres chambres de la Cour de cassation<sup>153</sup>. Le critère de l'extériorité semblait abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>154</sup>. Cette solution était approuvée par les uns<sup>155</sup> et contestée par les autres<sup>156</sup>. Cependant, un communiqué de l'assemblée de la Cour de cassation<sup>157</sup> a bien précisé que « *les critères classiques de la force majeure sont au nombre de trois : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité* ». Bien qu'une incertitude subsiste, à ce jour, il convient de considérer que la force majeure doit réunir trois conditions que sont l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'extériorité.

823. – **Caducité ?** La force majeure est avant tout un mécanisme d'exonération de responsabilité contractuelle<sup>158</sup>. Elle peut également jouer un rôle en matière de cessation du contrat. Ainsi, lorsque le cas de force majeure rend le contrat définitivement impossible à exécuter, il est rompu. Il convient de qualifier la rupture considérée. La résiliation pour faute est à exclure<sup>159</sup> puisque par définition l'inexécution considérée n'est pas fautive.

Dans ces conditions, la rupture du contrat est considérée comme un cas de caducité par la jurisprudence : en effet, la survenance d'un événement recouvrant les caractéristiques de la force majeure cause la disparition de la possibilité de bien exécuter le contrat. Or, la bonne exécution du contrat en serait un élément essentiel selon une analyse in concreto. L'impossibilité d'exécuter l'objet du contrat constituerait bien la disparition d'un élément essentiel de celui-ci.

824. – Le fait d'assimiler l'impossibilité d'exécution par force majeure à la disparition d'un élément essentiel du contrat ne repose pas sur un effort de qualification et tend à faire de la notion de

<sup>150</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 nov. 2002 n°99-21.203 Bull. n°258 : « *alors que la seule irrésistibilité de l'évènement caractérise la force majeure* ».

<sup>151</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992 t. 220 préf. B. Teyssié ; P. Stoffel-Munck, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC* 2003 59.

<sup>152</sup> Cass. AP 14 avril 2006 n°02-11.168 Bull. n°5 : « *dès lors que cet évènement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution* ».

<sup>153</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.134 Bull. n°243, *JCP* 2008 II 10198 obs. P. Grosser.

<sup>154</sup> P. Grosser, note sous Cass. AP 14 avril 2006 n°02-11.168 Bull. n°5, *JCP G* 2006 II n°10087 ; L. Bloch, « Force majeure : le calme après l'ouragan ? », *Resp. civ. et assur.* 2006 étude 8.

<sup>155</sup> P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ 1992 préf. B. Teyssié n° 42 ; I. Guyot, « Le caractère extérieur de la force majeure », *RRJ* 2002 n°1 p. 213.

<sup>156</sup> A. Tunc, « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTD civ.* 1946 p. 199 ; rapp. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3<sup>ème</sup> éd. 2006 n°385.

<sup>157</sup> Communiqué Cass. AP 14 avril 2006, *JCP G* 2006, Actualités, n° 194.

<sup>158</sup> Art. 1148 C. civ. : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.* ».

<sup>159</sup> F.-X. Testu, « Contrats d'affaires » Titre 11 Chapitre 114 n°114.09, *Dal. Aff.* 2011.

caducité une catégorie « fourre-tout » dépourvue de réelle spécificité. Cela témoigne de l'absence de théorie de fin de contrat dont souffre notre droit<sup>160</sup>. Dans ces conditions, il apparaîtrait plus heureux de parler de résiliation sans faute et non de caducité<sup>161</sup>.

825. – **Conclusion.** Il convient de retenir que le mécanisme de la caducité a pris de l'ampleur en droit des contrats et s'applique aujourd'hui à toute disparition d'un élément essentiel, notion entendue de façon très, voir trop large. La notion de cause étendue à la période d'exécution du contrat permet d'explicitier le rôle renouvelé de la caducité et ouvre de nouveaux enjeux aux praticiens.

### ***B. Disparition d'un élément essentiel : le rôle de la cause***

826. – **L'apparition de la cause au stade de l'exécution du contrat.** On connaissait la cause au stade de la formation du contrat<sup>162</sup>, elle joue désormais un rôle au stade de l'exécution du contrat. Lors de la formation du contrat, la cause comprend « *la représentation actuelle des conséquences futures du contrat* »<sup>163</sup>. Les parties concluent un contrat à un instant donné en vue de la réalisation future de leur projet.

La cause est à ce point importante qu'elle joue tant pour un contrat comme entité autonome (1) qu'en matière de groupe de contrats indivisibles (2).

#### ***1. L'admission de la notion de cause au cours de la vie du contrat : imprévision et caducité***

827. – **Doctrine.** La doctrine s'intéresse au concept de cause et plus spécifiquement à la notion de cause au stade de l'exécution du contrat<sup>164</sup>. La prise en compte de la disparition de la cause en cours d'exécution du contrat justifie de la caducité de celui-ci.

828. – **Solution jurisprudentielle.** Cette position doctrinale n'a pas laissé la jurisprudence insensible. Par un arrêt en date du 30 octobre 2008, la Cour de cassation<sup>165</sup> a décidé : « *par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive de M. Y..., la cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité* ». Cet arrêt fait suite à quelques autres rares décisions<sup>166</sup> et semble consacrer la caducité comme mécanisme de rupture d'un contrat à exécution successive affecté par la disparition de sa cause. La Haute Juridiction intègre explicitement la notion de cause à la phase d'exécution du contrat.

<sup>160</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », RTD civ. 2005 p. 223.

<sup>161</sup> S. Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », RTD civ. 2005 p. 223. n° 8.

<sup>162</sup> Art. 1108 C. civ.

<sup>163</sup> G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, n°294.

<sup>164</sup> Y. Buffélan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droits civil* LGDJ 1963. – F. Garron, *La caducité des contrats, Étude de droit privé*, PUAM 2000, préf. Mestre ; C. Pelletier, « La caducité des actes juridiques en droit privé français », *L'harmattan* 2004, préf. Jestaz. ; R. Chaaban, *La caducité des contrats, Étude de droit privé*, LGDJ 2006, préf. Y. Lequette.

<sup>165</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.646 Bull. n°241, *RTD civ.* 2009 p. 111 obs. J. Hauser, *RDC* 2009 p. 49 obs. D. Mazeaud, *Defrénois* 2009 p. 671 obs. R. Libchaber.

<sup>166</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 déc. 1986 n°85-11.396, *RTD civ.* 1987 p. 750 obs. J. Mestre ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juill. 2006 n°04-13.204, *RTD civ.* 2007 p. 105 obs. J. Mestre et B. Fages.

829. – **Analyse.** L'évolution de la notion de cause — non plus appliquée au seul stade de la formation du contrat, mais également au stade de son exécution — est due à une nécessité juridique et à une considération pratique.

830. – **Imprévision**<sup>167</sup>. D'une part, traditionnellement le droit privé refuse d'admettre la théorie de l'imprévision<sup>168</sup>, et ce contrairement au droit public<sup>169</sup>, l'imprévision correspondant à l'évolution des circonstances contractuelles créant un déséquilibre entre les prestations des parties sans pour autant être un cas de force majeure rendant impossible l'exécution du contrat. La pratique devait pallier ce silence du droit, souvent source de contentieux.

Selon une récente évolution, la Haute Juridiction semble ouvrir la porte à une prise en compte de l'imprévision. Par un arrêt du 29 juin 2010<sup>170</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé : « *de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature (...) et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit* ». Cependant, la portée de cet arrêt paraît limitée : non publié, l'arrêt de la chambre commerciale tranchait une question de procédure<sup>171</sup>. Il convient dès lors de retenir le principe de l'absence de prise en compte de l'imprévision en droit privé avec une possible et souhaitable évolution favorable.

Il en ressort que l'évolution de l'équilibre contractuel ne semble pas prise en considération par notre législation de droit privé. Le rôle de la cause au cours de la vie du contrat est un heureux palliatif. C'est un outil tellement facile à utiliser pour le juge qu'il en est dangereux pour la sécurité juridique. Un déséquilibre du contrat a pour conséquence la disparition de la cause, élément de formation du contrat apprécié au cours de son exécution. La caducité pour disparition de la cause est une réponse appropriée. Elle serait un véritable instrument de justice contractuelle. Cependant, il apparaît difficile d'anticiper le déséquilibre éventuel. Il serait possible de prévoir une clause « balai » précisant en introduction que le contrat a été consenti en considération du contexte économique, financier et juridique et en vue de préserver un équilibre entre les parties. Cependant, une telle disposition ne paraît pas suffisante.

---

<sup>167</sup> G. Cornu définit l'imprévision comme suite : « *Théorie prétorienne élaborée par le Conseil d'État mais rejetée par la jurisprudence civile et discutée dans ses rattachements [...] en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants (circonstances économiques, monétaires, etc.) et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants non pas impossible mais tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner, déséquilibre dans l'économie du contrat qui à la différence de la lésion survient en cours d'exécution* », *Vocabulaire juridique*, PUF, Association H. Capitant 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>168</sup> Cass. civ. 6 mars 1876, affaire du canal de Craponne, *DP* 1976 1 193 ; Cass. com. 18 décembre 1979 n°78-10.763 Bull. n°339.

<sup>169</sup> J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFD* 2004 80.

<sup>170</sup> Cass. com., 29 juin 2010 n°09-67.369, *D.* 2010, p. 2481 note D. Mazeaud et p. 2485, note T. Genicon ; *RJD civ.* 2010 p. 782, obs. B. Fages ; *RDC* 2011 p. 34 obs. E. Savaux : « *rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution* ».

<sup>171</sup> R. Cabrillac, *Droit des obligations : Cours Dalloz*, 10<sup>ème</sup> éd. 2012 p. 112.



831. – **Considération pratique.** D'autre part, la considération juridique de l'utilisation de la notion de cause se double d'une considération pratique. En effet, les rapports contractuels s'inscrivent dans la durée. Le contrat n'est plus considéré comme un accord statique. Ainsi, les conditions initiales qui ont conditionné le consentement des parties ont pu changer, que ce soit en fonction de l'environnement juridique, économique ou financier. « *La cause doit être considérée comme un élément permanent et non simplement constitutif du contrat* »<sup>172</sup>. La cause dans les contrats synallagmatiques permet de prendre en considération l'équilibre entre les prestations. C'est donc assez naturellement que la pratique et une partie de la doctrine se sont tournées vers cette notion de cause pour traiter de la caducité du contrat en lien avec la notion d'économie du contrat. Le contrat devient caduc notamment par la perte d'un de ses éléments essentiels, sa cause. Ainsi, si la cause n'affecte pas la validité du contrat par sa disparition en cours de contrat, elle en affecte la pérennité<sup>173</sup>.

832. – **Jurisprudence applicable au seul contrat à exécution successive ?** L'arrêt de 2008 susmentionné précise que la disparition de la cause n'entraîne la caducité du contrat que dans le cadre de contrat à exécution successive. On retrouve l'idée d'écoulement du temps et de changement de circonstances.

Cependant, la restriction aux seuls engagements à exécution successive paraît artificielle, certains contrats à exécution instantanée pouvant également s'inscrire dans la durée lorsque leur exécution est affectée d'un terme suspensif éloigné<sup>174</sup>. Cependant, il semble que cette question soit plus théorique que pratique, peu de contrats à exécution instantanée étant concernés par la disparition de la cause en cours de contrat<sup>175</sup>.

Il ressort de cette jurisprudence approuvée par la doctrine que la notion de cause dans notre ordre juridique est devenue prépondérante et incontournable. Elle est promise à une évolution dans l'ordonnement juridique. Le projet de réforme de la Chancellerie<sup>176</sup> est à contre-courant de la place croissante accordée à la cause par la pratique, une partie de la doctrine<sup>177</sup> et la jurisprudence.

833. – **Commune intention des parties.** L'arrêt de 2008 susmentionné se base également sur la recherche de la commune intention des parties. La volonté des parties tient ici une place centrale en matière contractuelle au-delà des qualifications juridiques<sup>178</sup>. Cette jurisprudence revient à admettre que « *l'obligation n'est valable que tant qu'elle est appuyée sur sa cause* »<sup>179</sup>.

<sup>172</sup> A. Cermolace, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RQDC* 2009 n°57 ; A. Cermolace, *Cause et exécution du contrat*, PUAM 2001 n°109 et s. p. 74 et s.

<sup>173</sup> Civ. 8 mai 1974, *D.* 1975. 305 obs. Ch. Larroumet.

<sup>174</sup> A. Cermolace, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RQDC* 2009 n°57.

<sup>175</sup> M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625.

<sup>176</sup> Le projet de réforme de la Chancellerie a souhaité supprimer la notion de cause du contrat lui substituant la notion « d'intérêt au contrat ».

<sup>177</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, D. 3<sup>ème</sup> éd. 1927 n°7 et 120 ; J. Carbonnier, *Droit civil t. 4 Les obligations*, PUF 22<sup>ème</sup> éd. 2000 n°59 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations 2. Contrat*, Litec 6<sup>ème</sup> éd. 1998 n°854, A. Sériaux, *Droit des obligations* PUF coll. Droit fondamental 2<sup>ème</sup> éd. 1998 n°56 ; Ch. Larroumet, *Droit civil t. 3 Les obligations, Le contrat* 1<sup>ère</sup> partie Conditions de formation, Economica 6<sup>ème</sup> éd. 2007 n°469 et 472 ; A. Cermolace, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RQDC* 2009 n°57.

<sup>178</sup> X. Henry, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse Nancy II 1992 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ 1999 n°351.

<sup>179</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, D. 3<sup>ème</sup> éd. 1927 n°13.



Cette évolution est souhaitable, la cause devenant la gardienne de l'économie du contrat entre les parties. Le rédacteur peut difficilement anticiper de telle situation sauf à prévoir des clauses d'adaptation ou de renégociation du contrat en cas de changement de circonstances. Ces clauses dites de *hardship* restent un outil privilégié du droit du commercial international ou des grosses sociétés. Il serait opportun que la pratique s'en saisisse pour l'usage des très petites, petites et moyennes entreprises.

La cause a encore vocation à jouer un rôle en matière de groupe de contrats.

## 2. La cause dans les groupes de contrats : l'effet « domino »

834. – **Ensembles contractuels.** Le rôle de la cause concerne à la fois le contrat comme entité autonome et à la fois les ensembles contractuels (a). Parmi ces ensembles contractuels, il convient de considérer le cas particulier du contrat de cautionnement lié à un contrat principal (b).

### a. Contrats liés par une communauté de cause : l'effet « domino »

835. – **Conséquences de la disparition d'un contrat lié.** Il est admis, en doctrine, que les ensembles contractuels soient liés par une communauté de cause ou d'objet. La disparition de l'un peut affecter la poursuite de l'exécution des autres contrats liés. La question posée est alors de savoir : « *si l'un des contrats constitutifs d'un ensemble contractuel est résilié, doit-on admettre la caducité des autres contrats du groupe ?* »<sup>180</sup> Et si oui, sur quel fondement ?

836. – **Indivisibilité contractuelle / théorie de l'accessoire.** Cela revient à poser la question de l'indivisibilité des contrats entre eux : ainsi un contrat peut-il être la cause de l'autre ? La Cour de cassation fait là encore reposer le lien d'indivisibilité des contrats sur la notion de cause en visant l'article 1131 du Code civil dans son arrêt de principe de 2007<sup>181</sup>.

La doctrine s'était interrogée sur le fondement du lien d'indivisibilité entre les contrats<sup>182</sup>. Une partie de la doctrine approuve la solution de la Cour de cassation<sup>183</sup> qui reconnaît que « *la raison d'être d'un contrat dans un ensemble contractuel complexe et indivisible réside dans l'existence et la pérennité d'un autre contrat* »<sup>184</sup>. Les différents contrats sont donc essentiels les uns aux autres. Ils participent d'une même économie contractuelle. Cette lecture est transposable aux ensembles contractuels reposant sur la théorie de l'accessoire l'un étant le contrat principal, et l'autre le contrat accessoire.

<sup>180</sup> F.-X. Testu, *Contrats d'affaires Titre 3 Éléments de compréhension du contrat*, D. Action éd. 2011 Chap. 37 n°37.10.

<sup>181</sup> Cass. com. 5 juin 2007 n°04-20.380 Bull. n°156 : « *la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel* » au visa de l'article 1131 C. civ.

<sup>182</sup> J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, pré. M. Cabrillac, Litec 1999 ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006 n°751 à 966.

<sup>183</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, D., 2<sup>ème</sup> éd. 1924 ; D. Mazeaud, « Cause et ensemble contractuel indivisible », *RDC* 2007 p. 256 ; J.-L. Aubert, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 avril 2006 n°02-18.277, *Defrénois* 2006 p. 1194.

<sup>184</sup> N. Martial-Braz, « Indivisibilité et caducité... ou l'art de la conciliation exercé par la Cour de cassation », *RDC* 2008 n°45.

Le rédacteur de contrat doit prévoir une clause spécifique :

- soit d'indivisibilité : le sort des contrats étant irrémédiablement liés,
- soit de lien entre les contrats : une telle clause a un effet déclaratif.

La parfaite information des parties est un enjeu : en effet, bien souvent les différentes parties contractantes dans les ensembles contractuels ne sont pas les mêmes. Il convient d'éviter l'application de l'effet relatif des contrats<sup>185</sup>.

837. – **Volonté des parties.** Ce qui est intéressant dans l'arrêt de 2007 précité concernant les groupes de contrats<sup>186</sup>, c'est que précisément la Cour de cassation vise l'article 1134 du Code civil. De même que par l'arrêt de 2008<sup>187</sup> qui admet que la disparition de la cause entraîne la disparition d'un contrat, est prise ici en compte la volonté des parties au cours de l'exécution du contrat.

838. – **Contrat lié et élément essentiel.** La disparition d'un contrat indivisible ou principal entraîne dès lors la disparition d'un élément essentiel de l'autre contrat indivisible ou accessoire et donc sa caducité<sup>188</sup>. On parle d'indivisibilité objective<sup>189</sup>. La Cour de cassation a consacré cette position doctrinale et refuse la sanction de la résolution<sup>190</sup> au profit de la caducité<sup>191</sup>. Cette solution permet une bienheureuse clarification des mécanismes de fin de contrat.

839. – **Effet « domino ».** La cessation d'un contrat faisant partie d'un groupe contractuel a pour effet possible la caducité en cascade<sup>192</sup> : le contrat de vente ayant été rompu du fait de la non-réalisation d'une condition suspensive à terme entraîne la caducité du contrat de prêt et donc la caducité du cautionnement. Ainsi, tous les contrats liés qui ont une cause commune deviennent caducs par effet « domino », et ce même si les parties ne sont pas systématiquement les mêmes à chaque contrat. Il convient de s'intéresser plus spécifiquement au contrat de cautionnement.

## b. Cautionnement et exceptions inhérentes à la dette

840. – Le contrat de cautionnement, contrat accessoire à un contrat principal, permet d'illustrer pour partie la problématique des groupes de contrats.

841. – **Exceptions inhérentes à la dette.** En matière de cautionnement<sup>193</sup>, lorsque la caution est actionnée par le créancier, elle peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette du

<sup>185</sup> Art. 1134 C. civ.

<sup>186</sup> Cass. com. 5 juin 2007 n°04-20.380 Bull. n°156.

<sup>187</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n°07-17.646 Bull. n°241.

<sup>188</sup> V. Wester-Ouisse, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001. I. 209 n°7 ; B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ Bibl. dr. privé t. 139, 1975, préf. J.-M. Mousseron ; S. Armani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002, art. 37505, p. 355.

<sup>189</sup> F.-X. Testu, *Contrats d'affaires Titre 3 Éléments de compréhension du contrat*, D. Action éd. 2011 Chap. 37 n°37.10.

<sup>190</sup> N. Martial-Braz, « Indivisibilité et caducité... ou l'art de la conciliation exercé par la Cour de cassation », *RQDC* 2008 n°45.

<sup>191</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1er juill. 1997 n°95-15.642 Bull. n°224, *D.* 1998. 32 obs. L. Aynès.

<sup>192</sup> S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002 art. 37505 p. 335.

<sup>193</sup> Art. 2313 C. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur »

débiteur principal, mais non les exceptions personnelles au débiteur principal<sup>194</sup>. La différence entre les exceptions purement personnelles du débiteur et les exceptions inhérentes à la dette n'est pas clairement établie<sup>195</sup> et varie dans la jurisprudence<sup>196</sup> ce qui fait régner une confusion dénoncée par la doctrine<sup>197</sup>.

Malgré cette situation, il ressort clairement de la jurisprudence<sup>198</sup> que la cessation du contrat principal est considérée comme une exception inhérente à la dette opposable au créancier par la caution, que cette cessation du contrat résulte d'une nullité ou d'une résiliation. Le cautionnement est de ce fait caduc. Il s'agit de la caractéristique même du cautionnement, contrat accessoire qui ne peut survivre sans son support, le contrat principal. Il y a donc disparition d'un élément essentiel au contrat de cautionnement constitué par la disparition du contrat principal. Malgré le silence de la jurisprudence, on peut s'avancer en considérant que là encore, la cause du contrat de cautionnement sera considérée comme le fondement de cette solution.

842. – **Caducité, lien entre les contrats.** La caducité consacre alors l'existence d'un lien entre les contrats : quelle que soit l'origine de la disparition du contrat principal ou d'un contrat lié, les contrats accessoires ou liés deviendront caducs. La qualification de contrat principal ou de contrat accessoire repose sur l'appréciation de la cause, c'est-à-dire le fondement de l'opération contractuelle : c'est parce que les parties contractent une vente qu'elles conclurent un cautionnement.

843. – **Rédaction.** Le rédacteur du contrat doit anticiper ce mécanisme par la rédaction de clause appropriée afin d'éviter tout débat judiciaire souvent long et coûteux.

844. – **Conclusion.** Une fois le mécanisme de rupture du contrat qualifié de caducité en raison de la disparition d'un élément essentiel du contrat, il convient de s'intéresser aux effets dudit mécanisme. De même que le renouveau de la notion de caducité, le régime applicable reposent sur une analyse doctrinale et une lecture jurisprudentielle.

La clause de caducité prend ici tout son intérêt. Le régime n'étant pas légalement défini, le rédacteur dispose d'une marge d'action certaine.

## §2. Le régime de la caducité : rencontre de la pratique et du juge

845. – **Un régime jurisprudentiel.** Si la caducité trouve un écho favorable dans la doctrine et dans la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que cette notion n'est pas définie légalement et qu'en

---

*principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. ».*

<sup>194</sup> Cass. ch. mixte 8 juin 2007 n°03-15.602 : « *la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal (...) (la caution) n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle* ».

<sup>195</sup> Ph. Simler, *Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ?*, Le code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, 2004, Dalloz-Litec.

<sup>196</sup> D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 6<sup>ème</sup> éd. 2008, LGDJ, n°196 : « *La jurisprudence fait entrer assez arbitrairement les diverses exceptions dans l'une ou l'autre catégorie. Il est donc assez difficile aujourd'hui de déterminer par avance si la caution peut* » opposer telle ou telle exception ».

<sup>197</sup> M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd. 2007 Litec., n°68.

<sup>198</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 1990 n°88-18.808 Bull. n°158, *RTD civ.* 1990 p. 692 obs. M. Bandrac.

conséquence son régime n'est pas non plus déterminé par le législateur. Le praticien doit donc être attentif aux évolutions jurisprudentielles et adapter le cas échéant la rédaction de ces clauses. Le régime de la caducité a été élaboré par la jurisprudence, la doctrine et la pratique, d'où l'importance qu'il peut y avoir pour certains contrats qui s'inscrivent dans la durée d'anticiper les cas de caducité, au besoin en rédigeant une clause. Il convient en effet pour le rédacteur de contrat d'encadrer les effets de la caducité (A) et de prévoir les conditions de sa mise en œuvre (B).

### ***A. La portée incertaine de la caducité : anticipation contractuelle***

846. – **Effet de la caducité.** La caducité met fin au contrat pour l'avenir. La question s'est longtemps posée de déterminer si la caducité pouvait avoir un effet rétroactif. Selon la conception doctrinale classique, la caducité ne pouvait pas avoir un effet rétroactif<sup>199</sup>. La jurisprudence a cependant évolué (1).

847. – **Étendue de la caducité.** S'est également posée la question de l'étendue de la caducité : la caducité porte-t-elle uniquement sur l'entier contrat, sur l'obligation essentielle ou s'étend-elle aux obligations post-contractuelles ? (2)

#### ***1. La possible rétroactivité de la caducité : un effet non nécessaire***

848. – **Évolution de l'admission de la rétroactivité pour la doctrine.** L'évolution de la notion de caducité a fait se reposer la question de la rétroactivité<sup>200</sup>. En effet, lorsqu'il était admis que la caducité ne pouvait concerner que des contrats n'ayant pas reçu de commencement d'exécution, la question des restitutions ne se posait pas. Avec l'admission de la caducité en cours d'exécution du contrat, la doctrine s'est intéressée aux éventuelles restitutions et à leur fondement ; la rétroactivité est apparue comme leur fondement naturel et spontané.

849. – **Condition suspensive.** Une partie de la doctrine a admis l'effet rétroactif de la caducité comme justification des éventuelles restitutions<sup>201</sup> se fondant sur une conception classique de la notion de rétroactivité<sup>202</sup>. La possibilité de la rétroactivité de la caducité a d'abord été envisagée par le biais de la condition suspensive qui a, elle, un effet légal rétroactif<sup>203</sup>.

850. – **Résiliation.** L'effet rétroactif du contrat a encore été considéré par analogie avec le mécanisme de la résiliation : lorsque le contrat est à exécution successive, l'effet rétroactif est écarté<sup>204</sup> ; à l'inverse lorsque le contrat est à exécution instantanée, l'effet rétroactif est appliqué.

<sup>199</sup> Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, thèse, LGDJ 1964.

<sup>200</sup> cf. ci-dessus.

<sup>201</sup> J.-B. Seube, « A propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.* 1973. Chron. 197 p. 932 s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, Etude de droit civil, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 445, 2006, préf. Y. Lequette n°428 et s. p. 375 et s.

<sup>202</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 «La clause résolutoire et le principe de rétroactivité», p. 221 ; E. Maître-Arnaud, *La rétroactivité dans le contrat*, thèse Paris II 2003.

<sup>203</sup> Art. 1179 C. civ. : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.* ».

<sup>204</sup> A. Cermolace, « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RLDC* 2009 n°57 ; Cass. com. 2 nov. 1993 n°91-21.898 Bull. n°371, *CCC* 1994 comm. 22 obs. L. Leveneur ; Cass. com. 5 juin 2007 n°04-20.380.

Certains auteurs<sup>205</sup> contestent une telle analyse considérant que les restitutions n'ont pas nécessairement leur fondement dans la rétroactivité. Concernant la condition suspensive, l'effet rétroactif est aujourd'hui contesté par une partie de la doctrine<sup>206</sup>.

Il est regrettable que la notion de rétroactivité soit le fondement premier des restitutions au détriment d'une analyse juridique plus pertinente, la rétroactivité étant une fiction juridique ignorant le principe de réalité économique. Il n'est pas nécessaire de parler de rétroactivité pour opérer un retour au *statu quo ante*. L'équilibre contractuel entre les prestations suffit<sup>207</sup>.

851.– **Incertitudes jurisprudentielles.** La jurisprudence n'a pas clairement tranché le débat. Certaines décisions<sup>208</sup> admettent l'effet rétroactif de la caducité ; d'autres<sup>209</sup> admettent que les restitutions ne soient pas fondées sur la rétroactivité.

Le débat reste donc ouvert quant à la portée rétroactive ou non de la caducité.

852.– **Rédaction.** Les clauses de fin de contrat peuvent répondre à cette incertitude. Le rédacteur pourra écarter explicitement l'effet rétroactif de la caducité. Il peut également être prévu une clause de médiation ou de nomination d'un expert pour établir les éventuelles restitutions. Il convient de préciser que les restitutions de savoir-faire ou de droit de propriété intellectuelle font souvent l'objet de stipulations dédiées qui s'appliquent, quel que soit le mécanisme de rupture de la relation commerciale considérée.

#### ■ Exemple :

« La caducité affecte l'entier contrat sans rétroactivité. [Les parties s'engagent à mettre en œuvre tous les efforts en vue d'aboutir à un accord amiable quant aux éventuelles restitutions / sans qu'il y ait lieu à restitution]. »

Une autre question se pose quant à la caducité : a-t-elle nécessairement un effet sur l'ensemble du contrat ou peut-elle n'affecter qu'une partie du contrat ?

## 2. Une caducité totale ou partielle ?

853.– **Portée de la caducité.** Il est généralement admis que la disparition d'un élément essentiel du contrat rompt l'entier contrat. La question de l'admission de la caducité partielle s'est posée en doctrine. La notion même de caducité reposant sur la disparition d'un élément essentiel du contrat semble incompatible avec la notion de caducité partielle (a).

Quelle que soit la portée de la caducité, survivent à la disparition du contrat les obligations post-contractuelles, et ce de façon comparable aux mécanismes de résiliation du contrat (b).

<sup>205</sup> M.-C. Aubry, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625.

<sup>206</sup> J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille II, 1977 n°302 p. 418 s. ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ Bibl. dr. privé. t. 505 2009 préf. D. Mazeaud n°615 et s. p. 462 et s. ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, Etude de droit civil, LGDJ Bibl. dr. privé t. 445 2006 préf. Y. Lequette n°395 et s. p. 350 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd. 2011 n°1321 p. 703.

<sup>207</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 «La clause résolutoire et le principe de rétroactivité», p. 221.

<sup>208</sup> Cass. com. 5 juin 2007 n°04-20.380 Bull. n°156, *D.* 2007. 1723 obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2007. 569 obs. B. Fages ; *RTD com.* 2008. 173 obs. B. Bouloc.

<sup>209</sup> Cass. com. 15 nov. 2005 n°04-16.416 Bull. n°227, *D.* 2005. 3012 ; *RTD com.* 2006. 204, obs. A. Martin-Serf.



## a. L'enjeu de la caducité partielle

854. – **Le refus de la caducité partielle.** L'étendue de la caducité est loin d'être une question tranchée. Une controverse anime la doctrine quant à la portée de la caducité<sup>210</sup> : la disparition d'un élément essentiel au contrat emporte-t-il caducité de tout le contrat ou des seules dispositions concernant ledit élément essentiel ?

Malgré le silence regrettable du législateur, deux séries de dispositions légales permettent de donner des indications opposées quant à cette problématique :

- Lorsque l'obligation conditionnelle est un élément essentiel du contrat, la caducité s'étend à l'ensemble du contrat<sup>211</sup>. Ainsi, il conviendrait d'écarter le cas de caducité partielle, par analogie avec la condition suspensive.
- À l'opposé, en matière de legs, lorsque le testament ne comprend que des legs particuliers qui dépassent le disponible restant, le legs est réduit et est de ce fait considéré comme partiellement caduc<sup>212</sup>.

La jurisprudence ne donne pas de réponse claire : la Cour de cassation parlant tantôt de caducité du contrat<sup>213</sup>, tantôt de caducité des obligations<sup>214</sup>, refusant ainsi de trancher le débat juridique.

Si l'on se réfère à la notion même de caducité, le fait générateur de la caducité est la disparition d'un élément essentiel au contrat. La restriction du mécanisme aux seules clauses affectées par cette disparition semble en contradiction avec le principe même que l'élément soit considéré comme essentiel au contrat. Dès lors, hors cas déterminés par la loi ou les parties, la caducité partielle ne semble pas envisageable.

855. – Rédaction. Le rédacteur de contrat pourra prendre la précaution de parler de « caducité du contrat » pour éviter tout débat.

### ■ Exemple :

*« En conséquence, en cas de disparition d'un seul de ses éléments, le contrat sera considéré comme caduc de plein droit. »*

856. – **Stipulations contractuelles.** Le débat peut-être tranché contractuellement en présence d'une clause d'indivisibilité des clauses du contrat : la caducité d'un seul élément emporte alors la disparition de l'entier contrat. À l'inverse, en présence d'une clause de divisibilité des obligations

<sup>210</sup> R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, Bibli de droit privé, tome 445, n°542.

<sup>211</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 juillet 1999 n°97-20.110 Bull. n°179 : « *qu'en statuant ainsi, sans constater que la condition suspensive avait été stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur et alors que la défaillance d'une condition suspensive emporte caducité de la promesse synallagmatique de vente dont peuvent se prévaloir les deux parties, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

<sup>212</sup> F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, 3<sup>ème</sup> éd. 1997 Précis D., n°1044 ; H. Lécuyer, *Réserve Réduction des libéralités*, Rép. civ. D. 2011.

<sup>213</sup> Cass. com. 2 nov. 1993 n°91-21.898 Bull. n°371 ; Cass. soc. 17 juin 2003 n°01-15.710 Bull. n°198 ; Cass. com. 15 nov. 2005 n°04-16.416 Bull. n°227, *D.* 2005. 3012 ; *RTD com.* 2006. 204 obs. A. Martin-Serf ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 avril 2006 n°02-18.277 Bull. n°190 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 sept. 2009 n°07-21.225 Bull. n°182, *D.* 2009. 2222 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 fév. 2010 n°08-17.839 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 janv. 2011 n°10-10.038 ; Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16.660.

<sup>214</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 18 juin 1991 n°87-15.537 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n°90-21.993 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 sept. 2003 n°01-17.968 ; Cass. com. 12 oct. 2010 n°09-13.006, *D.* 2010. 2514 ; *Rev. soc.* 2011. 440 note T. Granier ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2011 n°05-11.715.



contractuelles, la caducité partielle serait envisageable, les obligations étant indépendantes les unes des autres.

857. – Il convient de considérer qu'en principe la caducité porte sur l'entier contrat. Quelle que soit la portée de la caducité, celle-ci n'affecte pas la survie des obligations post-contractuelles. Ces obligations bien qu'elles n'aient pas été déclarées par la jurisprudence comme autonomes à la différence de la clause compromissoire<sup>215</sup> suivent une existence propre et survivent à la caducité.

### **b. La survie des obligations post-contractuelles**

858. – **Indifférence de la caducité.** Bien que la caducité porte en principe sur l'entier contrat sa portée est limitée : elle n'affecte pas la survie des obligations post-contractuelles<sup>216</sup>. Cette limitation est commune à l'ensemble des mécanismes de rupture du contrat exception faite de la nullité<sup>217</sup>. « *La gêne tient au paradoxe qu'il y a à admettre que bien que disparaissant, le contrat puisse néanmoins continuer à s'imposer à travers certaines de ses stipulations* »<sup>218</sup>.

Ainsi, la jurisprudence<sup>219</sup> a-t-elle décidé que la caducité laissait subsister la clause pénale de l'avant-contrat. Cette clause a une fonction d'indemnisation en cas de faute d'une partie. La caducité du contrat n'a pas vocation à être une cause exonératoire de responsabilité, elle ne fait que constater l'inefficacité juridique d'un contrat.

Il y a lieu d'approuver cette solution. La notion de caducité fautive est ici à écarter. Le sens de cette jurisprudence n'est pas d'ouvrir un mode de rupture du contrat du fait d'une faute de nature à permettre la mise en œuvre de la clause pénale. Cette jurisprudence vient à rappeler que la caducité n'efface pas le jeu de la responsabilité contractuelle. Ces mécanismes coexistent sans pour autant s'amalgamer.

859. – **Volonté des parties.** Le maintien des autres obligations post-contractuelles paraît également applicable que ce soit les clauses de non-concurrence, de confidentialité ou les clauses de différends. Il y a lieu de distinguer entre le contenu obligatoire et obligationnel du contrat<sup>220</sup>. Ces clauses ont vocation à s'appliquer à la cessation du contrat, quelle qu'en soit la raison. La volonté des parties doit ici être privilégiée. Cette solution tend à consacrer la reconnaissance jurisprudentielle du rôle de la volonté des parties dans l'organisation des relations post-contractuelles<sup>221</sup>. Le contrat n'a donc pas à prévoir de mentions spécifiques pour ces clauses du fait de la caducité.

<sup>215</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 avril 2002 n°00-18.009 Bull. n°68, *D.* 2003. 1117 ; *JCP E* 2002. 1555 note Gout ; *JCP* 2002. II. 10154 note Reifegerste ; *JCP* 2003. I. 105 n°2 obs. Seraglini.

<sup>216</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 «La survie du contenu : un principe à justifier», p. 330 Il existe une diversité d'obligations qualifiées de post-contractuelles.

<sup>217</sup> Notamment art. 1227 C. civ.

<sup>218</sup> M.-E. Pancrazi, « Les clauses de rétroactivité », *RJD civ.* 2011 p. 469.

<sup>219</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 janv. 2011 n°10-10.038 : « *alors que la caducité n'affectait pas la clause pénale qui devait précisément produire effet en cas de non-réitération de la vente en la forme authentique dans le délai stipulé* » ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 juin 2010 n°09-15.361 Bull. n°114, *RJD* 2010/74 n°3920 obs. C. Le Galou ; Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16.660 Bull. N°NC : « *la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties* ».

<sup>220</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RJD civ.* 1999 p.771.

<sup>221</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 «Section 2 : Vers un principe d'autonomie des clauses post-contractuelles ?», p. 339.

860. – **Conclusion.** Le régime de la caducité est loin d'être clairement établi au regard de sa portée, mais aussi de ses conditions de mise en œuvre. Le rédacteur a un rôle primordial sur les modalités d'application de la caducité.

### ***B. Mise en œuvre de la caducité : importance de la stipulation***

861. – **Mise en œuvre.** La caducité est un mécanisme de fin de contrat pour lequel il convient de déterminer ses modalités de mise en œuvre. La jurisprudence laissant une place importante à la liberté contractuelle, la stipulation d'une clause de caducité a pour avantage d'éclaircir les modalités de mise en œuvre et de limiter les contestations.

Il se pose la question de savoir si la caducité est un mécanisme de plein droit (1) ou si elle doit suivre une procédure pour être mise en œuvre (2).

#### ***1. La caducité : un mécanisme de plein droit ?***

862. – **Judiciaire ou de plein droit.** La caducité étant la conséquence de la disparition d'un élément essentiel du contrat, la question s'est posée de savoir si la caducité jouait de plein droit ou si les parties au contrat devaient l'invoquer devant les juridictions. De cette alternative, il résulte que dans un cas le jugement constatant la caducité sera déclaratif tandis que dans l'autre cas, le jugement entraînera la cessation de l'acte caduc et sera donc constitutif de droit.

863. – **Absence d'automatisme.** Traditionnellement, la doctrine considérait que le mécanisme de caducité jouait de plein droit sans que l'intervention d'un juge ne soit nécessaire<sup>222</sup>. R. Chaaban et d'autres auteurs ont contesté cette analyse. Si la caducité peut être obtenue de plein droit, cette rupture doit nécessairement être judiciairement prononcée. R. Chaaban<sup>223</sup> distingue ainsi « *le caractère de droit de la caducité — par opposition au caractère facultatif de la résolution et de certaines nullités — avec son caractère automatique* » ce qui a pour conséquence que « *l'acte est seulement susceptible de caducité, de même que l'acte entaché de nullité est seulement annulable. L'acte ne devient nul ou caduc, que par le prononcé de la décision judiciaire* ». La caducité ne jouerait donc pas automatiquement ; il faudrait nécessairement une décision judiciaire qui serait un jugement constitutif.

864. – **Point de vue.** En l'absence de stipulation contractuelle, cette solution semble appropriée dans la mesure où il reviendra au juge d'apprécier le fait générateur de la caducité, à savoir si l'élément ayant disparu est bien un élément essentiel du contrat. Cependant, l'accord des parties sur le caractère essentiel des éléments considérés devrait suffire à donner un effet de plein droit à la caducité, par analogie avec le mécanisme de la clause résolutoire.

Il revient donc au rédacteur de la clause de caducité d'être attentif à la rédaction du contrat en prévoyant explicitement le caractère de plein droit de la caducité. Il pourrait être opportun de rédiger concomitamment la clause de caducité et la clause résolutoire.

---

<sup>222</sup> Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 43, 1963, préf. P. Hébraud, p. 158 et s. ; J.-M. Mousseron et A. Seube, « A propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.* 1973. Chron. 197 spéc. 205 ; C. Pelletier, « La caducité des actes juridiques en droit privé français », *L'Harmattan* 2004 préf. Ph. Jestaz n°258 s. p. 325 s. ; F. Garron, *La caducité du contrat*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre n°153 et s. p. 187 et s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 10<sup>ème</sup> éd. 2009 n°82 p. 101 et s.

<sup>223</sup> R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, Étude de droit civil, Bibli de droit privé, t. 445, n°519.

L'intérêt de stipuler une clause de caducité de plein droit est qu'en cas de contentieux, le jugement à intervenir serait alors purement déclaratif de façon comparable à l'effet d'une clause résolutoire de plein droit<sup>224</sup>. Le juge n'aurait pas de pouvoir d'interprétation quant au caractère essentiel de l'élément disparu. Il ne pourra pas non plus paralyser l'effet extinctif de la caducité. Il ne ferait que constater.

Aucune décision jurisprudentielle n'a encore été rendue sur la question de l'automaticité du mécanisme en cas de stipulation contractuelle. L'admission de l'automaticité la caducité est probable.

Outre l'effet de plein droit de la caducité, le véritable enjeu réside dans la procédure de mise en œuvre de la clause.

## 2. La procédure de mise en œuvre de la caducité

865. – **Procédure judiciaire.** La pratique ayant contractualisé le mécanisme de la caducité, il convient de s'interroger sur la mise en place d'une procédure de mise en œuvre de la caducité. Dans le silence des parties, il reviendra à celui qui se prévaut de la caducité de saisir les juridictions compétentes pour faire valoir ses arguments, à défaut d'entente amiable.

866. – **Procédure contractuelle.** Quels que soient les mécanismes de fin de contrat, prévaut le principe légal selon lequel ce que les parties ont conclu ensemble, elles peuvent le révoquer ensemble<sup>225</sup>. Une clause de caducité pourrait être stipulée sur le modèle des clauses de conditions suspensives qui prévoient la sanction et les modalités pour informer l'autre partie de la non-réalisation ou de l'impossibilité de réalisation de la condition.

Ainsi, il sera opportun de prévoir l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception informant l'autre partie de la disparition d'un élément essentiel du contrat en fournissant les justificatifs appropriés et notamment ceux démontrant l'absence de faute.

### ■ Exemple :

*« En conséquence, en cas de disparition d'un seul de ses éléments, le contrat sera considéré comme caduc de plein droit à la diligence de l'une des parties d'en informer l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception en joignant les justificatifs nécessaires. La fin du contrat prendra effet automatiquement à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception. »*

867. – **Préavis.** Se pose la question de la nécessité de respecter un délai de préavis. En effet, le partenaire informé pourrait vouloir contester le fait générateur de la caducité et considérer qu'il s'agit d'un cas de rupture fautive.

Le respect d'un préavis n'exclut pas l'éventualité d'une action en responsabilité. En outre, en considération du fait que la caducité rompt le contrat en raison de la disparition consommée d'un des éléments essentiels, le respect d'un préavis ne semble pas nécessaire.

Il existe un risque irréductible pour l'auteur de la rupture de voir engager sa responsabilité<sup>226</sup>. La rupture est mise en œuvre par l'une ou l'autre des parties à ses risques et périls. La question qui peut se poser est la conséquence judiciaire du refus de la caducité. La partie auteur de la rupture verrait

<sup>224</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le consentement mutuel à la rupture du contrat : le mutus dissensus», p. 51.

<sup>225</sup> Art. 1134 al. 2 C. civ. : « Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. ».

<sup>226</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 «Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale», p. 69.

sa responsabilité engagée. Se pose la question de la sanction c'est-à-dire la rupture peut-elle être annulée et le contrat remis en vigueur ? Cette question n'a pas été tranchée par la jurisprudence. Si une partie a souhaité rompre le contrat, de le revitaliser conduit à ignorer sa volonté de sortir du contrat. Cette solution ne semble pas heureuse. De façon comparable à la jurisprudence en matière de résiliation unilatérale fautive ou de refus de consentir à un acte définitif en exécution d'une promesse, une réparation par équivalent semble une solution préférable. Les parties peuvent prévoir une clause de responsabilité en cas de mise en œuvre illégitime de la clause de caducité.

#### ■ Exemple :

*« La partie informée de la caducité pourra demander tout justificatif complémentaire ou contester judiciairement la caducité. »*

### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

Un exemple de clause de caducité *intuitu personae* a été précédemment donné<sup>227</sup>.

**Conseils de rédaction.** L'enjeu de la clause de caducité est d'anticiper les éléments qui neutraliseraient l'intérêt du contrat. *« Car l'essentiel n'est peut être pas là, dans l'anticipation du traitement de l'éventuel anéantissement du contrat. Et pourtant ! Ni les parties ni leurs conseils ne peuvent totalement occulter le risque d'un tel effacement tant sont nombreux et difficilement évitables les événements susceptibles de conduire à une telle issue. »*<sup>228</sup>

La clause de caducité doit donc prévoir :

- le fait générateur : qualification des éléments essentiels du contrat ;
- la procédure de mise en œuvre de la caducité et son effet de plein droit ;
- la portée et les effets de la caducité.

#### ■ La clause de caducité

*« Les parties rappellent que le contrat a été conclu en considération des éléments essentiels suivants :  
[à déterminer].*

*En conséquence, en cas de disparition d'un seul de ses éléments, le contrat sera considéré comme caduc de plein droit à la diligence de l'une des parties d'en informer l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception en joignant les justificatifs nécessaires. La fin du contrat prendra effet automatiquement à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception.*

*La partie informée de la caducité pourra demander tout justificatif complémentaire ou contester judiciairement la caducité.*

*La caducité affecte l'entier contrat sans rétroactivité. Les parties s'engagent à mettre en œuvre tous les efforts en vue d'aboutir à un accord amiable quant aux éventuelles restitutions / sans qu'il y ait lieu à restitution.*

*Ces dispositions régissent le présent contrat et les éventuels contrats reconduits. »*

<sup>227</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1, «La clause de caducité», p. 63.

<sup>228</sup> M.-E. Pancrazi, « Les clauses de rétroactivité », *RJD civ.* 2011 p. 469.

### ■ Clause de condition suspensive

*« La présente convention est subordonnée à la réalisation des conditions suspensives suivantes :  
Ces conditions suspensives devront être réalisées au plus tard le 07 juin 2014.*

*À défaut de réalisation de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives dans le délai ci-dessus ou si la défaillance de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives est certaine, la présente convention sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution. »*

### ■ Offre de contrat accessoire

*« La présente offre est formulée à l'attention de la société X / Monsieur Y valable au plus tard jusqu'au 07 juin 2014 inclus sous réserve du décès du pollicitant.*

*La présente offre est faite en considération du contrat principal suivant [description].*

*Les éléments essentiels de l'offre sont les suivants : [à compléter]. La disparition d'un élément essentiel entraîne la caducité de l'offre.*

*Si l'offre n'est pas acceptée purement et simplement par son bénéficiaire dans le délai imparti, l'offre sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution ou à dommages et intérêts ».*

868. – **Précisions.** Ce modèle est un exemple des mentions à faire apparaître, mais ne saurait constituer un modèle à part entière de rédaction d'une offre. Chaque modèle doit être adapté à l'objet de l'offre considérée étant précisée que certaines mentions sont obligatoires dans le respect des dispositions du Code de la consommation ou du droit du crédit.

869. – **Conclusion.** La caducité est un mécanisme de fin de contrat particulier peu présent dans la pratique, mais pour lequel il conviendrait d'accorder une plus grande attention afin de faciliter la sortie pacifique du contrat en limitant le risque de contentieux judiciaire ou arbitral. Bénéficiant d'une évolution favorable en doctrine et en jurisprudence, on peut s'attendre à ce que la clause de caducité acquière un plus grand rayonnement à l'avenir. Les rédacteurs de contrat ont à leur disposition un véritable outil utilisable dans le cadre de relations contractuelles établies permettant notamment d'intégrer l'imprévision économique au travers de la notion de cause en cours d'exécution du contrat.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 2

870. – **Rupture consentie *ab initio***. La condition résolutoire et la clause de caducité sont des mécanismes de fin de contrat proches, mais distincts. La première s'attache à l'incertitude de la réalisation d'un évènement avec une volonté de revenir en arrière et de défaire ce qui a été fait lorsque le cours des évènements ne va pas dans le sens projeté. La seconde ignore le cours des évènements et ne fait que s'attacher aux éléments essentiels du contrat dont la pérennité leur est essentielle. Ces deux mécanismes permettent aux parties d'éteindre le lien contractuel du fait de la survenance de ces évènements.

L'effet extinctif de la condition résolutoire et de la caducité côtoie des mécanismes plus connus que sont la nullité et la résolution pour faute du contrat. Pour autant, la condition résolutoire et la caducité ne sauraient se confondre avec ces autres mécanismes.

La pratique s'est emparée de ces deux modes de rupture du contrat pour les consacrer comme mécanisme de droit commun adaptable à une grande diversité de situation contractuelle.

La rupture est ici extérieure aux parties.



## CHAPITRE 2 : LE POUVOIR DE RUPTURE UNILATÉRALE

### INTRODUCTION

« *Moi, je te donne mon consentement. Tu l'as, c'est promis et parole donnée. Il n'y a plus à s'en dédire. Allons, marie-toi ! marie-toi vite !* »

Aymé, Jument, 1933, p. 202

871. – **Avoir son dit et son dédit.** Le dédit apparaît presque comme un terme de patois juridique dont le sens évoluerait avec les mœurs et les errances de la doctrine. Un jour bilatéral et onéreux, puis étant tour à tour unilatéral, bilatéral, onéreux ou gratuit. Pour ceux-là, il joue avant toute exécution du contrat, pour ceux-ci, il peut jouer à tout moment de l'exécution du contrat. Délaisée du législateur, cette faculté est laissée à la dérive.

Forme de clause de résiliation unilatérale<sup>1</sup>, elle permet d'anéantir le contrat par caprice — alors qu'aucune faute contractuelle n'a été commise, alors qu'aucun élément du contrat n'a disparu. C'est un retrait du consentement pur et simple, l'autre partie n'ayant qu'à prendre acte de la décision de son cocontractant — sans explication. Et c'est ce pouvoir « *d'effacer par volonté unilatérale le contrat* »<sup>2</sup> qui met si mal à l'aise le juriste. L'article 1134 du Code civil ne dispose-t-il pas : « *Elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* » ? N'ajoute-t-il pas « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi* » ? Ce principe bien ancré dans les esprits a orienté toute la construction du régime de la rupture des contrats selon qu'ils soient conclus à durée déterminée ou à durée indéterminée<sup>3</sup>. La clause de dédit fait écho au droit de résiliation unilatérale accordé dans les contrats à durée indéterminée, sans toutefois revêtir la justification morale de ce droit<sup>4</sup>. C. Humann<sup>5</sup> note : « *L'audace est certaine par rapport aux principes généraux du droit des contrats, en ce qu'en permettant de revenir sur la parole donnée, la faculté de dédit fais[ant] échec à la force obligatoire du contrat et à la sécurité juridique des transactions.* »

872. – **Définition 1<sup>er</sup> sens.** Dans le cadre du droit immobilier, la Cour de cassation<sup>6</sup> a défini la clause de dédit comme étant : « *la clause qui offre [aux acquéreurs] la faculté de ne pas exécuter leur*

<sup>1</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale», p. 37.

<sup>2</sup> D. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 3 n° 805.

<sup>3</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 «Chapitre 1 : Détermination de la durée de la relation contractuelle», p. 23.

<sup>4</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale», p. 37.

<sup>5</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 nov. 1993 n°91-18.773 Bull. n°337.

*engagement d'acquiescer pour une cause quelconque, [...], clause qui est indépendante de celle relative à la condition suspensive* ». De son côté, la doctrine<sup>7</sup> définit la clause de dédit comme « *la possibilité pour l'une des parties de revenir sur son consentement défaisant ainsi le contrat formé* ».

La doctrine et la jurisprudence font déjà apparaître les premiers doutes sur les éléments de définition : la clause de dédit porte-t-elle sur la phase d'exécution du contrat ou sur celle de sa formation puisqu'elle permet de revenir sur le contrat formé ?

Le dédit permet de retirer, pendant la phase d'exécution du contrat, le consentement valablement donné durant la formation de celui-ci. Il se distingue de la clause de caducité fondée sur la disparition d'un élément essentiel du contrat ou encore du droit de ne pas renouveler un contrat par l'effet du terme extinctif. Le dédit, lui, porte exclusivement sur le consentement. Il est juste retiré. Hier, je voulais, aujourd'hui, je ne veux plus.

Le dictionnaire<sup>8</sup> définit le dédit comme la « *révocation d'une parole donnée* ». Le dédit choque, car il heurte les valeurs morales françaises et sa traduction juridique de la force obligatoire des contrats qui engage les parties l'une envers l'autre. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'il n'est pas rare de parler en doctrine de « droit de repentir » de la personne qui se dédit – réhabilitant par ce terme les valeurs morales bafouées.

873. – **Définition 2ème sens.** Le dédit, étymologiquement, c'est aussi la valeur due en cas d'exercice de la faculté de se dédire. C'est une « *somme stipulée et due par celui qui ne remplit pas les termes d'une convention* »<sup>9</sup>.

Traditionnellement, le droit de se dédire avait un prix. En droit, la Cour de cassation a amputé le dédit de son deuxième sens, le droit de se dédire pouvant être stipulé à titre gratuit. La difficile admission doctrinale de la gratuité tient pour partie de la tradition de la langue française<sup>10</sup>.

874. – **Plan.** Aujourd'hui, pour tenter de connaître le régime de la clause de dédit, le rédacteur de contrat doit se référer à la jurisprudence qui en dessine les contours et les conséquences. Le droit de se dédire (**Section 1**) a-t-il encore un prix (**Section 2**) ?

## SECTION 1 :

### LE DROIT DE SE DÉDIRE

#### (SECTION 2 : LE PRIX DU DÉDIT)

875. – **Un principe qui dérange.** La possibilité de se dédire dans les relations contractuelles n'a été que très peu discutée en raison de sa paternité légale issue de l'article 1590 du Code civil. Pour autant, c'est un droit qui dérange.

<sup>7</sup> L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. 2010 n°214.

<sup>8</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré* v. « Dédit » 2ème sens. Comme citation, il est indiqué : « *Allez, mademoiselle, en fait de mariage, une fille a son dit et son dédit* », Brueys, Grondeur, II, 3. Le sens figuré traduit l'idée d'inconstance, le fait qu'on ne peut pas se fier à la parole de cette personne.

<sup>9</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré* v. « Dédit » 2ème sens.

<sup>10</sup> « *Non! Non, je ne partirai pas comme ça; monsieur peut être tranquille. Je paierai les trois cents francs de dédit s'il le faut* », Gide, *Journal*, 1914, p. 450.

La doctrine a très tôt cherché à restreindre le champ d'application du droit de se dédire ajoutant des conditions de validité dans le silence de la loi. Ainsi, « *une fraction de la doctrine considère d'une part que la clause de dédit ne peut être utilement invoquée qu'à condition que le contrat n'ait pas encore été exécuté, d'autre part que sa licéité est subordonnée soit à son caractère bilatéral soit à son onérosité* »<sup>11</sup>.

La définition doctrinale classique de la faculté de se dédire était une « *convention synallagmatique accessoire au contrat de vente dont les engagements réciproques sont d'un côté, la sujétion de l'une des parties à l'égard de l'autre autorisant la résolution de la convention principale et de l'autre côté l'obligation pour le partenaire de verser une certaine somme d'argent s'il fait usage de son droit potestatif*. »<sup>12</sup>

Or, cette définition a eu d'écho ni légal ni jurisprudentiel. Le législateur se contente de prévoir des facultés légales de dédit dont les conditions et le régime varient selon les intérêts concernés. Quant à la jurisprudence, celle-ci se montre très souple, refusant de restreindre cette faculté en ajoutant là où la loi s'est abstenue. Il convient donc de remarquer que la jurisprudence admet très largement le mécanisme du dédit en laissant aux parties la liberté de déterminer la titularité de la faculté, son prix et son impact sur le contrat. Elle balaye toute les limites que tente d'imposer la doctrine. Le rédacteur de contrat a les mains libres.

876. – **Dire le dédit.** Le mécanisme du dédit est connu sous diverses appellations : ainsi il se nomme tour à tour repentir, rétractation, renonciation ou encore dénonciation. Le dédit est tantôt un droit tantôt une faculté. Une certaine imprécision lexicale est entretenue pour parler d'un mécanisme unique — le dédit.

La doctrine parle plus volontiers de faculté de dédit et exceptionnellement du droit de se dédire. La faculté est la simple possibilité d'exercer un droit. L'appellation « droit de se dédire » semble gênée, car ce serait reconnaître un pouvoir arbitraire sur la vie ou la mort du contrat à une partie. Pourtant, la partie qui se dédit en vertu d'un contrat ou d'une disposition légale exerce bien un droit arbitraire. Prérogative légale ou contractuelle, il s'agit de l'exercice d'un droit. Le terme « faculté de dédit » est inapproprié, car il décrit une éventualité — l'exercice du dédit — et non la nature du mécanisme.

Face à toutes ces conjectures sur le dédit, la doctrine a tenté de délimiter cette clause particulière. Le dédit a pour principale caractéristique de porter atteinte à la force obligatoire du contrat en permettant à une partie de rompre seule ce qui a été convenu à deux.

877. – **Plan.** La validité de ce mécanisme est largement reconnue par la jurisprudence, et ce même au regard de la potestativité du droit stipulé (§1). La jurisprudence n'a pas non plus limité l'effet recherché par la clause de dédit bien qu'elle permette de sortir du contrat en dehors de toute justification, par la seule volonté de ne plus être engagé (§2).

## §1. Le droit de se dédire, validité d'un droit potestatif

878. – **Affirmation du droit de se dédire.** Le dédit s'affirme soit comme une faculté légale soit comme un droit contractuel. Ce droit de se dédire, quelle qu'en soit l'origine, est essentiel, car il fonde l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat (A).

La validité du dédit n'est pas allée de soi eut égard à la potestativité du droit unilatéral accordé à une partie (B).

<sup>11</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RJT* *civ.* 2007 p. 701 n°9.

<sup>12</sup> S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM 1999 n°255.

## A. La force obligatoire du droit de se dédire

879. – **Essor du dédit.** À l'origine, le dédit était davantage perçu comme une prérogative d'origine légale qui révélait « *la volonté des pouvoirs publics de protéger celui qui en bénéficie[ait]* »<sup>13</sup> (1). Ayant largement dépassé le strict cadre légal, le dédit apparaît aujourd'hui comme un mécanisme de droit commun largement admis dans la pratique (2).

### 1. Le dédit : une prérogative légale

880. – **Débit, instrument de justice contractuelle.** Si le mécanisme du dédit s'est imposé dans le paysage contractuel, c'est avant tout, car il était une simple prérogative légale accordée à certaines parties pour certains contrats. Le législateur a utilisé le dédit comme instrument de justice contractuelle permettant de rééquilibrer les relations contractuelles. En octroyant à la partie faible une porte de sortie au contrat, le législateur donnait un effet juridique aux regrets (a). C'est naturellement que le législateur s'est tourné vers le dédit pour l'imposer en droit de la consommation au profit du consommateur, partie faible face aux professionnels avertis (b).

#### a. Débit et les différentes prérogatives légales

881. – **Sources.** Le mécanisme du dédit est fondé sur l'article 1590 du Code civil qui dispose : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double* ».

882. – **Multiplification des prérogatives légales.** Spécificité du droit de la vente, le législateur a largement développé son champ d'application. Le dédit est utilisé à des fins protectrices par l'instauration d'un délai de réflexion ou d'un droit d'information. Ces prérogatives sont d'ordre public, les parties ne peuvent pas y renoncer<sup>14</sup>.

Le législateur a eu recours au mécanisme du dédit dans une grande variété de situations telles que :

- le droit de l'assurance, les contrats d'assurance vie<sup>15</sup> pouvant être dédits pendant un délai de 30 jours à compter de leur conclusion ;
- les contrats relatifs à un avantage individuel de prévoyance<sup>16</sup> pouvant être dédits pendant un délai de 30 jours à compter du premier versement ;
- les contrats ayant pour objet « *l'acquisition ou la construction d'un immeuble neuf d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles neufs d'habitation, les contrats préliminaires de vente d'immeubles à construire ou de location-accession à*

<sup>13</sup> L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. 2010 n°214.

<sup>14</sup> G. Couturier, *L'ordre public de protection...*, in *Mélanges Flour*, p. 113.

<sup>15</sup> Article L. 132-5-1 C. ass. (Anciennement de la loi n°81-3 du 7 janvier 1981 modifiée par la loi n°85-608 du 11 juin 1985) : « *Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu.* ».

<sup>16</sup> Art. D. 731-2 C. séc. soc. issu du décret n°88-658 du 6 mai 1988 : « *Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat visant à lui offrir un avantage individuel de prévoyance a la faculté d'y renoncer, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, pendant un délai de trente jours courant à compter du premier versement ou paiement.* ».

*la propriété immobilière* »<sup>17</sup> qui peuvent être dédités par l'acquéreur non professionnel dans les 7 jours à compter de leur conclusion, le consentement devant être réitéré par acte authentique après l'écoulement de ce délai ;

- le contrat de courtage matrimonial<sup>18</sup> peut être dédit à tout moment de son exécution par chacune des deux parties.

883. – **Régimes diversifiés.** Aux vues de ces différents exemples, il apparaît que le législateur adapte le droit de se dédire aux intérêts défendus. Ainsi, le dédit peut être bilatéral ou unilatéral, à titre onéreux ou gratuit, le contrat est ou n'est pas encore exécuté, formé ou en cours de formation. À chaque situation, un régime spécifique du dédit a été institué.

Du fait de la variété de ces prérogatives légales, il n'est donc pas possible de définir le dédit comme une prérogative à visage unique ; il est multiforme.

Le législateur a encore utilisé le dédit en droit de la consommation, par l'instauration d'un droit de rétractation, l'une des pierres angulaires de ce régime dérogatoire au droit commun.

### **b. Le droit de rétractation, instrument protecteur du consommateur**

884. – Le législateur se dit et se dédit du droit de rétractation en matière de droit de la consommation.

885. – **Clause abusive.** D'une part, la clause de dédit, lorsqu'elle est stipulée aux seuls intérêts du professionnel, est simplement présumée être une clause abusive<sup>19</sup>. Le législateur mentionne les clauses abusives suivantes :

- la faculté de dédit unilatérale au profit du professionnel ;
- la faculté de dédit prévue à titre gratuit au profit du professionnel et à titre onéreux au profit du consommateur ;
- la faculté de dédit prévue à titre onéreux au profit du consommateur<sup>20</sup>.

886. – **Droit de rétractation, mécanisme de protection obligatoire.** D'autre part, le législateur a instauré un droit de se dédire spécifique — dénommée droit de rétractation — au profit du consommateur. Les effets du contrat sont alors suspendus, aucun paiement ne devant avoir lieu.

Les origines historiques du droit de rétractation remontent à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, période durant laquelle s'est développé le crédit à la consommation : « *Cette nouvelle propension, encouragée au départ par une progression relativement forte du niveau de vie, a eu pour résultat de faire de plus en plus du crédit le nerf du commerce.* »<sup>21</sup> Le risque du surendettement par le crédit a été accru

<sup>17</sup> Art. L. 271-1 CCH : « *L'acquéreur non-professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.* ».

<sup>18</sup> Art. 6 I al. 3 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 : « *Ces contrats sont établis pour une durée déterminée, qui ne peut être supérieure à un an ; ils ne peuvent être renouvelés par tacite reconduction. Ils prévoient une faculté de résiliation pour motif légitime au profit des deux parties.* ».

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 nov. 2006 n°04-15.890 Bull. n°489.

<sup>20</sup> Art. R. 132-2 2° C. conso. : « *2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce.* ».

<sup>21</sup> R. Baillod, « Droit de repentir », *RTD civ.* 1984 p. 228.

par le démarchage à domicile et le recours systématique aux contrats d'adhésion. Le législateur a donc eu l'idée de recourir au mécanisme du dédit nommé pour l'occasion « *droit de rétractation* ». Ainsi, dans les contrats de vente de bien meuble ou de fourniture d'une prestation de service<sup>22</sup>, un droit de se dédire a été institué imposant au consommateur un délai de réflexion de sept jours. Cette obligation est également prévue en matière de démarchage financier<sup>23</sup>, de démarchage à domicile<sup>24</sup> et de crédit à la consommation<sup>25</sup>.

La France n'est pas le seul pays qui a recouru à ce type de protection des consommateurs. L'idée d'accorder une protection spéciale aux consommateurs, partie faible au contrat, se retrouve aussi bien dans les pays d'Europe<sup>26</sup> (Pays-Bas, Norvège, Suède, Grande-Bretagne, Belgique, Suisse, Allemagne) qu'aux États-Unis. Le droit anglo-américain utilise la technique dite du *cooling-off* correspondant à une période de temps durant laquelle le consommateur peut se rétracter.

Le législateur n'a pas hésité à s'emparer du dédit laissant au professionnel comme seule liberté la possibilité d'être plus protecteur encore que le législateur envers le consommateur. Le rédacteur de conditions générales ou de contrats de consommation doit donc se référer au régime légal spécifique qui lui est applicable.

887. – **La pratique n'est pas en reste.** Elle s'est également emparée du mécanisme du dédit, véritable porte de sortie du contrat en ne se fondant que sur la volonté unilatérale d'une partie.

## 2. Un droit fondé sur la volonté individuelle

888. – **Plébiscite de la pratique.** Largement sortie du cadre légal, la pratique<sup>27</sup> a eu recours au droit de se dédire dans les situations les plus diverses que ce soit au stade des avant-contrats ou des contrats définitifs, dans les domaines de la vente, du bail, du travail, de la société, du service...

Il convient de remarquer que les solutions jurisprudentielles accréditent l'affirmation doctrinale selon laquelle « *la faculté de dédit est une prérogative qui se suffit à elle-même* »<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Art. L. 114-1 dernier alinéa C. conso. concernant les « *contrats ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de services à un consommateur* » : « *Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* ».

<sup>23</sup> Art. L. 341-16 CMF (anciennement : Loi n°72-6 du 3 janv. 1972 art. 21, *D.* 1972.61 abrogée par l'ordonnance n°2000-1223 du 14 déc. 2000) : « *La personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités.* ».

<sup>24</sup> Art. L. 121-5 C. conso : « *Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue.* ».

<sup>25</sup> Directive n°87/102/CEE du 22 déc. 1986.

<sup>26</sup> J. Stuyck, JCL Europe, Fasc. 2000, *Politique européenne de la consommation*, 2008.

<sup>27</sup> Y. Dagonne-Labbe, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, Thèse Paris II, 1984, p. 76.

<sup>28</sup> L. Boyer, *La clause de dédit*, in *Mélanges P. Raynaud* 1985 p. 41 n°3.



M.-A. Frison-Roche<sup>29</sup> souligne que : « *la volonté est à ce point libre qu'elle peut à la fois exprimer sa liberté en donnant son consentement une première fois pour entrer dans le contrat et jouer une seconde fois pour briser l'effet obligatoire.* » Le dédit n'est autre que l'exercice d'un droit contractuel<sup>30</sup>.

889. – **Droit des sociétés – clause de *break-up fees*.** L'équivalent anglo-saxon du dédit est né dans les années 1990 et se nomme la clause *break-up fees*<sup>31</sup>. Cette clause « *permet de se délier de ses engagements sans intervention judiciaire préalable moyennant paiement d'une indemnité, qui correspond en quelque sorte au prix de la liberté.* »<sup>32</sup> Il s'agit d'une clause généralement stipulée en période précontractuelle lors de l'acquisition de tout ou partie du capital d'une société entre la période des négociations matérialisées par des audits et la signature du contrat de cession définitif. Il s'agit en effet d'une période qui peut être assez longue. Cette clause est courante en matière d'offres publiques sur le marché boursier américain et anglais. De même que le dédit, cette clause peut bénéficier soit au vendeur, soit à l'acquéreur soit aux deux parties. Sa fonction est de se prémunir contre le risque d'une rupture brutale dans le cadre des pourparlers pour l'entrée au capital d'une société.

Il convient d'approuver la jurisprudence de la Cour d'appel qualifiant une telle clause de dédit. Il s'agit d'une forme de dédit particulier adapté aux opérations capitalistiques des sociétés et plus particulièrement des sociétés cotées en bourse. L'entrée au capital ou le rachat d'une société représente un véritable enjeu :

- l'acquéreur potentiel a besoin d'avoir accès au plus grand nombre d'informations afin de déterminer les risques de son investissement. Il doit ainsi analyser l'ensemble des informations fiscales, financières, comptables, juridiques, sociales de l'entreprise en un temps record afin de proposer un prix de rachat ;
- les informations du vendeur sont précieuses et doivent bénéficier de la plus grande confidentialité sauf à courir le risque d'une perte de valeur certaine. Le vendeur a donc besoin de protéger ses informations : pour y avoir accès, l'acquéreur doit présenter des garanties suffisantes de sérieux.

La clause de dédit ou de *break-up fees* est essentielle pour les parties : ainsi le vendeur bénéficie d'une sécurité quant au sérieux de l'acquéreur qui de son côté se réserve une porte de sortie.

La principale question est le montant de l'indemnité de dédit, ces clauses étant toujours conclues à titre onéreux dans cette pratique. Tout dépendra de la valeur première de la société à racheter. Aux États-Unis cette indemnité peut atteindre 3 % à 5 % de la valeur de l'opération<sup>33</sup>. En France, cette technique est en plein essor<sup>34</sup>, mais n'en est qu'à ses balbutiements<sup>35</sup>. Sa généralisation est attendue au sein des accords de confidentialité encore appelés *non-disclosure agreements*.

<sup>29</sup> M.-A. Frison-Roche, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 21 et s. n°20.

<sup>30</sup> G. Paisant, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 janv. 1991 n°89-15.780 Bull. n°19, *D.* 1991.481.

<sup>31</sup> CA Versailles 21 déc. 2006 n°04/03648 SA Accor Casinos c/ M. André Der Krikorian, *BRDA* 2007 n°7 obs. B. O. Becker.

<sup>32</sup> Th. Gontard et N. Nevzi, « Les aspects corporate », *RDC* 2009 n°62 p. 54 et s.

<sup>33</sup> Th. Gontard et N. Nevzi, « Les aspects corporate », *RDC* 2009 n°62 p. 54 et s.

<sup>34</sup> A. Pietrancosta, « *Break-up fees* et offres publiques : une pratique en voie de consécration ? », *RTDF* 2008 n° 2 p. 22 Colloque « Actualité boursière » 3 avril 2008 in *Mélanges AEDBF-France U* 2008 p. 349.

<sup>35</sup> *Les Échos*, 12 fév. 2001 p. 29 note V. Senneville et G. Kessler ; A. Pietrancosta, « *Break-up fees* et offres publiques : une pratique en voie de consécration ? », *RTDF* 2008 n°2 p. 22, Colloque « Actualité boursière » in *Mélanges AEDBF-France U* 2008 p. 349.

890. – **Hardship.** Cette clause a pu être analysée comme une clause de *hardship* permettant de pallier le refus de la théorie de l'imprévision en droit français<sup>36</sup>. Ainsi, dans les contrats à exécution successive, elle permet de sortir du contrat sans avoir à justifier d'une impossibilité économique non couverte par les cas de force majeure.

Une telle acception est cependant risquée, les parties devant alors qualifier contractuellement ce qu'elles entendent par « *impossibilité économique* ». Plus que la clause de dédit, une clause de caducité<sup>37</sup> ou un accord transactionnel de *mutuus dissensus*<sup>38</sup> semble plus efficace.

891. – **Faculté bilatérale ou unilatérale.** Longtemps, la doctrine traditionnelle<sup>39</sup> a considéré que la clause de dédit était nécessairement une faculté bilatérale, les deux parties devant pouvoir toutes deux dénoncer le contrat, et ce de façon comparable au droit de résiliation des contrats à durée indéterminée.

La Cour de cassation n'a jamais considéré que le droit de se dédire devait être bilatéral. La validité des clauses de dédit unilatérales n'a pas été discutée<sup>40</sup>. Une partie de la doctrine<sup>41</sup> s'est ralliée à la position de la Haute juridiction et reconnaît désormais la validité du dédit unilatéral « *à la différence des droits de repentir légaux, cette clause ne vise pas par nature à protéger le faible contre le fort ; elle peut être stipulée au profit de l'un ou de l'autre, voire des deux parties contractantes.* »<sup>42</sup> La Haute Juridiction<sup>43</sup> considère, cependant, qu'en l'absence de précisions, la clause de dédit est présumée bilatérale. Le cas échéant, les parties devront donc prévoir de façon claire et précise que ce droit ne sera attribué qu'à l'une d'entre elles. Le rédacteur de la clause de dédit devra donc faire preuve de précision.

#### ■ Exemple :

« *Il est attribué à [chacune des parties / une seule partie] un droit discrétionnaire de se dédire du présent contrat.* »

La jurisprudence a donc consacré le fait que le dédit puisse être multiforme. Il convient de retenir comme seul élément de définition que le dédit offre un droit de sortie du contrat du fait de l'expression de la volonté individuelle.

892. – **Conclusion.** Si le mécanisme du dédit est largement accrédité par le législateur, la jurisprudence et la pratique, la doctrine a encore des difficultés à admettre le mécanisme sans autres conditions de validité.

<sup>36</sup> J.-A. Robert et Q. Charluteau, « La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels », *RJDC* 2009 n°62 p. 51.

<sup>37</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 2 : La Caducité», p. 261.

<sup>38</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 «Le consentement mutuel à la rupture du contrat : le *mutuus dissensus*», p. 51.

<sup>39</sup> J.-J. Taisne, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 269 ; L. Boyer, *Contrats et Convention*, Recueil D. n°214.

<sup>40</sup> Ex. : Cass. com. 30 oct. 2000 n°98-11.224.

<sup>41</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis D. 9<sup>ème</sup> éd. 2005 n°481 ; L. Boyer, *La clause de dédit*, in *Mélanges P. Raynaud*, Sirey 1985 p. 41 n°1.

<sup>42</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169 n°6.

<sup>43</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 juill. 1960 Bull. n°400.

## ***B. La validité du dédit, admise sans discussion ?***

893. – **Mécanisme de droit commun.** La validité de principe des clauses de dédit n'est posée par aucun article du Code civil. Son utilisation a été élargie par la pratique et consacrée par la jurisprudence qui en a fait un mécanisme de droit commun des contrats sur le fondement de l'article 1590 du Code civil.

Très vite s'est cependant posée la question de la potestativité de ces clauses notamment au regard du mécanisme proche des conditions, événements futurs et incertains (1). Si le dédit est bien un droit potestatif, sa validité a cependant été consacrée (2).

### ***1. Dédit versus condition***

894. – **Distinction entre dédit et condition.** Si la Cour de cassation<sup>44</sup> distingue bien les deux mécanismes que sont le dédit et la condition — « *la clause qui offre [aux acquéreurs] la faculté de ne pas exécuter leur engagement d'acquérir pour une cause quelconque, [...], clause qui est indépendante de celle relative à la condition suspensive* » — cette distinction n'est pas allée de soi. Bien qu'aujourd'hui pleinement établie, la spécificité du dédit au regard du mécanisme de la condition suspensive ou résolutoire est posée par la doctrine.

895. – **Assimilation du dédit à la condition.** Il a pu être considéré que le dédit était similaire à une condition suspensive : ainsi, une promesse unilatérale pourrait être conclue sous la condition suspensive de la réitération du consentement d'une partie<sup>45</sup>. Cependant, la condition suspensive suspend l'exécution du contrat à la différence du dédit.

Certains auteurs se sont alors tournés vers la condition résolutoire. W. Dross<sup>46</sup> soutient qu'il n'existe pas de différence entre la clause de dédit et la condition résolutoire purement potestative, leur condition de validité et leur effet étant similaire. B. Schall<sup>47</sup> considère également que le dédit entraîne la formation d'un contrat sous condition résolutoire. Il est pris l'exemple de la vente à réméré<sup>48</sup> par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue dans un certain délai moyennant le remboursement de certains frais. La vente à réméré est conçue comme un instrument de crédit qui permet d'obtenir des liquidités par l'aliénation d'un bien mobilier ou immobilier. L'exercice du réméré par le vendeur serait une forme de dédit.

Pour L. Boyer<sup>49</sup>, dédit et faculté de réméré diffèrent cependant en considération du fait que : « *la faculté de réméré tend à faire revivre un état de droit présentement dépassé* » alors que « *la clause de dédit est tournée vers l'avenir comme le moyen de faire avorter un processus devant normalement aboutir.* » La différence tient à cette volonté de remonter le temps, ce retour au *statu quo ante*, absente du dédit. Le dédit est un droit de sortie du contrat, mais il n'a pas vocation à défaire ce qui a été fait.

<sup>44</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 nov. 1993 n°91-18.773 Bull. n°337.

<sup>45</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 21 nov. 1984 n°83-13.919 Bull. n°198, *RTD civ.* 1985 p. 591 obs. Ph. Rémy.

<sup>46</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701 n°11.

<sup>47</sup> B. Schall, *La notion de condition dans le contrat*, Thèse 1999, p. 154 -439.

<sup>48</sup> Art. 1659 C. civ. et s. : « *La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673.* ».

<sup>49</sup> L. Boyer, *La clause de dédit*, in *Mélange Raynaud*, 1985, p. 48 n°5.

896. – **Distinction du dédit et de la condition.** D. Mazeaud<sup>50</sup> considère que l'assimilation du dédit à la condition procède d'une confusion des notions. En effet, selon lui, une condition ne peut pas porter sur un élément de formation du contrat tel que le consentement. La condition est une modalité de l'obligation et non une modalité de formation du contrat. De plus, le mécanisme de la condition renvoie à la survenance d'un évènement extérieur aux parties<sup>51</sup> et extrinsèque au contrat<sup>52</sup>. Or, le consentement d'une partie n'a rien d'extérieur à elles. Dans une situation, il s'agit de la volonté d'une partie au contrat tandis que dans l'autre, il s'agit d'un évènement qui affecte une obligation du contrat. « *L'exercice de la faculté de dédit fait disparaître le contrat, non point parce qu'un évènement survient, mais parce qu'un élément essentiel disparaît* »<sup>53</sup>. La condition au sens de l'article 1168 du Code civil doit être distinguée des conditions de formation du contrat tel que le consentement<sup>54</sup>.

Il convient d'approuver une telle analyse, le dédit ne pouvant être assimilé au mécanisme de la condition. Ces deux mécanismes diffèrent fondamentalement : si la condition repose sur un aléa extérieur aux parties, le dédit est un droit certain qui repose sur la volonté des parties. « *La volonté est à ce point libre qu'elle peut à la fois exprimer sa liberté en donnant son consentement une première fois pour entrer dans le contrat et jouer une seconde fois pour briser l'effet obligatoire.* »<sup>55</sup> La condition remonte le temps, alors que le dédit ne s'intéresse qu'à faire cesser une situation pour l'avenir.

897. – **Solution jurisprudentielle.** La Haute Juridiction<sup>56</sup> distingue les deux mécanismes et refuse de les assimiler en matière de vente immobilière, domaine dans lequel le contentieux est le plus nourri.

Les mécanismes du dédit et de la condition peuvent, en pratique, habilement se concilier : condition suspensive et dédit lorsque le contrat n'est pas encore formé ; condition résolutoire et dédit lorsque le contrat est déjà formé. Il est heureux que la jurisprudence n'ait pas cédé à la tentation d'assimiler ces mécanismes préservant leur spécificité. Il ne peut cependant être fait fi de leur proximité.

De cette proximité entre dédit et condition s'est ouvert tout un débat sur la potestativité et par conséquent sur la validité de la clause de dédit.

## ***2. La potestativité du dédit : un droit arbitraire valable***

898. – **Définition de la potestativité.** La potestativité renvoie à deux notions<sup>57</sup> : d'une part à celle de condition potestative sanctionnée par l'article 1174 du Code civil qui dispose que « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* »

<sup>50</sup> D. Mazeaud, « Se dédire sans dédit, vaut ! », *D.* 2001 Som. p. 3242.

<sup>51</sup> J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques*, t. I et II : thèse daçtyl. Lille II, 1976-1977, t. I, n° 68 à 203.

<sup>52</sup> F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse Tours, préf. J.-L. Aubert, coll. Immobilier, droit et gestion, Sirey, 1988, n° 162 à 171 ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. Mazeaud, t. 505, LGDJ-Lextenso 2009 Bibl. dr. privé n° 38 à 80.

<sup>53</sup> F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse Tours, préf. J.-L. Aubert, coll. Immobilier, droit et gestion, Sirey 1988 n° 209.

<sup>54</sup> M. Mignot, *Vente Nature et Forme Modalités du contrat*, JCL Civil Code Fas. Unique art. 1584 n°22.

<sup>55</sup> M.-A. Frison-Roche, *Unilatéralité et consentement*, in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 21 et s., spéc. n° 20.

<sup>56</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 nov. 1993 n°91-18.773 Bull. n°337.

<sup>57</sup> S. Valory, « Potestativité et requalification du contrat », *D&P* 1999 n°72.

Or, le dédit n'étant pas une condition, il convient d'écarter tout le régime propre aux conditions. L'article 1174 du Code civil ne lui est apparemment pas applicable. Même en considérant la proximité des mécanismes « *leur effet [étant] fondamentalement le même : anéantir rétroactivement le contrat par une manifestation unilatérale et discrétionnaire de volonté* », la sanction prévue par cet article du Code civil est remise en question<sup>58</sup>.

899. – **Le dédit, un droit potestatif.** La potestativité renvoie également à la notion de droit potestatif défini comme un droit « *qui donne à son titulaire le pouvoir de modifier unilatéralement une situation juridique mettant en cause les intérêts d'autrui* »<sup>59</sup>.

S. Valory souligne que ces deux acceptions du terme de potestativité renvoient aux notions de « *sujétion* » et « *d'arbitraire* » et « *de puissance et de domination* ». Or, si le dédit ne répond pas à la définition de condition, il se présente bien comme un droit potestatif<sup>60</sup>.

En effet, « *la sujétion à laquelle est soumis le destinataire de la potestativité assure une corrélation directe entre la manifestation de volonté du potestior (le bénéficiaire de la potestativité) et la création de la nouvelle situation juridique.* »<sup>61</sup> Lorsque le bénéficiaire de la faculté de dédit décide de retirer unilatéralement son consentement au contrat, il modifie seul la situation juridique créée avec son cocontractant, impuissant à contester ce changement qui l'affecte directement. Autrement dit, le bénéficiaire de la faculté de dédit « *dispose ainsi d'un droit potestatif, c'est-à-dire d'un pouvoir par lequel il peut influencer sur une situation préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle au moyen d'une activité unilatérale.* »<sup>62</sup>

900. – **Onérosité comme échappatoire ?** Bien que potestatif, le droit de se dédire n'en est pas pour autant nul. Parce qu'il est potestatif, ce droit crée une « *inégalité et [un] risque de déséquilibre qui lui [est] inhérent.* »<sup>63</sup> Confrontée à ce constat, une partie de la doctrine a considéré qu'une contrepartie financière à l'octroi de ce droit était le moyen le plus efficace de limiter l'arbitraire. Ainsi, J.-J. Taisne<sup>64</sup> considérait que l'onérosité permettait de préserver de la potestativité : « *l'article 1590 tente, en consacrant le caractère onéreux du dédit de lui retirer tout caractère réellement potestatif* ». De là, il en a été déduit que la validité du dédit était soumise à son caractère onéreux, caractère qui le faisait échapper à la critique de la nullité pour potestativité<sup>65</sup>.

Or, la Cour de cassation<sup>66</sup> considère que le dédit peut être conclu à titre gratuit. Celle-ci a refusé de prévoir une quelconque restriction à la stipulation du droit de se dédire malgré son caractère potestatif.

901. – **Potestatif, mais pas nul.** Le caractère potestatif n'est pas source de nullité, mais de contrôle de son exercice, la jurisprudence évoluant « *d'un contrôle de potestativité de la disposition ab initio vers*

<sup>58</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701 n°9 et s.

<sup>59</sup> S. Valory, « Potestativité et requalification du contrat », *D&P* 1999 n°72 ; cf. I. Najjar, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ 1967 préf. P. Raynaud.

<sup>60</sup> L. Boyer, *Contrats et Conventions*, Lamy Droit des contrats, n°215.

<sup>61</sup> S. Valory, « Potestativité et requalification du contrat », *D&P* 1999 n°72.

<sup>62</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169.

<sup>63</sup> S. Valory, « Potestativité et requalification du contrat », *D&P* 1999 n°72.

<sup>64</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 270.

<sup>65</sup> P. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », *D&P* 1998 p. 78 et 80.

<sup>66</sup> Cass. com. 30 oct. 2000 n°98-11.224, *D.* 2001 Som. 3242 obs. D. Mazeaud.



*un contrôle de sa mise en œuvre* »<sup>67</sup>. La validité du dédit est donc pleinement admise, aucune condition restrictive de validité n'étant retenue par la jurisprudence malgré les propositions doctrinales. Il convient d'approuver une telle solution : rien ne justifie de restreindre la validité du dédit. Ce mécanisme fait partie de la sphère contractuelle : il revient aux parties de négocier les conditions du dédit et de limiter ou non le caractère potestatif du droit accordé. Rien ne justifie que le contrôle de la potestativité du dédit en ampute la validité.

Le dédit, même s'il est potestatif, est donc parfaitement valable.

902. – **Conclusion.** Le dédit s'impose comme un mécanisme de droit commun multiforme dont la pleine validité a été consacrée par la jurisprudence. Celle-ci refuse toutes les propositions doctrinales visant à restreindre l'arbitraire du droit ainsi accordé par l'échange des consentements des parties. Si la jurisprudence se montre particulièrement souple dans l'admission de la validité du dédit, elle fait preuve de la même souplesse quant à ses effets.

## §2. Le droit de se dédire, atteinte à la force obligatoire du contrat

903. – **L'effet extinctif du dédit.** Le dédit a ceci de particulier de défaire unilatéralement ce qui a été fait bilatéralement. La doctrine a cherché à limiter les effets du dédit au stade de la formation du contrat, mais aussi au stade de son exécution. Face à l'insensibilité de la jurisprudence, la doctrine recherche un fondement juridique pour les restitutions qui résultent de l'exercice du dédit en cours d'exécution du contrat.

L'existence d'un droit de se dédire oblige à s'intéresser à ses conséquences quant à la formation du contrat (A). Dans le silence de la loi et de la jurisprudence, il incombe au rédacteur de contrat de prévoir précisément les conséquences et les modalités de mise en œuvre du dédit (B).

### A. La formation du contrat affecté d'une clause de dédit

904. – **Dédit et formation du contrat.** Si aujourd'hui il est établi qu'il revient à la liberté des parties d'organiser les effets du dédit sur la formation du contrat<sup>68</sup>, cette solution était loin d'être évidente (1). Une partie de la doctrine a tenté de limiter les effets de ce mécanisme attentatoire à la force obligatoire du contrat, sans écho en jurisprudence. La doctrine s'est notamment tournée vers le mécanisme du terme extinctif (2).

#### 1. La perfection du contrat conclu avec une clause de dédit

905. – **Un dédit avant la formation du contrat ?** Le dédit peut avoir pour effet de suspendre l'exécution du contrat. Mais pas nécessairement.

Une partie de la doctrine<sup>69</sup> considère que le dédit ne peut opérer que durant la phase de formation du contrat, contrat qui n'était de ce fait définitivement formé qu'après l'expiration du délai de dédit. Il était ainsi soutenu que « *La faculté de dédit ne confère [...] à son titulaire qu'un droit sur l'existence*

<sup>67</sup> J. Rochfeld, « Du contrôle des clauses de "cessation" du contrat au regard de leur potestativité » obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n°00-10.020 Bull. n°257, *JCP* 2002 I 134.

<sup>68</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 oct. 1965 Bull. n°515.

<sup>69</sup> A. Benet, « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », *JCP* 1987.1.3274 ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation des contrats*, in *Mélanges A. Fauffret*, 1974, p. 522 et s.



*du contrat : celui-ci dispose du droit d'empêcher l'aboutissement du contrat projeté, l'engagement souscrit dans la promesse n'étant pas définitif.* »<sup>70</sup>

906. – **Dédit et promesse.** Il a pu être tentant d'assimiler le dédit à une forme de promesse. Cette interprétation doctrinale tendant à considérer que la perfection du contrat dépendait de l'absence de possibilité de se dédire résulte d'une volonté de limiter l'atteinte à la force obligatoire des contrats. Cependant, il convient de bien distinguer la promesse du dédit dont l'objet diffère. La promesse n'est pas encore le contrat définitif. Elle est un engagement qui crée de véritables obligations entre les parties préparant la conclusion d'un contrat définitif. À ce contrat en préparation, il manque des éléments de formation nécessaire à sa perfection.

Aucune de ces considérations n'est retenue en matière de dédit. Le dédit peut porter tant sur un contrat parfaitement formé à qui il ne manque aucun élément pour sa perfection, qu'être prévu au sein d'une promesse de contrat. Le dédit ne prépare aucun contrat, il permet de sortir d'un engagement quel qu'il soit.

La jurisprudence<sup>71</sup> a consacré la distinction entre le dédit et la promesse unilatérale même assortie d'une indemnité d'immobilisation. Elle rejette avec raison une telle analyse doctrinale qui restreint la liberté des parties : « *la faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du contrat* »<sup>72</sup>. La jurisprudence<sup>73</sup> refuse même que la stipulation d'une clause de dédit puisse permettre de déterminer si un contrat de vente est parfait ou non.

907. – **Rupture d'un contrat parfaitement formé.** Il en résulte que les parties sont libres de stipuler un droit de se dédire à tous les stades de formation du contrat, que ce soit au stade des avant-contrats ou des contrats définitifs. En effet, le consentement d'une partie est retiré a posteriori après la formation de l'engagement : c'est l'objet même du droit de se dédire que de rompre un contrat parfaitement formé. C'est un mécanisme de rupture du contrat et non un mécanisme préparatoire. La Cour de cassation<sup>74</sup> considère ainsi qu'« *en l'absence d'une volonté claire et précise des parties sur la portée du dédit, les juges du fond sont souverains pour rechercher si celles-ci ont entendu s'engager immédiatement ou non* ». Elle s'en remet donc à l'interprétation de la volonté des parties pour savoir si la clause de dédit a suspendu l'exécution du contrat.

La rédaction d'une clause de dédit revêt donc un véritable enjeu, permettant au rédacteur de prévoir un mécanisme au plus proche des attentes des parties. Il lui revient de préciser si la clause de dédit a vocation à jouer pendant la phase de vie du contrat ou si au contraire, le contrat ne prendra vie qu'à l'expiration de la période de dédit.

908. – **Un dédit avant l'exécution du contrat ?** Une autre partie de la doctrine — encore majoritaire aujourd'hui<sup>75</sup> — considère que le dédit ne peut être exercé qu'avant l'exécution du contrat. En raison de la volonté de préserver l'équilibre contractuel, une partie ne pourrait plus se dédire après que le contrat ait reçu un commencement d'exécution. Cette partie de la doctrine s'approprie

<sup>70</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169 n°18.

<sup>71</sup> Cass. com. 14 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1. Pan. 19 obs. Ph. Dupichot ; CA Paris 9 nov. 1981, *D.* 1982 171 obs. J.-L. Aubert.

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 oct. 1965 Bull. n°515.

<sup>73</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 juill. 1992 n°90-18.890.

<sup>74</sup> Cass. com. 20 mai 1997 n°95-14.913.

<sup>75</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis D. 9<sup>ème</sup> édition 2005 n°481, L. Boyer, *La clause de dédit*, in *Mélanges P. Raynaud*, Sirey 1985 p. 41 n°5.

la formulation de la Cour de cassation selon laquelle la clause de dédit ouvre « *une faculté de ne pas exécuter* » les engagements<sup>76</sup>.

Cependant, aucune décision judiciaire n'a imposé une telle condition de validité. Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 octobre 1997<sup>77</sup>, deux contrats avaient été conclus : l'un portait sur une cession de parts sociales et l'autre était un contrat de prestation de service assorti d'une clause de dédit onéreuse à l'initiative des prestataires leur permettant de ne plus exécuter leurs obligations moyennant le versement d'une indemnité de dédit. Le contrat était donc en cours d'exécution. La cour d'appel a requalifié la clause de dédit en clause pénale retenant un effet comminatoire de la clause propre à assurer l'exécution des obligations réciproques.

Or, la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel en considérant que : « *la clause litigieuse ne s'analysait pas en une clause pénale, ayant pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, mais en une faculté de dédit permettant aux sociétés Nicolas de se soustraire à cette exécution et excluant le pouvoir du juge de diminuer ou supprimer l'indemnité convenue* ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît pleinement la possibilité de stipuler une clause de dédit au cours de l'exécution d'obligations successives. Elle refuse la qualification de clause pénale et distingue selon la volonté des parties. Aucune faute n'est ici à retenir du fait de l'inexécution, et ce parce que cette inexécution était précisément permise par le contrat en contrepartie du versement d'une indemnité. L'indemnité ne s'analyse alors pas comme des dommages et intérêts sanctionnant une faute contractuelle, mais comme la contrepartie d'un droit de sortie du contrat.

Il en résulte que la jurisprudence ne limite pas le dédit au contrat n'ayant pas encore reçu un commencement d'exécution. Le dédit peut être stipulé en tout temps et en tout lieu, à charge pour les parties d'en prévoir les modalités et les effets.

909. – **Rédaction.** À défaut de régime de droit commun, le rédacteur du contrat a une véritable responsabilité dans la rédaction de la clause de dédit avec une obligation de conseil envers les parties afin d'anticiper l'ensemble des conséquences voulues par les parties.

#### ■ Exemple :

« *Il est attribué un droit discrétionnaire de se dédire du présent contrat durant [la phase précontractuelle à définir / toute l'exécution du contrat].* »

910. – Il en résulte que le dédit peut être prévu au cours de l'exécution du contrat, avant sa formation définitive ou avant toute exécution, à la libre appréciation des parties. Ses effets sont multiformes de même que ses caractéristiques. Aucune limite quant à sa portée n'est ici imposée par la jurisprudence. Si les effets ne sont pas limités s'est posée la question de la durée du dédit : celui-ci doit-il avoir un délai ou dure-t-il tout le temps du contrat ?

### 2. Le terme extinctif de la faculté de dédit, une nécessité ?

911. – **Une condition temporelle.** De ces deux analyses sur la formation et l'exécution du contrat en présence d'une clause de dédit, la doctrine en a déduit l'obligation de stipuler un terme extinctif pour l'exercice du droit de se dédire.

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 nov. 1993 n°91-18.773 Bull. n°337.

<sup>77</sup> Cass. com. 14 oct. 1997 n°95-11.448 Bull. n°255.

Pour beaucoup d'auteurs, le droit de se dédire a un caractère temporaire ; ce serait même l'un de ses traits caractéristiques pour P. Peloux-Habout<sup>78</sup>. J.-J. Taisne<sup>79</sup> précise que « *l'exigence d'une condition de temps est constante. Exercé au-delà du terme fixé, le dédit est inefficace.* »

Il a pu être considéré que l'exécution du contrat était un terme extinctif implicite qui équivalait à une renonciation au bénéfice du dédit.

912. – **Renonciation.** Or, renoncer au dédit, c'est renoncer à un droit. Conformément au droit commun, la jurisprudence<sup>80</sup> considère que la volonté de renoncer à un droit doit avoir été explicitement exprimée pour produire un effet.

Cependant, en l'absence de terme prévu par les parties — terme à durée déterminée ou indéterminée — il relève de l'appréciation souveraine des juges la détermination de l'existence d'une éventuelle renonciation tacite qui peut être révélée par une exécution sans réserve<sup>81</sup>.

913. – **Terme extinctif inopportun.** La jurisprudence n'a jamais rendu de décision imposant la prévision d'un terme extinctif — que celui-ci soit implicite ou explicite. Il est peu probable et peu souhaitable qu'une telle décision soit rendue. En effet, par analogie avec le modèle légal du dédit dans le contrat de courtage matrimonial conférant une faculté pendant toute l'exécution du contrat, rien ne semble justifier une telle restriction à la liberté des parties.

Cependant, le rédacteur du contrat a tout intérêt à préciser dans la clause de dédit un terme qu'il soit indéterminé ou déterminé afin d'éviter tout débat judiciaire. À tout le moins, il doit attirer l'attention des parties sur l'opportunité de définir un délai à l'exercice du droit de se dédire.

#### ■ Exemple :

« *Il est attribué un droit discrétionnaire de se dédire du présent contrat durant un délai [à préciser] commençant à courir à compter de la signature du contrat.* »

914. – **Conclusion.** Malgré une doctrine classique favorable à une clause de dédit à terme déterminé dont le droit ne pourrait être exercé qu'avant la formation ou tout le moins l'exécution du contrat, la clause de dédit s'est affranchie de toutes ces considérations s'adaptant sans restriction à la volonté des parties. Le dédit peut donc être exercé après que le contrat ait reçu exécution, obligeant à s'intéresser à ses conséquences et aux modalités de sa mise en œuvre.

### ***B. L'exécution du contrat confronté à la mise en œuvre droit de se dédire***

915. – **Obligations de restitution.** L'exercice du droit de se dédire pendant la phase d'exécution du contrat a pour conséquence d'obliger les parties à faire le compte de leurs obligations réciproques, ce qui donne naissance à des obligations de restitution. L'absence de rétroactivité du mécanisme du dédit pose la difficile question du fondement de l'obligation de restitution, la doctrine française étant très attachée à l'analyse liant restitution et rétroactivité (1).

<sup>78</sup> P. Peloux-Habout, *Œabus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse 1997 p. 141 à 146.

<sup>79</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 270.

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 oct. 2000 n°98-22.132 Bull. n°231.

<sup>81</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 janv. 1971 n°69-12.713 Bull. n°66 « *l'arrêt ayant estimé, par une appréciation souveraine, que l'intention des parties était de permettre à Barbier et à Cavaglia de se dédire dans un délai très bref* » et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 nov. 1968 Bull. n°457.

916. – **Mise en œuvre du dédit.** La jurisprudence n'ayant pas établi de régime au dédit, le rédacteur de la clause de dédit doit prévoir les modalités de mise en œuvre (2).

### 1. Quel fondement à l'obligation de restitutions ?

917. – **Débit et obligations de restitution.** Lorsque le dédit est exercé, il peut donner naissance à des obligations de restitutions. Il est difficile de trouver une justification théorique à de telles obligations (a). Cette question doit être distinguée du caractère onéreux ou gratuit du dédit, l'éventuelle indemnité de dédit venant s'ajouter aux obligations de restitution, mais non s'y substituer (b).

#### a. Le difficile fondement de l'obligation de restitutions

918. – **Déséquilibre des obligations exécutées.** Le dédit peut être exercé en cours d'exécution du contrat. Ainsi, si une partie s'est exécutée et que l'autre se dédit sans avoir exécuté ses propres obligations se pose la question des restitutions. « *Il convient d'empêcher un contractant de conserver, par sa seule volonté, le bénéfice de la prestation de l'autre* »<sup>82</sup>.

919. – **Nullité pour absence de cause.** Dans le cas des contrats synallagmatiques, la nullité pour absence de cause fondée sur la potestativité de la clause de dédit est invoquée afin de profiter de l'effet rétroactif du retour au *statu quo ante* des parties<sup>83</sup>. Or, on ne peut fonder un mécanisme sur le seul bénéfice de son régime.

La nullité pour absence de cause ne peut être prononcée qu'au titre de la formation du contrat. Or, le dédit est un mode de rupture du contrat étranger aux conditions de formation de celui-ci. Il conviendrait alors de consacrer le rôle de la cause dans la phase d'exécution du contrat. La sanction serait alors la caducité, mode de rupture non rétroactive<sup>84</sup>.

Ces analyses concourent à une confusion des modes de rupture du contrat. Au dédit, il n'est point besoin d'ajouter la nullité ou la caducité. Le dédit est un mécanisme de rupture en soi. Comment justifier de la naissance des obligations de restitutions ?

920. – **Rétroactivité, seule justification ?** W. Dross<sup>85</sup> considère l'effet rétroactif du dédit de façon comparable au mécanisme de la condition résolutoire. Fondée sur l'article 1179 du Code civil<sup>86</sup>, il y a lieu de procéder aux restitutions des obligations exécutées sans contrepartie. Cependant, il n'y a pas lieu de faire disparaître le contrat valablement conclu en matière de dédit, cette clause n'ayant pas d'effet dans le passé. Le fait que le contrat soit à exécution instantanée ou à exécution successive ne change pas le fait que le dédit joue pour l'avenir.

La rétroactivité est-elle la seule option ? Les restitutions pourraient également être fondées sur la répétition de l'indu ou sur la cause des obligations.

<sup>82</sup> G. Vermelle, obs. sous Cass. com. 23 sept. 1982, *Defrénois* 1982 art. 33.027 n°29 p. 401.

<sup>83</sup> A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF coll. Droit fondamental 1998 n°165.

<sup>84</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 1 «Section 2 : La Caducité», p. 261.

<sup>85</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701 n°11 à 13.

<sup>86</sup> Art. 1179 C. civ. : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.* ».

921. – **Répétition de l'indu.** L'obligation de restitution pourrait être fondée sur la théorie de l'indu<sup>87</sup>. Le contrat s'éteignant, les obligations exécutées perdent leur cause et leur exécution se trouve dès lors indue. Le débiteur a donc droit à répéter l'indu<sup>88</sup>.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée en matière de dédit. Cependant, elle a eu à connaître du débat sur le rôle de l'indu en matière de nullité. Ainsi, elle a écarté la théorie de l'indu, considérant que l'obligation de restitution avait pour unique fondement le principe de rétroactivité de la nullité<sup>89</sup>. Une telle solution a une portée générale limitant la théorie de l'indu dans toute la matière contractuelle. Par analogie, une solution identique en matière de dédit est presque certaine.

La Cour de cassation témoigne d'une hostilité en matière d'indu, contenant cette notion au quasi-contrat et refusant que celle-ci puisse impacter la matière contractuelle. Une telle analyse est opportune, l'utilisation de la notion d'indu créant un risque de mélange des genres apportant plus de confusion que d'éclaircissement.

922. – **Disparition de la cause.** La justification de l'obligation de restitution pourrait être également fondée sur la cause objective dès lors qu'on lui reconnaît un effet dans la phase d'exécution des contrats. L'inexécution par une partie de ses obligations prive de cause l'exécution de l'autre partie. Celle-ci peut donc prétendre à la restitution de ses obligations dont l'exécution est privée de cause. Une telle solution serait opportune et en accord avec l'évolution du droit<sup>90</sup>. Cependant, il reste encore un chemin juridique à parcourir, l'évolution du droit de la restitution étant marquée de nombreux heurts et d'une certaine réticence de la jurisprudence. À ce jour, aucun fondement n'a été consacré par la Cour de cassation aux restitutions subséquentes à l'exercice du dédit. L'obligation de restitution naît entre les parties indépendamment du caractère onéreux ou gratuit du dédit.

### **b. Le cumul de l'obligation de restitutions avec l'indemnité de dédit**

923. – **Onérosité du dédit et restitutions.** L'obligation de restitution ne doit pas tenir compte du prix du dédit : leur objet diverge. Celle-ci s'ajoute à celui-là.

Pourtant, lors de la stipulation d'un dédit onéreux, ne faut-il pas considérer que l'indemnité prévue est une forme de compensation du préjudice lié à l'exercice de la faculté ? En effet, la Cour de cassation<sup>91</sup> fonde certaines de ces décisions au visa de l'article 1150 du Code civil<sup>92</sup>.

Le coût du dédit est le prix pour sortir du contrat, il indemnise le partenaire répudié des conséquences d'une telle rupture. En plus de l'indemnité, une partie peut-elle prétendre à des restitutions ? Le prix du dédit est la contrepartie du droit de sortir du contrat. Il est dû qu'il y ait lieu ou non à restitution.

<sup>87</sup> G. Cornu définit l'indu : « *qui n'est pas dû (en vertu d'une obligation civile), trop perçu.* », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>88</sup> G. Cornu définit la répétition de l'indu : « *réclamation de ce qui a été versé sans être dû* », *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>89</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 sept. 2002 n°00-21.278 Bull. n°218, *D.* 2003 p. 369 note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 2003 p. 286 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>90</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 « Extinction non rétroactive du contrat et obligations de restitutions », p. 349.

<sup>91</sup> Cass. com. 14 oct. 1997 n°95-11.448 Bull. n°255.

<sup>92</sup> Art. 1150 C. civ. : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* ».

924. – **Rédaction.** Afin d'éviter tout débat judiciaire, le rédacteur de clause devrait prendre soin de le préciser.

■ **Exemple :**

*« Le droit de se dédire est consenti moyennant le paiement d'une somme forfaitaire et indemnitaire non révisable d'un montant de [x euros], montant consenti librement par chacune des parties. L'indemnité de dédit est distincte de toute autre somme liée à l'exécution du contrat et aux éventuelles restitutions. »*

925. – **Débit gratuit.** La question se pose encore en matière de dédit conclu à titre gratuit au cours de l'exécution du contrat. Là encore, l'obligation de restitution ne semble pas pouvoir tenir compte du caractère gratuit de ce droit. Ainsi, un contrat de vente comportant une clause de dédit à titre gratuit pourra donner lieu à des restitutions.

926. – **Importance de la clause de dédit.** Le rédacteur de la clause de dédit a ici un rôle fondamental. Il lui revient d'anticiper les conséquences du dédit et de prévoir les éventuelles restitutions par équivalent ou en nature découlant de l'exercice du dédit. Une difficulté se présente cependant : comment évaluer les éventuelles restitutions ? À défaut d'accord entre les parties, il conviendra de s'en remettre à l'avis d'un expert.

■ **Exemple :**

*« Lors de la mise en œuvre du dédit, les parties s'engagent à négocier les restitutions subséquentes. Les restitutions s'exécuteront par équivalent. En cas de désaccord entre les parties, celles-ci s'engagent à nommer un expert dont les frais seront payés par moitié par chacune des parties. »*

Ou

*« Le dédit ne pouvant être exercé qu'avant toute exécution du contrat, il n'y aura pas lieu à restitution. »*

927. – Il serait opportun de consacrer le rôle de la cause en cours d'exécution du contrat, seul fondement à l'obligation de restitution auquel il n'est point besoin d'adjoindre la rétroactivité. Cette analyse reste malheureusement isolée. Si la jurisprudence consacre bien l'existence de l'obligation de restitution, celle-ci reste sans fondement. Il convient encore de s'intéresser à la mise en œuvre du dédit.

## ***2. La mise en œuvre du dédit***

928. – **Formalisme ?** Aucune règle jurisprudentielle ne porte sur la mise en œuvre du dédit. Ainsi, la jurisprudence n'impose ni de mise en demeure préalable, ni de respect d'une durée de préavis ni toute autre règle de forme particulière. La souplesse apparente n'écarte pas pour autant le risque d'abus de droit par l'auteur du dédit.

Il revient donc aux parties de prévoir un formalisme dédié. Le rédacteur de contrat doit donc conseiller aux parties de stipuler des règles de mise en œuvre du dédit. Il lui reviendra de mettre en place un formalisme minimal afin de limiter les risques de responsabilité pour la partie exerçant son droit de se dédire.



■ **Exemple :**

*« Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception [moyennant le respect d'un préavis de x mois]. »*

929. – **Le moment de rupture du contrat.** Lorsque le dédit est mis en œuvre, à quel moment le contrat est-il rompu ? Aucune condition de forme n'ayant été prévue par le législateur ou la jurisprudence, il revient aux parties de stipuler les conditions de mise en œuvre, et surtout à quel moment le contrat sera considéré comme rompu.

En matière de dédit conclu à titre onéreux, la question qui se pose aux parties est de savoir si le contrat est rompu avant ou après le paiement de l'indemnité de dédit. La jurisprudence n'a pas rendu d'arrêt sur la question. Dans un cas, le paiement de l'indemnité de dédit fera partie de l'exécution du contrat maintenu après la notification du dédit alors que dans l'autre, le contrat aura été rompu que l'indemnité ait été ou non payée.

Il revient au rédacteur de la clause de dédit de prévoir les conditions de rupture du contrat et notamment le moment où celui-ci prendra fin. Le rédacteur d'une clause de dédit bénéficie d'une grande marge de manœuvre, mais aussi d'une grande responsabilité : il lui incombe d'anticiper les effets du dédit et d'être le plus précis possible quant à la volonté des parties.

■ **Exemple :**

*« Il produira effet [un mois après la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception]. »*

Ou

*« Il produira effet après que le parfait paiement de l'indemnité de dédit. »*

930. – **Obligations post-contractuelles.** Une fois le dédit exercé, le contrat est définitivement rompu, et les parties ne peuvent plus en demander l'exécution<sup>93</sup>. Cependant, de façon comparable aux autres mécanismes de rupture des contrats autres que la nullité, il convient de souligner la survie des obligations post-contractuelles. En effet, les clauses post-contractuelles ont pour objet d'organiser la sortie du contrat sans distinction selon le mécanisme utilisé pour rompre le contrat. Le rédacteur de contrat peut ne pas préciser que les obligations post-contractuelles survivent au dédit au sein de la clause de dédit dès lors qu'est prévue une clause propre aux obligations post-contractuelles communes à tous les mécanismes de rupture<sup>94</sup>.

931. – Le droit de se dédire est multiforme et s'adapte à toutes les figures contractuelles sans rencontrer de véritables contraintes jurisprudentielles malgré les pressions doctrinales pour en restreindre la portée. Cette position jurisprudentielle paraît surprenante.

<sup>93</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mars 2012 n°11-12232 Bull. n°41.

<sup>94</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 «Section 2 : Vers un principe d'autonomie des clauses post-contractuelles ?», p. 339.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** Toute proposition de clause de dédit n'est qu'informelle : il revient au rédacteur de contrat d'adapter la clause à la spécificité de la situation contractuelle rencontrée. La faveur dont bénéficie la clause de dédit auprès de la jurisprudence impose au rédacteur d'être le plus précis possible.

### ■ Clause de dédit à titre gratuit :

*« Il est attribué à chacune des parties / une seule partie un droit discrétionnaire de se dédire du présent contrat durant la phase précontractuelle à définir / durant toute l'exécution du contrat / durant un délai à préciser.*

*Aucune motivation n'est obligatoire, cependant chacune des parties / la partie bénéficiaire s'engage[nt] à exercer son droit de se dédire de bonne foi.*

*Le droit de se dédire est consenti à titre gratuit.*

*Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant le respect d'un préavis de x mois. Il produira effet un mois après la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception.*

*Lors de la mise en œuvre du dédit, les parties s'engagent à s'entendre quant aux restitutions subséquentes. Les restitutions s'exécuteront par équivalent. En cas de désaccord entre les parties, celles-ci s'engagent à nommer un expert dont les frais seront payés par moitié par chacune des parties. / Le dédit ne pouvant être exercé qu'avant toute exécution du contrat, il n'y aura pas lieu à restitution.*

932. – **Conclusion.** Le droit de se dédire résiste à toutes les tentatives de la doctrine pour en restreindre le champ d'application comme les effets. Il bénéficie auprès de la jurisprudence d'une étonnante bienveillance. Le rédacteur de la clause de dédit a donc une responsabilité toute particulière : il doit prévoir toutes les conséquences du mécanisme et les adapter au mieux au particularisme de la situation contractuelle considérée.

Quel que soit le prix du dédit qui peut être conclu soit à titre gratuit soit à titre onéreux, le prix de la mauvaise foi dans l'exercice de ce droit testamentaire prévu par la jurisprudence est assez élevé.

## SECTION 2 : LE COÛT DU DÉDIT

933. – **Abandon du second sens du dédit.** Culturellement, le dédit a toujours été considéré comme étant consenti à titre onéreux. Le dédit se définissait comme une « *somme stipulée et due par celui qui ne remplit pas les termes d'une convention* »<sup>95</sup>. Ce second sens du dédit faisait ressortir la volonté indemnitaire qui préside à la stipulation d'un prix au dédit. Si une partie peut se départir de la force obligatoire du contrat, elle doit à tout le moins en indemniser le partenaire abandonné. Cependant, ces considérations ne sont que morales et doctrinales et n'ont pas eu d'écho ni auprès des magistrats ni auprès du législateur. Le coût du dédit n'est donc pas une condition de validité du dédit, mais une simple modalité facultative du dédit.

<sup>95</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré*, v. « Dédit » 2<sup>ème</sup> sens.

Amputée de ce second sens, la liberté dont bénéficient les parties a, elle, un prix. Qui dit discrétionnaire ne dit pas arbitraire : les juges se montrent relativement sévères lorsqu'il s'agit de sanctionner un abus dans l'exercice du droit de se dédire, privant d'effet la rupture du contrat. Le contrat retrouve alors pleinement sa force obligatoire en étant déclaré maintenu — comme n'ayant jamais été rompu. Le droit commun de la rupture des contrats à durée déterminée ou à durée indéterminée retrouve alors sa pleine portée. Le dédit, privé du « frein »<sup>96</sup> de son onérosité, a pour garde fou la bonne foi.

Si le dédit à titre gratuit côtoie le dédit à titre onéreux (§1), la mauvaise foi dans la mise en œuvre du dédit a un coût élevé (§2).

## §1. Le prix du dédit

934. – **Liberté contractuelle.** Après avoir été dénoncée par la doctrine, la validité du dédit consenti à titre gratuit a été consacrée par la jurisprudence. Cela n'a pas été sans heurt ni débat (A). Dans le silence de la loi et l'appréciation de la jurisprudence, les parties sont libres quant à la détermination d'un quantum de l'indemnité de dédit (B).

### *A. Le prix du dédit : d'une condition de validité à une simple modalité*

935. – **Doctrine versus jurisprudence.** La jurisprudence est venue démentir la position doctrinale traditionnelle qui refusait d'admettre le principe de gratuité du droit de se dédire. Le prix du dédit était alors érigé en condition de validité par la doctrine (1). Aujourd'hui, le prix du dédit a été relayé au rang de simple modalité éventuelle d'exécution du dédit (2).

#### *1. La conception doctrinale traditionnelle : le prix du dédit, une condition de validité*

936. – **Article 1590 du Code civil.** La conception doctrinale traditionnelle du dédit comme étant nécessairement un droit consenti à titre onéreux repose sur la lecture de l'article 1590 du Code civil. Cet article prévoit comme contrepartie à l'exercice du dédit le versement d'arrhes. Il est ainsi disposé : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double.* »

937. – **Définition.** Puisque le mécanisme légal était onéreux, tout mécanisme contractuel devait l'être. La définition doctrinale<sup>97</sup> du dédit qui était alors admise était « *une convention synallagmatique accessoire au contrat de vente dont les engagements réciproques sont, d'un côté, la sujétion de l'une des parties à l'égard de l'autre autorisant la résolution de la convention principale et, de l'autre côté, l'obligation pour le partenaire de verser une certaine somme d'argent s'il fait usage de son droit potestatif.* » Par cette définition, les auteurs de la doctrine restituaient à la force obligatoire du contrat sa force de caractère. Ainsi est « *concilié le régime du dédit avec les principes du droit des obligations qui ne conçoit d'obligation véritable sans la certitude du consentement à la dette* »<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 270.

<sup>97</sup> S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM 1999, n°225.

<sup>98</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169 NBP n°24.

938. – **La nécessité du caractère onéreux.** La partie subissant le dédit était ainsi prémunie de l'arbitraire de la décision de son partenaire. Ainsi, J.-J. Taisne<sup>99</sup> avait considéré que le caractère onéreux du dédit était nécessaire : « *le mécanisme repose sur le caractère onéreux du repentir. Sans ce frein en effet, le consentement pourrait être arbitrairement repris.* »

939. – **Critique.** Cette analyse est contestable : en l'absence de régime légal de droit commun du dédit, cette interprétation semble artificielle. Le fait de vouloir préserver la justice contractuelle est louable, mais ne saurait être érigé comme un principe général de droit commun au détriment de la liberté contractuelle. Une telle considération est ignorante de la pratique de plus en plus courante des contrats d'adhésion. Des garde-fous doivent être prévus ; la responsabilité en est un des meilleurs moyens.

La jurisprudence n'a pas tenu compte de la position de la doctrine et a fait du prix du dédit une simple modalité d'exécution.

## ***2. La position jurisprudentielle : le prix du dédit, une modalité d'exécution***

940. – **Jurisprudence.** La Cour de cassation<sup>100</sup> a eu l'occasion de se prononcer sur la validité du dédit conclu à titre gratuit et a affirmé clairement dans un arrêt de principe la possible gratuité du dédit : « *rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite.* » Par cet arrêt, la doctrine traditionnelle du dédit a été bouleversée.

941. – **La loi d'aucun secours.** Il convient de souligner que la liberté des parties n'est pas servile de la loi et plus particulièrement de l'article 1590 du Code civil. Il ne s'agit ni d'un article d'ordre public ni d'un article contribuant au droit commun du contrat en général. En outre, la lecture dudit article ne permet pas de déduire sûrement le caractère onéreux de ce droit, l'article disposant : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes* ». Le « Si » n'indique en aucune façon une obligation légale. À la lecture des autres droits légaux de dédit<sup>101</sup>, il n'est pas non plus possible de déduire que l'onérosité est une condition de validité de la faculté.

942. – **La potestativité n'a pas de prix.** Le prix du dédit n'est pas une barrière contre la potestativité du droit de se dédire. Si ce risque d'arbitraire est réel, la Haute Juridiction a adopté une vision plus libérale laissant aux parties le soin de répartir ce risque. Elle part du postulat que les conventions sont librement négociées et qu'en conséquence rien ne justifie d'imposer un prix au dédit. Il convient d'approuver cette jurisprudence préservant la liberté contractuelle. Il revient aux parties d'équilibrer leur relation contractuelle. L'analyse de la seule clause de dédit est en soi insuffisante et inopportune pour vérifier la préservation de cet équilibre.

943. – **D'une condition de validité à une modalité d'exécution.** De caractère de définition, le prix du dédit a été relayé au rang de simple modalité d'exercice d'un droit. En pratique, il est rare de stipuler une clause de dédit à titre gratuit, les cocontractants cherchant à conférer un juste prix au droit de fuite. Le prix du dédit bénéficie là encore de la faveur de la jurisprudence accordant aux parties une grande liberté dans la détermination de son montant.

---

<sup>99</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 270.

<sup>100</sup> Cass. com. 30 oct. 2000 n°98-11.224, *D.* 2001 Som. 3241 obs. D. Mazeaud.

<sup>101</sup> cf. ci-dessus.

## ***B. Le prix du dédit : liberté de détermination du montant dû***

944. – **Indemnité de dédit optionnelle.** L'adage selon lequel « *la règle est qu'il ne saurait y avoir de clause de dédit sans dédit* »<sup>102</sup> ne trouve pas à s'appliquer dans la pratique. L'indemnité de dédit est spécifique et ne saurait être confondue avec d'autres clauses indemnitaires (1). Son montant peut être déterminé librement par les parties, ce qui conduit à s'interroger sur l'intervention du juge lorsque l'indemnité est symbolique ou excessive (2).

### ***1. La spécificité du prix du dédit***

945. – L'indemnité de dédit a une nature propre et doit être distinguée de ces homologues que sont les arrhes (a), l'indemnité d'immobilisation (b) et la clause pénale (c).

#### **a. Les arrhes, une indemnité de dédit particulière**

946. – **Définition.** Les arrhes sont prévues par l'article 1590 du Code civil. Leur nature est particulière : prix de sortie d'un contrat de vente, lorsque le dédit n'est exercé par aucune des parties, les arrhes sont un acompte sur le prix de vente. Leur nature est double : soit c'est le prix de sortie du contrat, soit ils sont un commencement d'exécution. Ils ont pour autre spécificité d'être versés dès la signature du contrat. Les arrhes sont une forme particulière d'indemnité de dédit.

947. – **Spécificité du dédit.** Toutefois, l'indemnité de dédit ne saurait s'y confondre : elle est le prix de sortie du contrat, mais n'a pas à être versée dès la signature du contrat ni ne constitue un commencement d'exécution. Les arrhes sont propres à la vente et se distinguent de l'indemnité de dédit de droit commun. Rien n'empêche cependant les parties de prévoir un prix de dédit qui se confondrait avec des arrhes. Si le régime spécifique des arrhes ne saurait être érigé en régime de droit commun, rien n'empêche les parties de s'y référer. L'indemnité d'immobilisation, quant à elle, se caractérise par une similitude d'effet avec la clause de dédit.

#### **b. Indemnité d'immobilisation et indemnité de dédit, similitude d'effet**

948. – **Définition.** L'indemnité de dédit ne saurait se confondre avec l'indemnité d'immobilisation malgré la similitude de leurs effets. L'indemnité d'immobilisation est la contrepartie d'une obligation de ne pas faire — l'obligation de ne pas contracter avec une autre personne pendant un temps donné. Stipulée dans les promesses de vente immobilière unilatérale, elle a une vocation indemnitaire de l'exclusivité conférée en la personne du cocontractant, seule à bénéficier de la promesse. Ainsi, le bien promis est immobilisé pendant un certain temps durant lequel le bien est indisponible auprès des tiers potentiels acquéreurs. L'indemnité sera acquise au promettant si, à l'issue de ce délai, l'option d'acheter ou de vendre n'est pas levée par le bénéficiaire<sup>103</sup>. En pratique, l'indemnité d'immobilisation est séquestrée le temps d'option de la promesse unilatérale. De même que les arrhes, le versement de ladite indemnité a une double nature : fonction d'indemnisation en cas d'absence de levée d'option, elle vient en déduction du prix de vente lorsque l'option est levée.

<sup>102</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169.

<sup>103</sup> P. Pierre, « Le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses », *JCP G* 1996 I n°3981.

949. – **Similitude d'effets.** L'indemnité d'immobilisation et l'indemnité de dédit sont souvent assimilées par les auteurs qui en constatent la similitude d'effets<sup>104</sup>. Cependant, l'indemnité d'immobilisation n'est pas la contrepartie d'un dédit : elle s'inscrit dans le cadre spécifique des promesses de vente immobilière. Le dédit est un mécanisme général de fin de contrat qui ne saurait être assimilé avec le mécanisme des promesses unilatérales. Dans le cas de la promesse unilatérale, le bénéficiaire de la promesse n'a pas encore consenti à la vente. Il a consenti à la promesse. De plus, le dédit peut être stipulé au bénéfice du promettant. Le dédit est un droit de sortie d'un contrat formé<sup>105</sup>. Il convient donc de bien distinguer selon la nature du mécanisme et selon ses effets. Certains ont pu être tentés d'assimiler l'indemnité de dédit à la clause pénale.

### c. Tentative d'assimilation de l'indemnité de dédit à la clause pénale

950. – **Indemnité de dédit, clause pénale particulière ?** Bien que mécanismes fondamentalement différents, la clause pénale et l'indemnité de dédit sont souvent assimilées par les plaideurs qui cherchent à bénéficier du régime de l'article 1152 du Code civil et du pouvoir modérateur du montant de la pénalité octroyé au juge. La jurisprudence a eu à s'interroger sur la nature de l'indemnité de dédit et son éventuelle assimilation à la clause pénale.

951. – **Définitions.** La clause pénale est définie par G. Cornu<sup>106</sup> comme la : « *clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ». La clause pénale a une double fonction : une fonction comminatoire pour inciter le débiteur à s'exécuter, et une fonction d'indemnisation du préjudice causé par l'inexécution du contrat. L'indemnité de dédit, quant à elle, est due lorsque la partie se délie de son engagement sans tenir compte de l'exécution du contrat. On ne retrouve pas la fonction comminatoire de la clause pénale. Ces deux notions ne peuvent donc pas être confondues, leur nature étant fondamentalement différente.

952. – **Solution.** La Cour de cassation<sup>107</sup> distingue les deux mécanismes et considère traditionnellement que : « *L'indemnité de résiliation due en cas de non reconduction du contrat s'analyse en un dédit et ne constitue donc, pas une clause pénale susceptible d'être modifiée par le juge.* » Cette position est régulièrement réaffirmée<sup>108</sup>.

953. – **Analyse.** D. Mazeaud<sup>109</sup> approuve une telle analyse « *parce qu'elle a pour raison d'être la liberté accordée à un contractant de ne pas ou de ne plus exécuter un contrat valablement formé, qu'elle*

<sup>104</sup> *RJD civ.* 1985.593. Contrat ; Y. Dagonne-Labbe, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, Thèse Paris II, 1984, p. 42. ; I. Najjar, obs. sous Cass. com. 8 févr. 1982, D. 1983.57.

<sup>105</sup> Cf. ci-dessus.

<sup>106</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>107</sup> Cass. com. 3 juill. 2003, *RDC* oct. 2004 p. 931 obs. D. Mazeaud.

<sup>108</sup> Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16660 Bull. n°49 : « *une faculté de dédit n'est pas une clause pénale en ce qu'elle n'a pas pour objet de sanctionner l'inexécution du cocontractant mais de lui permettre au contraire de ne pas l'exécuter* » ; Cass. com. 18 janv. 2011 n°09-16863 Bull. n°4.

<sup>109</sup> Cass. com. 3 juill. 2003, *RDC* oct. 2004 p. 932 obs. D. Mazeaud.



autorise donc son inexécution [...] la clause de dédit ne peut pas être qualifiée de clause pénale [...] le dédit est le « prix de la fuite » tandis que la peine, fixée par la clause pénale, est la sanction d'une faute. » Il est heureux que les magistrats aient été rigoureux quant à la qualification des mécanismes de clause pénale et d'indemnité de dédit. Aucune assimilation ne peut être faite. Toute analyse différente repose sur une vision opportuniste de voir s'affirmer le pouvoir modérateur du juge quant aux *quantums* des indemnités contractuelles.

Le débat s'est donc déplacé de l'assimilation des notions de clause pénale et d'indemnité de dédit à la portée de l'article 1152 du Code civil octroyant au juge un pouvoir modérateur du montant des pénalités.

## 2. Appréciation du montant de l'indemnité de dédit : le juge écarté

954. – **Pouvoir modérateur des juges.** La libre fixation de l'indemnité de dédit par les parties dérange. Une partie de la doctrine a donc tenté d'étendre la portée de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil — conférant au juge un pouvoir modérateur du montant l'indemnité de dédit comparable à celui de la clause pénale. Face au refus de la jurisprudence d'étendre la portée d'un tel article (a), les plaideurs ont cherché à obtenir la requalification de l'indemnité de dédit exorbitante en clause pénale (b).

### a. La portée limitée de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil

955. – **Extension du pouvoir modérateur du juge ?** L'article 1152 alinéa 2 du Code civil dispose que : « Le juge peut même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». Certains auteurs considèrent que cet article doit être étendu à toutes les indemnités liées à la rupture du contrat — qu'il s'agisse des clauses pénales ou de l'indemnité de dédit. Ainsi, J. Mestre<sup>110</sup> conteste le principe consistant à n'appliquer l'article 1152 aliéna 2 du Code civil qu'aux seules clauses pénales et milite pour une interprétation extensive de cet article.

956. – **Proposition jurisprudentielle.** Si la Cour de cassation adopte une position claire refusant une telle extension, elle a ouvert la porte à une autre solution. Ainsi, la Haute Juridiction<sup>111</sup> limite le pouvoir d'appréciation du montant de la rupture aux seules clauses pénales à l'exclusion de la clause de dédit. Seules les pénalités sont susceptibles d'être minorées ou majorées par le juge<sup>112</sup>. L'article 1152 alinéa 2 du Code civil est interprété strictement ; c'est pourquoi la Cour de cassation refuse d'accorder aux juges du fond un pouvoir de révision de l'indemnité de dédit<sup>113</sup> ou de l'indemnité d'immobilisation<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> J. Mestre, *RTD civ.* 1985.372 et s.

<sup>111</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n°83- 11.788 Bull. n° 207, *D.* 1985, jur. p. 544 note F. Bénac-Schmidt ; *RTD civ.* 1985 p. 372 obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1985 p. 592 obs. P. Rémy ; *JCP G* 1986 II n° 20.555 obs. G. Paisant ; *Defrénois* 1985 art. 33.590 note J.-L. Aubert ; *Defrénois* 1986 art. 33.653 note J.-M. Olivier.

<sup>112</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 février 2006 n°04-17.595 Bull. n°43 : « en a exactement déduit qu'il ne s'agissait pas d'une clause pénale susceptible de minoration, que l'indemnité n'était pas réductible ».

<sup>113</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 janvier 1991, *D.* 1991 p. 481 obs. G. Paisant.

<sup>114</sup> H. Kenfack, « Distinction entre clause pénale et indemnité d'immobilisation », *RQDC* 2009 n°62 p. 7 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ 1992 n°258 et s.

Cependant, la Cour de cassation ne procède pas à une interprétation restrictive de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil. Elle procède à un contrôle de la qualification du prix de la rupture et octroie le pouvoir de révision du juge dès lors que le prix de la rupture est qualifié de pénalité. Ainsi, dans un arrêt de 2008<sup>115</sup>, une indemnité d'immobilisation a pu être requalifiée en clause pénale : « *il résultait (des) propres constatations [de la cour d'appel] que la stipulation, fût-elle improprement qualifiée d'indemnité d'immobilisation, avait pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence* ». En l'espèce, il s'agissait d'une promesse synallagmatique dans laquelle il était stipulé que l'indemnité d'immobilisation était destinée à indemniser le vendeur en cas de faute. Elle ne permettait donc pas de sortir du contrat, mais sanctionnait une faute. Requalifiée en clause pénale, les juges du fond pouvaient appliquer l'article 1152 alinéa 2 du Code civil leur conférant le pouvoir de modérer le montant de la pénalité.

957. – **Analyse.** La portée de cet arrêt est cependant incertaine : en effet, la rédaction de la clause afférente à l'indemnité d'immobilisation ouvrait grand la porte à une requalification. Son objet n'était pas d'indemniser l'immobilisation du bien, mais de sanctionner une faute. Or, les juges ne sont pas liés par la qualification des parties. Tout invitait à opérer une telle requalification dans ce cas d'espèce. La portée de cet arrêt est donc des plus incertaines.

958. – La jurisprudence distinguant entre tous ces mécanismes, le débat judiciaire et doctrinal s'est déplacé de la portée de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil à la possibilité de requalifier la clause de dédit dont le montant serait exorbitant en clause pénale.

### **b. Possibilité de requalification du dédit dont le montant est exorbitant ?**

959. – **Tentative de requalification.** Lorsque le montant du dédit est tellement élevé qu'il paraît déraisonnable, certains ont plaidé la requalification de la clause litigieuse en clause pénale arguant du fait qu'un tel montant sanctionne plus qu'il ne représente le prix d'une quelconque liberté<sup>116</sup>. Le prix du dédit peut être tellement élevé qu'il en devient dissuasif d'exercer un tel droit — ce qui justifierait une telle requalification.

Certaines juridictions du fond<sup>117</sup> ont pu être sensibles à cette argumentation et requalifier des clauses de dédit en clause pénale ce qui leur a permis de modérer le montant litigieux. Si la Cour de cassation<sup>118</sup> a pu dans certaines décisions approuver une telle requalification, dans d'autres décisions<sup>119</sup>, elle reste insensible à cette argumentation et refuse d'opérer toute requalification. La jurisprudence semble donc aléatoire, ce qui est regrettable.

960. – **Analyse.** Une solution claire de la Haute Juridiction serait la bienvenue. Il serait souhaitable d'écarter la requalification de l'indemnité de dédit en clause pénale en raison du seul montant stipulé. Si les juges usent de leur pouvoir de requalification non pas en fonction de l'interprétation de la stipulation, mais en fonction du seul montant du dédit, il existe un risque réel de forçage du

<sup>115</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 sept. 2008 n°07-13.989 Bull. n°139.

<sup>116</sup> C. Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169.

<sup>117</sup> CA Aix-en-Provence 21 fév. 1978 Bull. n°9 ; CA Paris 8 nov. 1981, *D.* 1982.171. obs. J.-L. Aubert ; CA Rouen 6 juill. 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1. Som. 143 ; CA Saint-Denis de la Réunion 10 juin 1983, *Rev. jurisp. c. app. Saint-Denis* mai 1984 p. 23 obs. Ph. Delebecque.

<sup>118</sup> Cass. civ 18 janv. 1979 Bull. n°15 ; Cass. com. 27 mars 1990, *D.* 1990.390. obs. E. S. de La Marnierre.

<sup>119</sup> Cass. com. 30 oct. 2000 n°98-11.224, *D.* 2001 Som. 3242 obs. D. Mazeaud.

contrat et de dénaturation. Cependant, plus que le montant du dédit, le contexte et les stipulations contractuelles doivent être pris en compte.

961. – **Rédaction.** Le risque de requalification en clause pénale, bien que limité, existe. Le rédacteur du contrat doit attirer l'attention des parties sur l'importance de bien négocier le montant de l'indemnité de dédit et les informer le cas échéant du risque de requalification de l'indemnité en pénalité. Il pourra être opportun de décrire contractuellement les modalités de calcul ayant permis de déterminer le montant du dédit. En outre, le rédacteur du contrat devra veiller à ce qu'aucune ambiguïté n'existe quant à la différence de nature entre l'indemnité de dédit et la clause pénale. Il est donc important que les termes contractuels soient clairs et précis afin de limiter tout risque de requalification.

#### ■ Exemple :

« *Le droit de se dédire est consenti moyennant le paiement d'une somme forfaitaire non révisable d'un montant de [x euros], montant consenti librement par chacune des parties.* »

962. – **Conclusion.** Le prix du dédit n'est qu'une modalité d'exercice du dédit et non une condition de validité du mécanisme. La détermination de son montant est libre entre les parties, les juges n'ayant pas le pouvoir d'en modérer ou d'en augmenter le quantum à la différence de la clause pénale. La faveur de la jurisprudence quant à la nature et au régime du dédit ne saurait être interprétée comme la consécration d'un droit arbitraire sans limites. La mauvaise foi dans l'exercice du dédit est sévèrement sanctionnée par la jurisprudence qui voit dans l'abus de droit le moyen de rétablir la justice contractuelle.

## §2. Le prix de la mauvaise foi

963. – **Contrôle d'exécution.** Si le dédit est reconnu comme un droit potestatif valable, le contrôle jurisprudentiel s'est déplacé d'un contrôle de validité vers un contrôle de l'exécution de ce droit. Le dédit, pour produire son effet de rupture du contrat, doit être mis en œuvre de bonne foi. Ainsi, l'appréciation de la bonne foi est un outil limitant l'arbitraire du droit discrétionnaire de se dédire (A). La mauvaise foi dans la mise en œuvre de ce droit engage la responsabilité de son auteur et a pour double conséquence une sanction financière par l'octroi de dommages et intérêts, mais surtout le maintien du contrat (B).

### *A. Le dédit : un droit discrétionnaire, mais non arbitraire*

964. – **Discrétionnaire n'est pas arbitraire.** Le dédit est un droit discrétionnaire : la seule volonté du bénéficiaire du droit de se dédire suffit pour rompre le contrat sans autre condition (1). La liberté contractuelle prévaut. Pour autant, ce droit n'est pas arbitraire (2). L'appréciation de la bonne foi dans la mise en œuvre de ce droit joue comme un mécanisme de justice contractuelle.

## 1. Le droit de se dédire : un droit discrétionnaire

965. – **Consécration de la liberté contractuelle.** Le droit de se dédire est présenté comme un droit discrétionnaire<sup>120</sup> en ce qu'il répond aux caractéristiques de cette catégorie de droits définie par D. Roets<sup>121</sup> « *par le fait que son exercice abusif ne peut être sanctionné par le juge.* » L'utilité d'une telle catégorie juridique est de « paralyser » la théorie de l'abus de droit. Les parties sont libres de mettre en œuvre leur droit de se dédire sans autre restriction que l'exercice de leur volonté individuelle. Toutes les tentatives doctrinales pour limiter un tel droit n'ont reçu aucun écho en jurisprudence offrant aux parties un véritable champ de liberté contractuelle.

Le dédit n'a pas à être bilatéral ou onéreux, le juge n'a pas le pouvoir de modérer l'indemnité de dédit. Aucune obligation de motivation, de respect d'un préavis ou d'un quelconque formalisme n'a été imposée par la jurisprudence. Le droit de se dédire ne répond pas à un souci d'équilibre contractuel entre les parties, « *le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties reste pour l'heure l'apanage du droit de la consommation* »<sup>122</sup>.

Ph. Delebecque<sup>123</sup> rappelle que : « *le contrat est, qu'on le veuille ou non, l'expression d'un antagonisme d'intérêts.* » Et de préciser : « *Les droits du créancier doivent être scrupuleusement respectés : cela va de soi dans un ordre contractuel reposant sur ce que les parties ont voulu et non sur ce que les parties auraient dû vouloir.* »

966. – Il convient d'approuver la reconnaissance jurisprudentielle d'une telle liberté contractuelle. Le contrôle du dédit n'a pas à avoir lieu dans le cadre de sa validité, mais bien dans le cadre de sa mise en œuvre.

## 2. Le droit de se dédire : un droit non arbitraire

967. – **La difficile preuve de la mauvaise foi.** Le dédit, droit discrétionnaire, n'est pas dépourvu de garde-fou. Assez tôt, la Haute Juridiction a eu recours à la notion de bonne foi comme limite à l'exercice du droit de se dédire. Dès 1976, la Cour de cassation<sup>124</sup> sanctionnait le dédit exercé de mauvaise foi : « *La faculté de se dédire ayant été exercée de mauvaise foi, ce dédit ne pouvait produire aucun effet juridique* ».

La difficulté tient à la preuve de la mauvaise foi qui doit encore être rapportée par la partie subissant le dédit<sup>125</sup>. Or, le dédit n'ayant pas à être motivé, une telle exigence pourrait paralyser toute sanction.

968. – **Le recours à l'abus de droit ?** La doctrine a tenté d'utiliser la notion d'abus de droit pour que la charge de la preuve soit moins lourde. Pour J.-J. Taisne<sup>126</sup> « *bien que l'expression n'ait pas été employée, c'est l'utilisation abusive du dédit qui se trouve ici sanctionnée.* ». Selon cet auteur, cet arrêt de 1976 aboutit nécessairement à un contrôle des motifs du dédit. Il relève que « *l'évolution actuelle*

<sup>120</sup> P. Peloux-Halbout, *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, Thèse 1997 p. 141 à 146.

<sup>121</sup> D. Roets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997 Chron. p. 92.

<sup>122</sup> W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701 n°12.

<sup>123</sup> Ph. Delebecque, « La bonne foi contractuelle : quid novi sub sole ? », *RCD* 2008 n°46 p. 6.

<sup>124</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976 n°75-10.854 Bull. n°199, *D.* 1978 269, *Defrénois* 1977 31.350 n°37.

<sup>125</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 fév. 2000 n°98-17.860.

<sup>126</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976 n° 75-10.854, *D.* 1978 p. 271.

tend à faire prévaloir les principes supérieurs de moralité et d'ordre public sur les intérêts égoïstes des titulaires de droits subjectifs en général et de prérogatives contractuelles en particulier. »<sup>127</sup>

J. Rochfeld<sup>128</sup> considère que cette faculté de dédit « doit reposer sur la prise en considération de l'intérêt du cocontractant ».

De telles considérations tendent à restreindre la portée discrétionnaire du droit de se dédire. Or, la Cour de cassation<sup>129</sup> rappelle 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 des obligations convenues entre les parties. »

Une telle jurisprudence rappelle les limites de la justice contractuelle fondées sur la force obligatoire du contrat consenti.

969. – **Analyse.** Pour Ph. Delebecque<sup>130</sup>, il convient de distinguer les droits, intangibles et soumis à la force obligatoire qui échappent au pouvoir judiciaire et l'exercice de ces droits soumis au contrôle du juge : « Ce n'est pas la validité des prérogatives contractuelles qui est en cause, mais bien leur mise en œuvre. » « Faire le départ entre ce qui relève de la substance des droits et des obligations des parties et ce qui concerne leurs prérogatives n'est pas chose facile. »

Il convient d'approuver cette jurisprudence conforme à la nature même du dédit. Aucune obligation de motivation ne doit être imposée sauf à dénaturer le dédit. Il appartiendra à celui qui se prévaut de la mauvaise foi de son partenaire d'en apporter la preuve par tout moyen notamment par un faisceau d'indices. Si le dédit peut être exercé pendant la période d'exécution du contrat, de fausses promesses quant à la pérennité de la relation contractuelle pourraient constituer un élément de preuve. Le contexte contractuel sera déterminant. Les écrits de toute nature dont les emails peuvent également être utilisés dans le débat judiciaire afin d'attester du climat d'échanges entre les parties.

970. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat peut ici intervenir en rappelant l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre du dédit.

#### ■ Exemple :

« Aucune motivation n'est obligatoire, cependant [chacune des parties / la partie bénéficiaire] s'engage[nt] à exercer son droit de se dédire de bonne foi. »

971. – Le rédacteur de contrat peut également suggérer aux parties le respect d'un formalisme minimal : préavis, information par lettre recommandée avec accusé de réception en sont des éléments.

#### ■ Exemple :

« Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception [moyennant le respect d'un préavis de x mois] comprenant le paiement de l'indemnité de dédit. Il produira effet uniquement si l'indemnité de paiement a été payée [un mois après la première présentation par les services postaux du courrier recommandé]. En l'absence de paiement de l'indemnité de dédit, le dédit ne produira aucun effet et le contrat restera en vigueur entre les parties. »

<sup>127</sup> J.-J. Taisne, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976 n° 75-10.854, *D.* 1978 p. 272.

<sup>128</sup> J. Rochfeld, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 747 n°18.

<sup>129</sup> Cass. com. 10 juill. 2007 n°06-14.768 Bull. n°188, *JCP G* 2007 II n° 10154 obs. D. Houtcief.

<sup>130</sup> Ph. Delebecque, « La bonne foi contractuelle : quid novi sub sole ? », *RDC* 2008 n°46 p. 7.

972. – Le dédit, s'il est un droit discrétionnaire, a son exercice limité par la mauvaise foi<sup>131</sup>. Dès lors que la difficulté probatoire est dépassée, la jurisprudence se montre particulièrement sévère.

### ***B. Les sanctions de la mauvaise foi dans l'exercice du droit de se dédire***

973. – **Sévérité judiciaire.** Une fois tous les obstacles surmontés pour limiter les effets du dédit, la partie subissant le dédit pourra obtenir une indemnisation de son préjudice sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'auteur du dédit (1). Bien plus encore, elle verra survivre le contrat et la relation contractuelle maintenue. Elle pourra prétendre à l'exécution pleine et entière du contrat comme si le dédit n'avait jamais eu lieu (2).

#### ***1. Mauvaise foi et dédit : responsabilité contractuelle***

974. – **Sanction financière.** La mise en œuvre de mauvaise foi de la clause de dédit a pour première conséquence d'engager la responsabilité contractuelle de son auteur. Celui-ci pourra dès lors être tenu au paiement de dommages et intérêts au profit de la partie subissant le dédit.

Les parties pourraient tout à fait prévoir la rédaction d'une clause pénale sanctionnant un tel comportement.

La véritable sanction de la mise en œuvre de mauvaise foi du dédit n'est cependant pas financière, mais bien dans le maintien forcé du contrat.

#### ***2. Mauvaise foi et dédit : paralysie du dédit***

975. – **Maintien forcé du contrat.** À la différence de la clause résolutoire pour laquelle le juge refuse tout maintien forcé du contrat<sup>132</sup>, la jurisprudence n'hésite pas à paralyser le dédit mis en œuvre de mauvaise foi. Ainsi, lorsque le droit de se dédire est exercé de mauvaise foi, la jurisprudence prive d'effet purement et simplement le dédit. Le contrat est considéré comme maintenu entre les parties. La Cour de cassation<sup>133</sup> décide donc du maintien forcé du contrat.

976. – **Critiques.** Certains auteurs soulignent que le manquement à l'obligation de loyauté caractérise une faute qui engage la responsabilité contractuelle de son auteur. La sanction ne devrait donc pas être « *la neutralisation de l'exercice d'un droit contractuel* »<sup>134</sup> comme la jurisprudence se plaît à l'appliquer, mais l'octroi de dommages et intérêts.

Malgré ces critiques, la jurisprudence maintient sa position.

Une telle solution apparaît d'une particulière sévérité. Elle est la contrepartie nécessaire aux faveurs par ailleurs accordées au dédit. Cette solution rétablit une justice contractuelle au profit de la partie subissant le dédit.

977. – **Critique.** Cependant, une telle solution ne fait que retarder la rupture du contrat : si une partie souhaite sortir du contrat, elle trouvera une échappatoire en usant d'un moyen ou d'un autre.

<sup>131</sup> L. Boyer, *Contrats et Conventions*, Lamy Droit des contrats, n°215.

<sup>132</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 «2. La sanction judiciaire du maintien forcé du contrat», page 215

<sup>133</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976 n°75-10.854 Bull. no199, *Defrénois* 1977 p. 476 note J.-L. Aubert ; *D.* 1978 jur. p. 269 note J.-J. Taisne ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 fév. 2000 n°98-17.860, *RTD civ.* 2000 p. 564 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>134</sup> L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, « Attaquer la force contractuelle : ce qu'on et ce qu'on ne peut pas faire », *D&P* 2007 n°162 p. 82 et s. spé. p. 94-95.



Il eut été préférable de ne prononcer le maintien forcé du contrat que sur la demande de la partie ayant subi le dédit et de prononcer une exécution forcée, par équivalent le cas échéant. La solution de la jurisprudence, pour juste qu'elle paraisse, n'en est pas pourtant réaliste.

Si le dédit n'est pas limité par la jurisprudence dans l'admission de son mécanisme et de ses effets, son exercice de mauvaise foi est lourdement sanctionné par le maintien forcé du contrat. Cette sanction s'affirme comme la contrepartie de l'admission d'un droit discrétionnaire.

978. – **Rédaction.** La rédaction d'une clause de dédit exige donc d'être précis et rigoureux.

### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La rédaction de la clause de dédit à titre onéreux est comparable à la rédaction d'une clause de dédit à titre gratuit. Les mêmes remarques peuvent être formulées. Le rédacteur de contrat devra en outre être particulièrement vigilant quant à la stipulation de l'indemnité de dédit. Il devra notamment s'intéresser :

- au montant de l'indemnité de dédit ;
- aux modalités de calcul et de révision de l'indemnité de dédit ;
- aux modalités de paiement de l'indemnité de dédit.

#### ■ Clause de dédit à titre onéreux :

*Aucune motivation n'est obligatoire, cependant chacune des parties / la partie bénéficiaire s'engage[nt] à exercer son droit de se dédire de bonne foi.*

*Le droit de se dédire est consenti moyennant le paiement d'une somme forfaitaire non révisable d'un montant de x euros, montant consenti librement par chacune des parties.*

*L'indemnité de dédit est distincte de toute autre somme liée à l'exécution du contrat et aux éventuelles restitutions.*

*Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant le respect d'un préavis de x mois comprenant le paiement de l'indemnité de dédit. Il produira effet uniquement au moment du paiement de l'indemnité un mois après la première présentation par les services postaux du courrier recommandé. En l'absence de paiement de l'indemnité de dédit, le dédit ne produira aucun effet et le contrat restera en vigueur entre les parties.*

*Lors de la mise en œuvre du dédit, les parties s'engagent à négocier les restitutions subséquentes. Les restitutions s'exécuteront par équivalent. En cas de désaccord entre les parties, celles-ci s'engagent à nommer un expert dont les frais seront payés par moitié par chacune des parties. / Le dédit ne pouvant être exercé qu'avant toute exécution du contrat, il n'y aura pas lieu à restitution. »*

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 2

979. – **Faveur judiciaire versus réticences doctrinales.** Le législateur ne s'est pas plus intéressé à la clause de dédit qu'aux autres mécanismes de fin de contrat. Il fait usage du dédit dans des cas spécifiques comme un moyen de rétablir la justice contractuelle, mais laisse aux magistrats le soin de définir la notion et le régime du dédit. Dans le silence du législateur, les magistrats font preuve d'une étonnante souplesse quant à l'admission d'un tel mécanisme. Toutes les tentatives doctrinales pour limiter ce droit de mort sur le contrat ont échoué. La seule limite de ce mécanisme est la mauvaise foi de l'auteur du dédit, mauvaise foi confrontée à une difficulté probatoire évidente. Pour autant, la preuve de la mauvaise foi est lourdement sanctionnée par le maintien forcé du contrat.

980. – **Généralisation.** Clause en pleine expansion, elle est appelée à se développer dans la pratique et notamment en droit des sociétés sur le modèle du droit anglo-saxon. Le rédacteur de contrat doit être particulièrement vigilant : la liberté dont il dispose l'oblige à adapter au plus près la clause à la spécificité de la relation contractuelle et à anticiper tant les conditions de fond que de forme du dédit ainsi que l'ensemble de ses effets.

## CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 2

« *Rupture — Mieux vaut vive cassure que lents pourrissements.* »

*Nathalie Clifford Barney, Souvenirs indiscrets, 1960*

981. – **Rupture imposée.** Au cours de l'existence du contrat, la rupture s'impose aux parties par le cours des événements. Le contrat se rompt par le jeu de la condition résolutoire ou de la clause de caducité.

La rupture s'impose encore au partenaire par la volonté d'une seule partie qui retire son consentement au cours de l'exécution du contrat par le jeu du dédit.

Ces mécanismes de rupture pour anciens que certains puissent être tendent à s'émanciper de la nullité et de la résolution pour faute et à gagner en importance. Le praticien voit se présenter de nouvelles opportunités pour pouvoir dévitaliser un lien contractuel en cours d'exécution soit en tenant compte du cours des événements soit par le biais de la volonté unilatérale.

Ces mécanismes sont largement admis par la jurisprudence du fait de leur contractualisation. La liberté contractuelle permet ici de livrer le sort du contrat à la volonté des parties qui se saisissent des possibilités d'extinction du contrat.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

« *Quand on veut rompre, on écrit, pour annoncer la rupture* »

*Simone de Beauvoir, Le deuxième sexe, 1949*

982. – **Rompre son contrat, mode d'emploi.** La pratique s'est emparée du pouvoir de rompre le contrat. Faisant fi des mécanismes naturels de fin de contrat, le rédacteur de contrat dispose d'un panel de mécanismes contractuels aux effets extinctifs.

Tout l'enjeu réside dans la mise en œuvre de ces mécanismes qui vont permettre aux parties de sortir du contrat sans avoir recours au pouvoir judiciaire.

Ainsi, la question n'est plus : « une partie peut-elle rompre son contrat ? », mais bien : « sur quel fondement rompre le contrat ? ».

Le fondement peut être :

- l'inexécution fautive par le jeu de la clause résolutoire ;
- le retrait de consentement par le jeu de la clause de dédit ;
- la survenance ou la non-survenance d'un événement incertain par le jeu de la condition résolutoire ;
- la disparition d'un élément essentiel en cours de contrat par le jeu de la clause de caducité.

Ainsi, les parties doivent-elles s'intéresser à la mise en œuvre de ces prérogatives contractuelles. Une véritable procédure de rupture est aujourd'hui à prévoir par le rédacteur de contrat.

983. – **Contrepartie : responsabilité.** À cette grande liberté dont s'est emparée la pratique, la jurisprudence a répondu par le jeu de la responsabilité. Rompre son contrat est aujourd'hui plus facile qu'hier, mais aussi plus risqué. Le juge contrôle la mise en œuvre des prérogatives contractuelles et tout manquement peut entraîner une sanction judiciaire pour la partie auteur de la rupture.

Il convient de faire preuve de la plus grande vigilance lorsque la partie use de son droit de rompre le contrat, et ce, quel qu'en soit le fondement.

---

**PARTIE 3 :**  
**LES RÉMINISCENCES DU LIEN CONTRACTUEL**

---

## INTRODUCTION

« *Après la mort, la vie reparait sous une autre forme, et avec des propriétés nouvelles* ».

*Louis Pasteur*

984. – **Après-contrat.** L'après-contrat couvre l'extinction du contrat qui peut prendre plusieurs formes :

- l'extinction naturelle du contrat soit par l'arrivée du terme extinctif, soit par l'exécution du contrat soit encore par l'exercice du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ;
- l'extinction imposée par l'une des parties au contrat soit au titre de l'exercice d'un pouvoir de sanction soit de l'expression d'une volonté unilatérale ;
- l'extinction consentie par les deux parties du fait d'une stipulation contractuelle.

L'extinction du contrat ne signifie pourtant pas la fin du lien contractuel. À la suite de cette extinction, s'ouvre la période post-contractuelle durant laquelle il revient aux parties d'assumer les conséquences de la cessation du contrat pour l'avenir. La période post-contractuelle donne ainsi naissance à de nouvelles obligations qualifiées par la doctrine d'obligations post-contractuelles. Elles ont pour objectif de liquider le passé contractuel en préparant l'avenir. Ces obligations ne sont plus tout à fait le contrat, mais reste le contrat.

Si le législateur ne s'y est pas ou peu intéressé, la jurisprudence ne leur témoigne pas de bienveillance. Bien au contraire, ces obligations sont nées de la pratique et n'ont pas été pensées par le juriste. Il en ressort un vide juridique laissant une large place à la volonté des parties.

985. – **Plan.** Les obligations post-contractuelles sont nombreuses et variées. Pourtant, dans le silence du législateur et l'hostilité des juges, elles peinent à trouver leur justification théorique (**Titre 1**).

Parmi ces obligations, deux ce sont affirmées comme des clauses incontournables : l'obligation de confidentialité et l'obligation de non-concurrence (**Titre 2**).



---

**TITRE 1 :**  
**UN PRINCIPE : LA SURVIE TEMPORAIRE DES OBLIGATIONS**  
**POST-CONTRACTUELLES**

---

(TITRE 2 : DES CAS PARTICULIERS : LE MAINTIEN DURABLE DES OBLIGATIONS POST-CONTRACTUELLES)

**INTRODUCTION**

*« Je ne crois pas à une autre survie, que celle dans la mémoire des hommes »*

*André Gide, Journal, 1943, p. 223*

986. – **Effet limité de l’extinction du contrat.** L’extinction du contrat n’est pas l’extinction de la relation contractuelle. Elle n’est que le commencement d’une autre phase de la relation entre les parties : survivent aux contrats les obligations post-contractuelles.

Certaines traitent de l’avenir : chacun des anciens partenaires cherchant à retrouver sa pleine et entière liberté. Certaines traitent du passé : chacun des anciens partenaires cherchant à faire le bilan. Pour pouvoir se séparer, il convient encore de liquider le passé contractuel et de préparer l’avenir. La fin du contrat n’est donc pas un point mathématique précis séparant la vie juridique de la mort juridique. Bien au contrat, la fin du contrat s’inscrit bien souvent dans la durée. Cette survie d’un filament du lien contractuel n’est pas sans soulever de difficultés théoriques.

987. – **Absence de théorisation.** En effet, cette période de temps qui s’ouvre après l’acte de rupture du contrat, n’a pas intéressé le législateur. La persistance des obligations post-contractuelles à l’extinction du contrat relève de la pratique sans qu’aucun fondement juridique n’ait été donné ou même pensé. De-ci, de-là, quelques justifications éparses apparaissent — comme pour le principe d’autonomie de la clause compromissoire — sans que jamais aucune construction doctrinale n’ait été adoptée.

988. – **Plan.** Il relève du constat empirique que le contrat rompu fait l’objet d’un maintien partiel (**Chapitre 1**). Le rédacteur de contrat doit organiser ce maintien partiel du contrat par le biais de diverses stipulations (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : L’AFFIRMATION DU MAINTIEN PARTIEL DU CONTRAT ROMPU

(CHAPITRE 2 : L’ORGANISATION DU MAINTIEN PARTIEL DU CONTRAT ROMPU)

## INTRODUCTION

« *Tout est dans la fin.* »

*Gérard de Nerval, L’Artiste, 13 mai 1855.*

989. – **Extinction du contrat.** La fin du contrat est-ce la fin de toute relation entre les anciens partenaires ? Ceux-ci ont conclu un avant-contrat avant de concrétiser leur accord par une convention qu’ils ont fini d’exécuter, bien ou mal dans un temps donné plus ou moins long. Est-ce à dire que chacun se sépare faisant fi du passé contractuel ? Rompre un contrat n’emporte pas anéantissement de tout contenu obligationnel.

990. – **Survivance.** En effet, l’extinction du contrat n’est pas synonyme de l’achèvement de la relation contractuelle. Que reste-t-il du lien contractuel ? La nouvelle relation qui peut se nouer dépend des circonstances de l’extinction du contrat : celui-ci a-t-il pris fin dans le conflit ou dans la bonne entente des anciens partenaires ? En doctrine, il est admis que survivent à la mort du contrat, les obligations post-contractuelles. S’ouvre une période intermédiaire entre les parties qui n’est plus le contrat, mais qui n’est pas non plus détachée des relations contractuelles passées. On parle de la période de l’après-contrat. De même que le couple parental survit au couple, survit au contrat l’après-contrat.

991. – **Fondement ?** Si le principe de la survie des obligations post-contractuelles est admis, celui-ci interroge quant à son fondement.

Certains parlent d’effet résiduel du contrat<sup>1</sup> ; d’autres parlent de résonance du contrat éteint<sup>2</sup>. L’affirmation du maintien partiel du contrat rompu peine à trouver sa justification théorique et sa consécration jurisprudentielle. Le législateur est là encore absent. Ces questions sont essentielles pour le rédacteur de contrat chargé d’assurer l’efficacité des obligations post-contractuelles. Il doit s’assurer que même si le contrat est éteint, certaines de ses obligations lui survivent, et ce, quelle que soit la cause d’extinction du contrat.

Dès lors apparaît une distinction entre le contenant et le contenu — entre le contrat et les obligations qui le composent (**Section 1**). Confronté à de véritables incertitudes jurisprudentielles, il serait souhaitable que les obligations post-contractuelles acquièrent une forme d’autonomie puisqu’elles vont survivre dans le temps à un contrat éteint (**Section 2**).

<sup>1</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°3.

<sup>2</sup> L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. n°450.

## SECTION 1 : DISTINCTION ENTRE LE CONTENANT ET LE CONTENU

(SECTION 2 : VERS UN PRINCIPE D'AUTONOMIE DES CLAUSES POST-CONTRACTUELLES ?)

992. – **Extinction du contrat ou des obligations ?** Le Code civil ne traite pas de l'extinction du contrat, mais de l'extinction des obligations — et pour cause. La rupture du contrat soulève de nombreuses interrogations quant à ses conséquences entre les parties et envers les tiers. En effet, l'extinction du contrat n'est que limitée. Le contrat mort produit toujours des effets dont les caractéristiques sont leur diversité et leur multitude.

Les anciens partenaires héritent d'un patrimoine à partager que sont les obligations post-contractuelles. S'affirme dès lors une distinction entre le support juridique et le contenu de ce support. Le sort des obligations post-contractuelles n'est pas scellé par l'extinction du contrat. Il appartient au rédacteur de contrat de prévoir une sorte de testament régissant ce qui survit à la mort du contrat. La tâche est ardue : dans le silence du législateur, l'après-contrat est livré à l'appréciation des magistrats. Or, la jurisprudence ne consacre pas de régime clair.

993. – **Relation contractuelle.** Là encore, la notion de « relation contractuelle » trouve un intérêt certain pour justifier la pérennité des obligations post-contractuelles. Les anciens partenaires ne deviennent pas étrangers l'un pour l'autre. Ils conservent une relation. Cette notion vient ici supplanter celle de contrat. Après le contrat, des relations perdurent entre les parties. Mais quelles relations ?

La mort du contrat apparaît être une réalité des plus relatives (§1). La survie du contenu du contrat peine cependant à trouver un véritable fondement (§2).

### §1. La mort du contenant : une réalité relative

994. – **Avenir post-contractuel emprunt du passé contractuel.** Le temps du contrat est passé. Les parties reprennent leur liberté. Elles ont mis fin ensemble ou séparément à leur lien. Rompre un contrat à de multiples visages, le droit offrant différents moyens.

Cette variété de mode de rupture du contrat permet aux parties de poursuivre leur existence sans leur ancien partenaire (A). Pourtant, cette réalité de la rupture est à tempérer à de nombreux égards (B). L'avenir de chacun des anciens contractants est entaché par ce passé contractuel. Le contrat a ses réminiscences que ne peuvent ignorer les parties et que le rédacteur de contrat ne doit pas ignorer davantage.

#### *A. La fin du contrat : quelle rupture ?*

995. – **Différentes causes d'extinction du contrat.** Évoquer la rupture du contrat ne recouvre pas qu'une seule réalité. Il existe de nombreux modes de rupture du contrat à la disposition des parties (1). Le Code civil liste les causes d'extinction de l'obligation sans réelle théorisation. La doctrine a alors proposé différentes classifications des causes d'extinction du contrat (2).

## 1. Les causes légales d'extinction

996. – **Loi.** Le législateur ne traite que des modes d'extinction des obligations qui par extension peuvent être transposés au contrat. L'article 1234 du Code civil liste les causes d'extinction des obligations : « *Les obligations s'éteignent : par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.* »

Il s'agit d'une liste énumérative éparse. De plus, cet article s'intéresse aux obligations et non au contrat faisant preuve d'un manque de théorisation évident de la fin de contrat.

La doctrine a donc tenté de pallier le silence regrettable du législateur.

## 2. Les classifications doctrinales des causes d'extinction

997. – La doctrine propose différentes classifications permettant de distinguer selon les modes de rupture.

998. – **Causes classiques/exceptionnelles.** Certains auteurs<sup>3</sup> proposent de classer les causes d'extinction selon qu'elles soient classiques ou exceptionnelles :

- les causes classiques d'extinction du contrat seraient : l'arrivée du terme extinctif, la résiliation unilatérale ou contractuelle ;
- les causes exceptionnelles d'extinction du contrat seraient : la caducité, la force majeure, l'annulation et la résolution judiciaire ou unilatérale inhérentes aux parties.

999. – **Effet immédiat/rétroactif.** A. Etienney<sup>4</sup> distingue quant à lui entre l'épuisement, l'expiration et l'anéantissement du contrat. Cette classification lui permet de distinguer selon les effets de la rupture<sup>5</sup> :

- effet immédiat de la rupture concernant l'épuisement et l'expiration du contrat ;
- effet rétroactif de la rupture concernant l'anéantissement du contrat.

1000. – **Critiques.** Ces classifications ne permettent cependant pas de percevoir la réalité de la diversité des mécanismes de rupture. Plus que de classer selon les effets de la rupture ou les causes exceptionnelles ou classiques, il convient de s'intéresser à l'origine des causes de la rupture.

Les mécanismes de rupture du contrat peuvent être distingués de la manière suivante :

- la rupture par exécution du contrat : arrivée du terme extinctif, paiement ;
- la rupture détachée de toute notion de faute : le dédit, la condition résolutoire, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, le *mutuus dissensus* ou encore la caducité ;
- la rupture sanctionnée par la résolution pour faute qu'elle soit judiciaire ou extrajudiciaire.

1001. – **Rédaction.** Ces classifications intéressent le rédacteur de contrat obligé d'anticiper ces différents modes de rupture et d'inviter les parties à réfléchir à leurs conséquences sur l'après-contrat. La portée de la rupture du contrat doit être modérée : rompre son contrat n'est pas cesser toute relation avec son partenaire.

<sup>3</sup> M.-E. Andre, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, « L'après-contrat », *RJD civ.* 2005 863.

<sup>4</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat-Les causes*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 175.

<sup>5</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°1.

## ***B. Les tempéraments de la rupture du contrat***

1002.– **Rompreson contrat n'est pas cesser toute relation.** Parler de rupture du contrat semble avoir une portée absolue : les parties se quittent pour ne plus se revoir. En pratique, il n'en est rien. La portée de la rupture du contrat doit être tempérée à plusieurs titres : il arrive que les parties poursuivent leur relation (1). Même si l'exécution du contrat prend effectivement fin, certaines obligations survivent pour assurer la pérennité des effets du contrat (2). Enfin, des clauses d'avenir peuvent avoir été conclues<sup>6</sup> (3).

### ***1. Poursuite des relations contractuelles***

1003.– **Tacite reconduction**<sup>7</sup>. Bien que le contrat ait pris fin, il arrive que les parties poursuivent l'exécution des obligations principales et accessoires qui faisaient l'objet du contrat éteint. La jurisprudence considère alors que s'opère une tacite reconduction judiciaire<sup>8</sup> sauf volonté contraire des parties soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>9</sup>.

1004.– **Contrat créé de fait**<sup>10</sup>. Lorsque les parties ont exclu la reconduction par une manifestation de volonté au terme du contrat ou par une clause de non-reconduction, la poursuite de l'exécution du contrat éteint peut être qualifiée de contrat créé de fait dont la principale caractéristique est la précarité de la situation ainsi créée. La jurisprudence<sup>11</sup> donne une portée à cette volonté de précarité entre les parties qui les soustrait au respect d'un préavis en cas de rupture, et ce malgré l'existence d'un contrat initial<sup>12</sup>.

1005.– **Analyse.** Que ce soit au travers de la tacite reconduction judiciaire ou d'un contrat créé de fait à titre précaire, il n'en demeure pas moins que la poursuite de la relation entre les parties ne saurait être pensée indépendamment du contrat initial éteint. La relation contractuelle porte l'emprunte du contrat initial et ne se comprend que par la confrontation à ce passé contractuel. Ainsi, le contrat initial sert de grille de compréhension au nouveau contrat dont le régime de la rupture est allégé. Vouloir analyser séparément les contrats ne permet pas de comprendre la relation contractuelle vécue par les parties.

1006.– L'extinction du contrat initial a dès lors une portée toute relative que les parties ne sauraient ignorer. Cette portée relative vaut également lorsque les parties cessent leur relation.

---

<sup>6</sup> J. Mestre, *Les clauses d'avenir*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 161.

<sup>7</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 «Les clauses de reconduction versus la tacite reconduction», p. 137.

<sup>8</sup> Cass. com. 6 fév. 2001 n°97-19.190, *JCP G* 2001 I n°370 obs. A. Constantin ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413, *RJDC* 2005/25 n°1012 obs. F. Buy ; *CCC* 2002 comm. 43 obs. L. Leveneur ; *RJD civ.* 2006 p. 114 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>9</sup> J. Mestre et B. Fages., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413, *RJD civ.* 2006 p. 114.

<sup>10</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 2 Chapitre 2 «Le contrat créé de fait.», p. 138.

<sup>11</sup> Cass. com. 9 janv. 1985 n°83-15-272 Bull. n°22 ; Cass. com. 17 nov. 1992 n°90-20.039 Bull. n°356.

<sup>12</sup> Cass. com. 8 déc. 1987 n°86-13.843 ; Cass. com. 10 juill. 2011 n°97-19.075.

## 2. Cessation des relations, mais poursuite des obligations de responsabilité

1007.– « **Pathologie de l'exécution** ». Généralement, lorsque le contrat est rompu, les parties cessent d'exécuter l'objet du contrat. Cependant, cela ne veut pas dire que toutes obligations du contrat cessent d'être exigibles. La doctrine parle tantôt de survie des « *obligations visant à assurer la pérennité de ce résultat économique* »<sup>13</sup> obtenu par l'exécution du contrat éteint tantôt de « *pathologie de l'exécution* »<sup>14</sup>.

Survivent à l'extinction du contrat les garanties légales que sont : la garantie d'éviction du fait d'un tiers et du fait personnel<sup>15</sup>, la garantie des vices cachés<sup>16</sup>, la garantie de conformité<sup>17</sup>.

Plus généralement, survivent au contrat toutes les causes de responsabilité contractuelle. P. Le Tourneau<sup>18</sup> relève que la responsabilité contractuelle est un effet indirect du contrat qui se substitue aux effets normaux. En effet, « *L'extinction du contrat n'a pas d'effet libératoire* »<sup>19</sup> envers le passé contractuel. Les causes de responsabilité ou de garanties légales ne sauraient disparaître avec le contrat.

1008.– **Rédaction.** Le rédacteur de contrat<sup>20</sup> peut prévoir des clauses de responsabilité visant à limiter ou à augmenter les garanties légales et la responsabilité contractuelle, stipuler des clauses d'indemnisation et des clauses pénales. Ces clauses ont vocation à survivre à l'extinction du contrat sans qu'il soit besoin de le préciser au contrat. « *Le contrat passé ne va pas sans des conséquences traquant à certains égards son opposabilité dans le futur.* »<sup>21</sup>

Ces clauses ont pour effet de solder le passé contractuel : l'heure est à faire les comptes entre les parties afin de s'assurer de la préservation de l'équilibre contractuel convenu. La responsabilité contractuelle a vocation à rétablir l'équilibre rompu entre l'exécution des obligations des parties. La cause de la rupture s'imisce ici dans les rapports de l'après-contrat : selon que l'inexécution soit fautive ou résulte d'un cas de force majeure, les conséquences indemnitaires ne seront pas similaires entre les parties.

La portée de l'extinction du contrat est ici largement érodée : la rupture du contrat ne fait pas disparaître le passé bien au contraire, elle ouvre une période de continuation des effets du contrat échoué. Ces obligations sont une réminiscence du contrat.

1009.– Outre ces obligations, il arrive que les parties lient l'extinction du contrat à la naissance de nouvelles obligations.

<sup>13</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°10.

<sup>14</sup> L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. n°450.

<sup>15</sup> Art. 1626 et s. C. civ.

<sup>16</sup> Art. 1641 et s. C. civ.

<sup>17</sup> Art. L. 211-4 C. conso.

<sup>18</sup> Ph. Le Tourneau, *Responsabilité civile*, Rép. civ. D. n°460.

<sup>19</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°8.

<sup>20</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 «L'indemnisation du passé contractuel : le prix de la rupture», p. 356.

<sup>21</sup> L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. n°450.



### 3. Cessation des relations et naissance de nouvelles obligations

1010.– **Clauses d’avenir.** L’extinction du contrat peut donner naissance à l’exigibilité de clauses dites d’avenir<sup>22</sup>. Ainsi, les parties ne se contentent pas de préserver l’efficacité du passé contractuel, mais créent de nouvelles obligations pour l’avenir hors cadre contractuel. Les deux principales clauses d’avenir sont la clause de confidentialité<sup>23</sup> et la clause de non-concurrence<sup>24</sup>.

1011.– **Responsabilité post-contractuelle.** L’extinction du contrat donne donc naissance à de nouvelles obligations post-contractuelles. Certains auteurs arguent de la naissance d’une responsabilité post-contractuelle<sup>25</sup>. Cette notion de responsabilité post-contractuelle émane directement de la notion d’après-contrat et d’obligations post-contractuelles. Elle ne traduit pas un nouveau genre de responsabilité, mais permet de relier l’après-contrat au contrat éteint. Cette affirmation contribue à consacrer un régime de l’après-contrat qui peine encore aujourd’hui à s’inscrire dans le paysage juridique.

Pour autant, elle ne saurait faire oublier que les obligations post-contractuelles et la responsabilité qui l’accompagne sont encore le contrat même si le contrat est éteint<sup>26</sup>.

1012.– **Rédaction.** Le rédacteur de contrat devra veiller à bien identifier les clauses d’avenir et leur vocation post-contractuelle. Effectivement, leur effet dépend de la clarté de la rédaction. Il incombe au rédacteur de contrat une réelle responsabilité, à charge pour les parties de bien penser à l’après-contrat, et ce dès la période précontractuelle. Il est possible cependant d’aménager l’après-contrat à tout moment avant l’extinction du contrat.

1013.– **Conclusion.** Les parties qui ont éteint leur contrat n’en ont pas pour autant fini de leur relation contractuelle. Elles peuvent même venir l’enrichir par le biais de nouvelles obligations. La rupture du contrat n’est donc pas la fin de l’histoire, mais le début d’un nouveau chapitre entre les anciens partenaires. La survie du contenu du contrat appelle à trouver son fondement.

## §2. La survie du contenu : un principe à justifier

1014.– **Quel fondement ?** L’affirmation de la survie des obligations post-contractuelles à l’extinction du contrat relève du pur constat, mais n’en fournit pas pour autant de fondement. Dans le silence de la loi, la doctrine est force de proposition. Pour autant, la lecture de la jurisprudence ne permet pas de dégager un principe clair et unifié qui serait consacré.

Il est possible de dessiner les contours de la position jurisprudentielle en distinguant selon que la rupture du contrat ait un effet immédiat : la rupture joue alors comme un terme suspensif des obligations post-contractuelles (A) ou selon que la rupture du contrat ait un effet rétroactif (B). Dans

---

<sup>22</sup> J. Mestre, *Les clauses d’avenir*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 161.

<sup>23</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 «Chapitre 1 : La confidentialité», p. 385.

<sup>24</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 2 «Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle», p. 426.

<sup>25</sup> C. Le Stanc, « Existe-t-il une responsabilité post-contractuelle ? », *JCP É* 1978 I 12735 n°27 ; M. Fontaine, « Les obligations « survivant » au contrat dans les rapports internationaux », *DPCI* 1984.7.

<sup>26</sup> J.-C. Saint-Pau, *Droit à réparation, Condition de la responsabilité contractuelle*, JCL Civ. Code Fasc. 11-10 1146-1155 n°25.

ce contexte, la reconnaissance des obligations post-contractuelles peine à s'affirmer confrontée à la fiction juridique de la rétroactivité.

### ***A. L'effet immédiat de la rupture, terme suspensif des obligations post-contractuelles***

1015. – **Rupture immédiate.** Le contrat prend fin immédiatement dès lors que la fiction juridique de la rétroactivité est écartée : toutes les formes de rupture sont à considérer exception étant faite de la nullité et de la résolution pour faute des contrats à exécution instantanée.

1016. – **Survivances des obligations post-contractuelles.** Les obligations post-contractuelles appelées à survivre à l'extinction du contrat sont les suivantes :

- les obligations de responsabilité contractuelle : clause pénale, clause d'indemnisation, clause limitative ou évasive de responsabilité ;
- les obligations de garantie : garantie d'éviction, garantie des vices cachés, garantie de conformité, responsabilité du fait des produits défectueux ;
- les obligations de restitutions ;
- les conventions accessoires<sup>27</sup> telles que la convention de garantie de passif et/ou d'actifs ;
- les clauses dites « *ad hoc* » non stipulées par les parties qui répondent à l'impératif de bonne foi comme l'obligation de loyauté<sup>28</sup> ;
- les clauses d'avenir<sup>29</sup> comprenant les clauses de non-concurrence et assimilées, les clauses de confidentialité et assimilées ;
- les clauses attributives de compétence : la clause compromissoire, la clause de médiation, la clause attributive de compétence territoriale ou la clause de conciliation.

L'enjeu est de consacrer leur fondement juridique. Il apparaît fondé sur la force obligatoire du contrat éteint (1). Une analogie entre le droit commun de la rupture du contrat et l'extinction d'une société permet d'apporter un éclairage sur le mécanisme mis en place (2).

#### ***1. La force obligatoire du contrat éteint***

1017. – **Volonté des parties.** Le fondement des obligations post-contractuelles repose dans la volonté des parties formalisée au travers de la force obligatoire du contrat prévu à l'article 1134 du Code civil.

1018. – **Prolongement du contrat éteint.** Le fait que le contrat soit éteint est indifférent : les parties ont entendu faire survivre une partie du contrat à sa disparition. Ainsi, il pourrait être dit que la cessation du contrat est « *une modalité du contrat qui affecte celui-ci dans la durée d'exécution des obligations contractuelles sans mettre en cause son existence même ni les conséquences du contrat.* »<sup>30</sup> L'origine de ces obligations demeure le contrat même s'il n'a plus vocation à s'appliquer dans sa substance. Pour M.-E. André, M.-P. Dumont et Ph. Grignon<sup>31</sup>, il s'agit du « *prolongement* » du

<sup>27</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 oct. 2009, CCC 2010 comm. n° 1 obs. L. Leveneur ; *D.* 2010 p. 480 obs. C. Mouly-Guillemaud.

<sup>28</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat-Effets*, JCL Civil Code Fasc. 176 n°10.

<sup>29</sup> J. Mestre, *Les clauses d'avenir*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 161.

<sup>30</sup> G. Marty, Ph. Jestaz, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations, Tome 2 le régime*, 2<sup>ème</sup> éd. Sirey p. 44 n°46.

<sup>31</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005 p. 25 §3.

contrat. Les parties ne sont plus tenues d'exécuter les obligations essentielles du contrat, mais elles restent liées par des clauses de transition qui ont vocation à gérer l'après-contrat.

Cela revient à admettre que le contrat conserve sa force obligatoire bien qu'il ait pris fin par la volonté des parties.

1019. – **Force obligatoire et contenu obligationnel.** L'article 1134 alinéa 1 du Code civil est le fondement de la force obligatoire. L. Aynès<sup>32</sup> considère qu'il existe un lien indissoluble entre la force obligatoire et les obligations. La force obligatoire est une notion qui ne se conçoit pas en l'absence d'obligations. L'un ne va pas sans l'autre.

Pourtant, la force obligatoire peut se concevoir indépendamment du contenu obligationnel. Ainsi, P. Ancel<sup>33</sup> précise que si toute obligation dépend du contrat la réciproque n'est pas vraie c'est-à-dire que le contrat ne dépend pas des obligations. La force obligatoire est l'effet normatif du contrat. « *Cette dissociation entre la force obligatoire et les obligations contractuelles se révèle de la même manière à la fin de la vie du contrat.* »<sup>34</sup> Le contrat qui a pris fin continue de s'appliquer. Il faut distinguer selon que la cause d'extinction affecte les obligations nées du contrat ou la force obligatoire. Les obligations essentielles et accessoires peuvent s'éteindre sans que la force obligatoire du contrat n'en soit affectée.

1020. – **Critique.** Cette analyse minimise la réalité de la rupture du contrat. Il conviendrait dès lors d'admettre que le contrat n'est éteint que partiellement ; ce n'est pas le contrat qui est éteint dans son ensemble, mais la partie principale du contrat constituée par les obligations principales et accessoires. À proprement parler, nous ne serions pas dans une période post-contractuelle, mais dans la poursuite du contrat partiellement éteint. P. Ancel<sup>35</sup> affirme ainsi « *toutes les clauses du contrat autres que celles qui sont directement relatives aux droits et obligations effacés continuent de s'appliquer.* » Il y aurait donc une distinction à faire selon que les obligations participent à la réalisation de l'objet du contrat ou participent de son extinction. L'acte de rupture a vocation à faire cesser le lien contractuel. La portée de cette volonté ne peut être réduite. La survivance des obligations post-contractuelles est la conséquence de la rupture du contrat ; elle n'est pas la poursuite d'une partie du contrat.

Une telle approche ne rend pas compte de la spécificité du mécanisme : l'objet et la cause du contrat ont bien cessé. Dès lors, il ne peut être soutenu que le contrat perdure sans son objet et sans sa cause. Il s'agit bien d'un contrat éteint qui conserve un impact dans la période post-contractuelle.

La force obligatoire de l'après-contrat résulte de la volonté commune des parties. La théorie de P. Ancel offre un fondement à la survivance des obligations post-contractuelles : la force obligatoire du contrat n'a pas cessé bien que le contrat soit éteint. La volonté des parties perdure au-delà du contrat.

1021. – **Terme suspensif.** L'extinction du contrat constitue le terme suspensif des obligations post-contractuelles. Ainsi, la rupture du contrat est un événement certain, point de départ de l'après-contrat. La commune volonté des parties est un fondement légitime à l'après-contrat qui se suffit à lui-même. L'après-contrat est l'écho du contrat éteint, mais dont l'existence n'est pas remise

---

<sup>32</sup> L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, n°8 et n°34.

<sup>33</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 772.

<sup>34</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 801.

<sup>35</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 804.

en cause. Il est regrettable de concevoir la mort juridique du contrat comme un point instantané figé dans le temps. La mort juridique s'inscrit dans la durée.

1022.– Il s'agit d'une période de liquidation des effets du contrat éteint. Il peut être établi un parallèle avec le régime applicable à la cessation de la société, conçue par le Code civil comme un contrat spécial.

## ***2. Analogie avec le droit des sociétés : dissolution et liquidation***

1023.– **Théorisation de la disparition de la société.** La création de la notion juridique de personnalité morale a entraîné la nécessité de théoriser la disparition de la société de façon à ne pas contrarier le droit des associés et des tiers.

1024.– **Dissolution.** Ainsi, la société prend fin par la dissolution entendue comme l'ensemble des mécanismes décidant de la cessation de l'exploitation de l'objet social<sup>36</sup>. Il s'agit de la décision de rompre l'engagement contractuel entre les associés. Les associés décident de cesser de réaliser l'objet social de la société. Pour autant, la dissolution n'est pas la mort de la société. C'est la fin du contrat entre les associés.

1025.– **Liquidation.** S'ouvre alors une période de liquidation durant laquelle le liquidateur organise la sortie de la société en payant les dettes, résiliant les contrats, recouvrant les créances. La liquidation est définie comme « *l'ensemble des opérations qui, après dissolution d'une société, ont pour objet la réalisation des éléments d'actif et le paiement des créanciers sociaux en vue de procéder au partage entre les associés de l'actif net subsistant* »<sup>37</sup>. Ce n'est donc plus la société dans son objet social qui agit, la loi prévoit la survie temporaire de la personnalité morale pour pouvoir liquider les relations de la société avec les tiers et entre ses associés.

1026.– **Survie de la personnalité morale.** La personnalité morale subsiste pendant les opérations de liquidation<sup>38</sup> et ceux jusqu'à la clôture des opérations de liquidation et l'accomplissement des formalités de publication conduisant à la radiation de la société du registre du commerce et des sociétés<sup>39</sup>. De

---

<sup>36</sup> Art. 1844-7 C. civ. : « *La société prend fin :*  
1° *Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6 ;*  
2° *Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;*  
3° *Par l'annulation du contrat de société ;*  
4° *Par la dissolution anticipée décidée par les associés ;*  
5° *Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;*  
6° *Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ;*  
7° *Par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ;*  
8° *Pour toute autre cause prévue par les statuts. ».*

<sup>37</sup> Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, Droit des affaires, 2010 n°27.500.

<sup>38</sup> Art. 1844-8 al. 3 C. civ. : « *La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci.* » et  
Art. L. 237-2 C. com. : « *La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci.* ».

<sup>39</sup> Art. L. 123-9 al. 1 C. com. : « *La personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son*

jurisprudence constante, il est admis que la personnalité morale survit tant que demeurent des droits et obligations non liquidés<sup>40</sup> et non prescrits<sup>41</sup>.

1027. – **Analogie.** Ainsi, la disparition de la société a lieu en deux étapes différentes : la dissolution, fin du contrat entre associés puis la clôture des opérations de liquidation, mort juridique de la société comme personne morale.

Ce régime pourrait être transposé pour partie aux relations contractuelles : la cessation du contrat est une forme de dissolution du lien contractuel à la suite de laquelle s'ouvre une période de liquidation du passé contractuel et d'exécution des obligations post-contractuelles.

Il convient cependant de souligner que la relation contractuelle n'a pas la personnalité morale à la différence de la société, qui est bien plus qu'un simple contrat, c'est une institution. Bien que ce régime de disparition de la société ait été inspiré par la caractéristique de la personnalité morale, le régime de la rupture du contrat et de l'après-contrat gagnerait en légitimité par ce parallèle. Car la société est aussi un contrat. Ainsi, A. Etienney<sup>42</sup> affirme dans le même sens : « *L'extinction du contrat est donc loin de signifier la perte d'efficacité du contrat : celui-ci demeure en principe en tant que source de droits et d'obligations, sans autre limite de temps que celle tenant à la mise en œuvre ou à la remise en cause de ces droits et obligations.* »

1028. – **Rédaction.** Il relève de l'initiative du rédacteur du contrat d'organiser l'après-contrat. Cependant, l'ensemble des conséquences de la disparition d'un contrat ne peut pas être anticipé dès l'origine de la relation, ce qui est particulièrement notable lorsque les relations se sont inscrites dans la durée. Il convient dès lors d'anticiper au mieux en fonction des caractéristiques du contrat en cause.

1029. – **Conclusion.** L'admission de l'efficacité des obligations post-contractuelles, bien qu'ayant un fondement incertain, pose peu de difficultés lorsque la rupture est immédiate. La jurisprudence se montre moins conciliante lorsque la rupture du contrat a un effet rétroactif.

### ***B. L'effet rétroactif de la rupture et sa portée sur les obligations post-contractuelles***

1030. – **Rupture rétroactive.** L'effet rétroactif de l'extinction du contrat consiste à affirmer que le contrat n'a jamais existé. Par fiction juridique, tout s'organise pour considérer qu'il n'y a jamais eu de relation entre les parties.

Il était admis cependant qu'un effet résiduel subsistait à la rétroactivité, la survie des obligations post-contractuelles étant tolérée (1). L'évolution de la jurisprudence menace une telle admission (2).

---

*activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre.* »

<sup>40</sup> Cass. com. 13 fév. 1996 n°93-13.173, *BJS* 1996 p. 496 note J.-J. Daigre ; A. Bouilloux, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. soc.* 1994 p. 393 ; E. Boronad-Lesoin, « La survie de la personne morale dissoute », *RTD com.* 2003 p. 1.

<sup>41</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 2000 n°97-17.952, *Defrénois* 2000 p. 504 obs. H. Hovasse ; *D. sociétés* 2000 comm. 86 obs. Th. Bonneau.

<sup>42</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°8.

## 1. Coexistence difficile entre effet rétroactif et effet résiduel

1031. – **Les ruptures rétroactives.** L'extinction rétroactive du contrat concerne d'une part la nullité et d'autre part la résolution pour inexécution fautive. Si la rétroactivité paraît pouvoir se justifier lorsque la formation du contrat est entachée d'un vice tel que le contrat doit être purement et simplement effacé, il en va différemment concernant la résolution pour inexécution fautive. Le contrat est parfaitement valable, il ne heurte aucune règle juridique ou morale. Il y a lieu uniquement de sanctionner la partie fautive responsable de l'inexécution<sup>43</sup>. Dès lors, nier l'existence du contrat ne paraît pas opportun.

Le jeu de la rétroactivité fait naître des obligations de restitutions par la nécessité d'opérer un retour au *statu quo ante*. Ces obligations de restitutions étant la conséquence de la rupture du contrat, elles doivent être qualifiées d'obligations post-contractuelles (a). Dès lors, rien n'empêche théoriquement d'admettre la survie des autres obligations post-contractuelles. La jurisprudence en fait pourtant une application distributive (b).

### a. La naissance des obligations de restitutions : obligations post-contractuelles

1032. – **Restitutions.** La rupture rétroactive du contrat fait naître des obligations de restitutions. Les parties doivent être remises dans la situation antérieure à la formation du lien contractuel.

1033. – **Restitutions par équivalent.** Cette affirmation est théorique, mais en pratique bien souvent impossible à appliquer : ainsi le travail accompli ou la jouissance d'un bien ne sont pas matériellement restituables. De même, qu'en est-il en cas de disparition du bien objet du contrat ?

Le régime des restitutions admet alors la restitution par équivalent. S'opère un jeu de compensation entre les différentes prestations accomplies visant à rétablir l'équilibre contractuel rompu. La restitution par équivalent n'est qu'une fiction du retour au *statu quo ante*.

À la fiction de la rétroactivité, s'ajoute la fiction de la restitution par équivalent. La fiction dans la fiction ne vaut pas retour à la réalité ! Peut-être qu'il suffirait de renoncer à la fiction.

1034. – **Palliatifs à la rétroactivité.** La jurisprudence semble se rendre à l'évidence : pour amoindrir l'effet de la rétroactivité, il est admis des sanctions moins invasives telles que la réfaction du contrat<sup>44</sup>, la réduction des clauses de non-concurrence<sup>45</sup> ou encore la résolution partielle<sup>46</sup>. Ces sanctions ne sont pas sans soulever des contestations sérieuses quant à leur légitimité<sup>47</sup>.

L'obligation de restitutions n'a pas besoin de la théorie de la rétroactivité : le simple constat de la rupture de l'équilibre contractuel et de l'atteinte à la force obligatoire s'affirme comme un fondement suffisant. Pour M. Picq<sup>48</sup>, le critère d'application des obligations de restitutions réside dans

<sup>43</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 2 «L'indemnisation du passé contractuel : le prix de la rupture», p. 356.

<sup>44</sup> Cass. soc. 25 mars 1998 n°95-41.543, *RJS* 1998 p. 464 ; Cass. soc. 18 sept. 2002 n°99-46.136, *LP* 2002 n°220 p. 4 obs. G. Picca et A. Sauret.

<sup>45</sup> Cass. soc. 18 sept. 2002 n°00-42.904 Bull. n°272 ; CA Paris Pôle 6 17 fév. 2011 n°10-06069.

<sup>46</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 nov. 1983 n°82-13.112 Bull. n°252, *Deffrénois* 1984 p. 1014 note J.-L. Aubert ; *RJD civ.* 1985 p. 166 obs. J. Mestre ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 janv. 1987 n°85-12.676 Bull. n°11, *JCP G* 1987 II n°20860 note G. Goubeaux.

<sup>47</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 2 «La clause résolutoire et le principe de rétroactivité», p. 221.

<sup>48</sup> M. Picq, *La distinction entre contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive*, Thèse Grenoble 1994 p. 214.



l'équilibre contractuel traduit par le degré de satisfaction qu'éprouvent les parties. Ainsi, les restitutions naissent en dehors de toute rétroactivité du simple déséquilibre entre l'exécution des prestations réciproques. Le contrat, par la stipulation d'obligations réciproques, sert d'instrument de mesure à la satisfaction qu'étaient en droit d'attendre les parties.

1035. – **Tempéraments aux obligations de restitutions.** Deux tempéraments doivent être apportés au principe des restitutions intégrales.

1036. – **Turpitude.** Un tempérament général trouve à s'appliquer : le principe *nemo auditur turpitudinem allegans* peut faire obstacle aux restitutions. Ainsi, la mauvaise foi ne saurait permettre d'obtenir un avantage aggravant le déséquilibre contractuel généré<sup>49</sup>.

1037. – **Incapacité.** Un autre tempérament concerne les incapables majeurs ou mineurs, les restitutions étant limitées à ce qui « a tourné à leur profit »<sup>50</sup>.

1038. – La conséquence de la rupture rétroactive étant la naissance des obligations post-contractuelles de restitutions, la survie des autres obligations post-contractuelles semble devoir être admise. La jurisprudence n'est pourtant pas dans ce sens.

### **b. L'affirmation du maintien des autres obligations post-contractuelles ?**

1039. – **Vocation à la survie des obligations post-contractuelles.** La question se pose de la consécration de la survie des obligations post-contractuelles autres que l'obligation de restitutions lorsque le contrat est nul ou résolu. Le mythe de la rétroactivité ici se heurte à une impasse : on peut bien prétendre que le contrat n'ait jamais existé, mais les obligations post-contractuelles, elles, ont vocation à survivre au principe de rétroactivité. Ainsi, A. Etienney<sup>51</sup> constate : « *La rétroactivité n'impliquant pas nécessairement la disparition complète du contrat, celui-ci peut survivre partiellement, non seulement pour les prestations qui ont pu être échangées pendant un temps, mais encore pour les clauses encadrant la cessation du contrat et les obligations post-contractuelles* ».

1040. – **Nullité.** À la nullité du contrat, survit la clause compromissive en raison de l'autonomie qui lui a été reconnue<sup>52</sup>. La survie des autres obligations post-contractuelles est en principe refusée, mais pas systématiquement. Ainsi, en matière de baux commerciaux<sup>53</sup>, le preneur conserve son droit au renouvellement malgré la nullité du contrat.

La jurisprudence sélectionne ainsi quelles obligations ont vocation à survivre ou non. Il ne ressort pas de la lecture de la jurisprudence une théorisation de l'après-contrat en cas de nullité. Les décisions sont opportunistes, ce que l'on ne peut que regretter.

<sup>49</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 fév. 2004 n°02-15.269 Bull. n°42, *RTD civ.* 2003 p. 279 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. com. 11 juill. 2006 n°04-16.759 Bull. n°180.

<sup>50</sup> Art. 1312 C. civ. : « *Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle des majeurs, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.* ».

<sup>51</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat, Effets*, JCL Contrats-Distribution Fasc. 176 n°60.

<sup>52</sup> Cf. Ci-après.

<sup>53</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 juin 1972, Bull. n° 369 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 juin 1983 Bull. n°136 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 31 janv. 2001 n°98-12.895, *JCP G* 2001 I 354 n°1 obs. Y.-M. Serinet.

1041.– **Résolution.** Les solutions en matière de résolution rétroactive sont elles aussi contradictoires. La jurisprudence peut être synthétisée comme suit :

- les « *clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* »<sup>54</sup> survivent à la résolution. Cette jurisprudence fait allusion aux clauses pénales<sup>55</sup> ;
- la clause compromissoire trouve à s'appliquer, car elle est autonome du contrat résolu, par analogie, la survie des clauses attributive de juridiction a été consacrée<sup>56</sup> ;
- cependant, les clauses d'avenir telles que la clause de non-concurrence<sup>57</sup> ou la clause de confidentialité<sup>58</sup> ne trouveraient pas à s'appliquer. T. Génicon justifie une telle approche en raison de la vocation de la résolution, c'est-à-dire permettre « *le retrait effectif de l'opération économique* »<sup>59</sup>.

1042.– **Critique.** Cette jurisprudence est contestable : ainsi, le créancier d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle qui décide de résoudre le contrat en raison de l'inexécution fautive de son partenaire, se trouverait-il privé du bénéfice de l'obligation de non-concurrence ? Quel avantage a-t-il à rompre le contrat si c'est pour subir la concurrence de son partenaire défaillant ? Les clauses d'avenir ont la même vocation que les clauses pénales : régler les conséquences de la rupture du contrat. La différence est que l'une régit l'avenir et l'autre liquide le passé. Foncièrement, elles régissent l'après-contrat. On ne peut que regretter une telle application distributive de la part de la jurisprudence témoignant du manque de théorisation de l'après-contrat. Cette jurisprudence risque de déséquilibrer les relations entre les anciens partenaires au prétexte de la fiction de la rétroactivité, principe qui n'est pas d'ordre public !

1043.– **Rédaction.** Le rédacteur du contrat dispose ici d'un palliatif pour tenter d'échapper à cette jurisprudence : il peut prévoir que les obligations post-contractuelles ont vocation à s'appliquer quel que soit le mode de rupture du contrat et ce compris en cas de résolution rétroactive. Cette précision est essentielle pour les parties. Il revient au rédacteur de contrat de neutraliser une jurisprudence défavorable.

#### ■ Exemple :

« *Cette clause a vocation à s'appliquer à compter de l'extinction du contrat entre les parties sans considération de l'origine de la rupture qu'elle soit rétroactive ou non.* »

1044.– Plus grave encore, l'évolution récente de la jurisprudence tend à consacrer la remise en cause de la survie des obligations post-contractuelles — posant la question de la liberté des parties dans l'organisation de l'après-contrat.

<sup>54</sup> Cass. ch. mixte 23 nov. 1990 n°88-16.885 Bull. n°3 ; Cass. ch. mixte 23 nov. 1990 n°86-19.396, *JCP G* 1991 II 21642 obs. D. Legeais ; *D.* 1991, p. 121 note C. Larroumet.

<sup>55</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 janv. 1993 n°89-16.011 : « *La clause pénale destinée à compenser les conséquences dommageables de la résolution d'un contrat surit à la résolution de ce contrat* ».

<sup>56</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 11 janv. 1978 n°76-11.237 Bull. n°13.

<sup>57</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 1996 Bull. n°118 ; *Defrénois* 1996 p. 1025 obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996 p. 207 obs. J. Mestre ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 nov. 1989 Bull. n°365 ; *RTD civ.* 1990 p. 474 obs. J. Mestre ; G. Blanc-Jouvan, *L'après-contrat, Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM 2003 n° 56 s.

<sup>58</sup> M. Vivant, « *Les clauses de secret* », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990 p. 233 spéc. n° 38 ; J.-M. Mousseron, *Secret et contrat ; De la fin de l'un à la fin de l'autre*, in *Mél. J. Foyer*, PUF 1997 p. 257 spéc. n° 32.

<sup>59</sup> T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ 2007 n° 46 et n° 768.

## 2. Évolution de la jurisprudence : vers une remise en question des obligations post-contractuelles ?

1045. – **Arrêt.** La chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>60</sup> a rendu une décision inquiétante le 3 mai 2012 : « *qu'ayant retenu que la gravité des manquements de la société Mansit justifiait la résolution du contrat aux torts exclusifs de cette dernière, en application des dispositions de l'article 1184 du Code civil, la cour d'appel en a déduit à bon droit que le contrat résolu étant anéanti, la société Mansit n'était pas fondée à se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de sa résiliation unilatérale par la société GFI Monetic* ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation met un coup d'arrêt aux obligations post-contractuelles. Cette décision est fondée sur la justice contractuelle : le débiteur fautif arguait de l'application de la clause de préavis pour obtenir une indemnisation. Or, la résolution du contrat était la sanction de son comportement fautif, résolution fondée non sur une clause résolutoire, mais bien sur la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier du fait du comportement du débiteur rendant intolérable le maintien du lien contractuel.

Ce qui inquiète n'est pas tant la décision que son fondement. La résolution ayant été demandée et obtenue judiciairement, il n'y avait pas lieu de respecter un formalisme lié à la clause résolutoire. L'arrêt ne mériterait pas d'être mentionné si tel avait été le fondement retenu par la Haute Juridiction. Le fondement n'est pourtant pas celui-ci : la Cour de cassation fonde sa décision sur l'anéantissement du contrat résolu. L'anéantissement fait ici référence à l'effet rétroactif de la résolution du contrat.

1046. – **Critiques.** Cette décision est inquiétante par sa portée. A. Etienney<sup>61</sup> relève qu'« *Elle [cette décision] menace l'ensemble des stipulations contractuelles, et non pas seulement celles relatives à la résiliation.* » En effet, la Haute Juridiction ne restreint pas la portée de sa décision aux seules clauses organisant la résolution du contrat. Cette décision a vocation à s'appliquer à l'ensemble des obligations post-contractuelles. Et elle n'est pas isolée<sup>62</sup>.

Cette jurisprudence n'en finit pas de surprendre. Si la survie des obligations post-contractuelles peine à trouver un fondement, elle ne heurte aucun principe du droit, ne porte atteinte à aucune liberté fondamentale. Elle relève de la volonté des parties, de la liberté contractuelle, liberté garantie. La fiction de la rétroactivité ne saurait supplanter la volonté des parties !

En outre, une telle jurisprudence ouvre une autoroute à la mauvaise foi : un débiteur d'une obligation post-contractuelle de non-concurrence n'aura qu'à cesser d'exécuter le contrat en vigueur pour se voir sanctionner par le créancier par la résolution, sanction qui le libérera de ses obligations post-contractuelles !

1047. – **Solution.** Le rédacteur du contrat ou l'auteur de la rupture a pour responsabilité de tenter de neutraliser une telle jurisprudence. Il lui revient d'exclure le principe de la rétroactivité et/ou de préciser la volonté de faire survivre les obligations post-contractuelles à la fin du contrat. Il y a lieu également d'anticiper les obligations de restitutions pouvant notamment être déterminées en application des principes de l'enrichissement sans cause.

<sup>60</sup> Cass. com. 3 mai 2012 n°11-17.779 Bull. n°NC.

<sup>61</sup> A. Etienney, « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », *D.* 2012 p. 1719.

<sup>62</sup> Cass. com. 5 oct. 2010 n°08-11.630, *JCP* 2011 63 obs. P. Grosser ; *RDC* 2011 431 obs. T. Genicon.

La situation actuelle de la jurisprudence n'est pas satisfaisante en matière de rupture rétroactive du contrat. Les obligations post-contractuelles sont véritablement menacées dans leur application par une jurisprudence appliquant de manière erronée et disproportionnée la fiction de la rétroactivité.

1048.– **Conclusion.** L'affirmation de la survie des obligations post-contractuelles à la mort du contrat ne va pas de soi et souffre d'un manque de théorisation et d'uniformité dans les applications jurisprudentielles. La jurisprudence refusant de consacrer le principe de la survie des obligations post-contractuelles, se pose la question de l'opportunité de généraliser le principe de l'autonomie de la clause compromissoire à l'ensemble des clauses post-contractuelles.

## SECTION 2 :

### VERS UN PRINCIPE D'AUTONOMIE DES CLAUSES POST-CONTRACTUELLES ?

1049.– **Solution originale : le principe d'autonomie.** Le manque de théorisation de l'après-contrat a donné lieu à différentes analyses doctrinales tentant de justifier la survivance des obligations post-contractuelles à l'extinction du contrat.

Une solution originale a été proposée par la doctrine et consacrée par la jurisprudence concernant la clause compromissoire, clause donnant compétence à la justice arbitrale pour trancher un litige contractuel par dérogation à la compétence de la justice étatique. Ainsi, il a été décidé que la clause compromissoire était autonome du contrat qui la contenait. Forme de contrat particulier dans le contrat, s'appliquerait le principe d'autonomie par lequel le sort de la clause compromissoire n'est pas lié au sort du contrat principal.

Même en cas de nullité ou de résolution du contrat principal, rupture rétroactive, la clause compromissoire trouve à s'appliquer, car elle n'est pas affectée par la rupture dudit contrat. Cette solution fait preuve d'originalité et invite à s'interroger sur son extension possible à l'ensemble des obligations post-contractuelles.

La spécificité de la clause compromissoire invite à préciser la notion (§1) pour comprendre l'application à son égard du principe de l'autonomie (§2). Un simple tour d'horizon de la clause compromissoire permet d'en revenir au fondement de la force obligatoire du contrat pour justifier de la survivance des obligations post-contractuelles.

#### §1. La particularité de la clause compromissoire

1050.– **Attribution de compétence.** La clause compromissoire est une clause particulière d'attribution de compétence. Sa spécificité réside dans le fait qu'elle déroge au Code de procédure civile dessaisissant les juridictions étatiques au profit de juridiction arbitrale (A). Cette clause présente de réelles caractéristiques par rapport aux autres clauses attributives de compétence (B).

##### *A. La clause compromissoire : notion*

1051.– **Définition.** Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 est venu réformer l'arbitrage. Il définit la clause compromissoire comme étant « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces* »

*contrats* ». L'arbitrage se caractérise par le fait d'être une justice privée rendue par des professionnels pour des professionnels.

Il convient de distinguer entre l'arbitrage interne régi par le Code de procédure civile (1) et l'arbitrage international (2).

### **1. La clause compromissoire et l'arbitrage interne**

1052. – **Arbitrage interne.** Le législateur s'est intéressé à l'arbitrage encadrant le dessaisissement des juridictions étatiques au profit de juridictions privées. L'article 1442 al. 2 du Code de procédure civile encadre la clause compromissoire dans l'ordonnancement interne : « *La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.* »

1053. – **Distinction du compromis.** La clause compromissoire doit être distinguée du compromis qui se définit comme étant la « *convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.* <sup>63</sup>» Le compromis est un contrat à part entière à la différence de la clause compromissoire stipulée au sein d'un contrat dont l'objet principal n'est pas la résolution du conflit, mais bien l'exécution des obligations principales. Le compromis est conclu alors que le litige est déjà né alors que la clause compromissoire est consentie avant tout litige.

La clause compromissoire peut régir non seulement des rapports internes, mais également des rapports internationaux.

### **2. La clause compromissoire et l'arbitrage international**

1054. – **Arbitrage institutionnel ou *ad hoc*.** La clause compromissoire et le compromis sont très fréquents en matière de relations internationales. Ils ont pour objet de soumettre un contentieux à une juridiction privée échappant ainsi aux règles de conflit de lois entre les différentes juridictions étatiques susceptibles d'être saisies.

Il existe deux formes principales d'arbitrage :

- l'arbitrage régi par une institution : parmi les institutions les plus connues, il peut être cité la Chambre de Commerce Internationale de Paris, la *London Court of International Arbitration*, l'*American Arbitration Association* de New York, ou encore la *Camera Arbitrale di Milano* ;
- l'arbitrage *ad hoc* : les parties désignent alors leurs arbitres et doivent définir la procédure applicable.

1055. – **Rédaction.** La particularité de l'arbitrage régi par une institution est que chacune de ces institutions a codifié les règles de procédure arbitrale qui lui sont applicables. Les parties n'ont alors qu'à se référer au règlement d'arbitrage de l'institution désignée sans autre précision.

Par contre, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage *ad hoc*, il revient aux parties de détailler les règles de procédure qu'elles souhaitent voir appliquer à leur contrat. Il y a alors une réelle portée créatrice pour le rédacteur de contrat.

Que l'arbitrage soit interne ou international, la clause compromissoire revêt certaines caractéristiques bien spécifiques.

---

<sup>63</sup> Art. 1442 al. 2 C. pro. civ.

## ***B. La clause compromissoire : caractéristiques***

1056. – **Spécificités.** La clause compromissoire est une clause spécifique parce qu'elle retire la compétence des juridictions étatiques pour l'attribuer à des juridictions privées. Cette clause contractuelle paraît à contre-courant de l'histoire de la procédure civile. En effet, l'évolution du Moyen-Âge jusqu'à nos jours est marquée par la volonté de lutter contre la justice privée au profit de la centralisation du pouvoir judiciaire au niveau étatique.

Aujourd'hui, à l'inverse, la clause compromissoire vise à redonner une importance aux juridictions privées lorsque le litige revêt un enjeu politique, économique ou financier. Les parties choisissent d'avoir recours à une justice privée chère, mais confidentielle.

Il s'agit d'un mode de résolution des conflits applicables à certains contrats (1) qui repose sur le consentement des parties<sup>64</sup> (2). La rédaction de la clause compromissoire s'avère délicate (3).

### ***1. La clause compromissoire : Quel contrat ?***

1057. – **Contrats entre professionnels.** En raison de la gravité de la clause compromissoire, celle-ci ne peut pas être stipulée dans n'importe quel contrat. Elle concerne principalement les contrats conclus entre professionnels<sup>65</sup> à l'exclusion des contrats de travail (a) et des contrats de consommation (b).

#### **a. Le contrat de travail en France et à l'étranger**

1058. – **Droit interne.** Le législateur français est venu limiter la liberté contractuelle à l'égard des salariés. Ainsi, le contrat de travail ne peut pas comporter de clause compromissoire, seule la juridiction étatique du conseil des prud'hommes étant compétente. Il s'agit de disposition d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent pas déroger<sup>66</sup>.

La clause compromissoire insérée au sein d'un contrat de travail est nulle et de nul effet.

1059. – **Tempérament.** La portée de ce principe est pourtant immédiatement tempérée par le législateur concernant les contrats de travail internationaux. La clause compromissoire n'est pas nulle, mais elle doit être consentie par le salarié<sup>67</sup>. Ce tempérament fait ressortir la vocation internationale de la clause compromissoire.

Le droit de la consommation fait preuve de la même défaveur à l'égard de la clause compromissoire.

#### **b. Le contrat de consommation en France et à l'étranger**

1060. – **Principe.** En droit français, la clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation fait partie de la liste grise des clauses abusives<sup>68</sup>. Elle est présumée abusive, mais pas de

<sup>64</sup> J. Juvénal, « La rédaction de la clause compromissoire », *RLDC* 2011 n°86 d'oct. 2011.

<sup>65</sup> Art. 2061 C. civ. « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* ».

<sup>66</sup> Art. L. 1411-4 C. trav.

<sup>67</sup> Cass. soc. 16 fév. 1999 n°96-40.643 Soc. Château Tour de Saint-Christophe, *R. arbitr.* 1999 p. 99.

<sup>68</sup> Art L. L. 132-1 et R. 132-1, R. 132-2 et R. 132-3 C. conso. et plus spé. Art. R. 132-2 10° C. conso. : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 10° Supprimer ou*



manière irréfragable. Ainsi, le professionnel pourra tenter de prouver que cette clause n'a pas à être qualifiée de clause abusive et est opposable au consommateur.

1061. – **Tempérament.** De même que pour le contrat de travail international, le contrat de consommation international peut stipuler une clause compromissoire dans les rapports entre professionnel et consommateur sous réserve de l'accord du consommateur. La Cour de cassation<sup>69</sup> a consacré la validité de telle clause. La même décision a été adoptée par les États-Unis<sup>70</sup>.

Il en ressort une différence selon que l'arbitrage considéré soit interne ou international, le droit interne étant plus protecteur que le droit international.

Le législateur français et la jurisprudence ont laissé une place non négligeable à la clause compromissoire dès lors que la clause a été consentie par les parties.

## **2. Le consentement à la clause compromissoire**

1062. – **Consentement écrit.** Le consentement à la clause compromissoire est soumis, à une obligation de forme : le consentement doit être formalisé par écrit sous peine de nullité de la clause compromissoire<sup>71</sup>. Cette règle de validité formelle tient à la gravité de la stipulation qui soustrait les parties à l'application des règles de procédure civile étatique<sup>72</sup>.

Il en résulte que la clause compromissoire ne se présume pas, le consentement doit être exprès et préalable à la survenance du litige.

La Cour de cassation<sup>73</sup> a décidé en matière d'arbitrage international que : « *la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient (...) est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* ». Cette solution a été étendue en matière d'arbitrage interne<sup>74</sup>.

1063. – **Tempérament.** La portée de cette condition de validité doit cependant être tempérée. Seul le consentement au principe de l'arbitrage doit être expressément exprimé, mais non l'accord comportant les détails de la procédure d'arbitrage.

Ce tempérament n'est pas neutre pour les parties au contrat. En effet, selon le mode d'arbitrage choisi, de réelles différences de régime peuvent en résulter. La condition de consentement au principe de l'arbitrage est nécessaire, mais insuffisante. Il conviendrait de prévoir une obligation d'information quant à la procédure d'arbitrage effectivement mise en place.

Le législateur français a invité la jurisprudence française à témoigner d'une réelle souplesse à l'égard de l'arbitrage par la réforme de 2011<sup>75</sup>.

---

*entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.* ».

<sup>69</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 mars 2004 n°02-12.259 Bull. n°97.

<sup>70</sup> *RQDC* 2013, Chr., « Clause compromissoire et consommateur : c'est possible », n°100.

<sup>71</sup> Art. 1443 C. pro. civ.

<sup>72</sup> Art. 48 C. pro. civ.

<sup>73</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 nov. 1993 n° 91-15.194 Bull. n°313, *JDI* 1994 p. 690 note É. Loquin ; *R. arbitr.* 1994 p. 108 note C. Kessedjian.

<sup>74</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 21 janv. 1999, n° 95-18.761 Bull. n°16, *RTD com.* 1999 p. 844 obs. É. Loquin.

<sup>75</sup> Décret n°2011-48 du 13 janv. 2011.

La rédaction de la clause compromissoire nécessite la plus grande rigueur, les parties façonnant elles-mêmes leur procédure.

### 3. Rédiger la clause compromissoire

1064.– **Conseil.** Th. Clay<sup>76</sup> rappelle l'importance de bien penser sa clause compromissoire. « *Il reste que l'arbitrage est une procédure sur mesure que les parties, et non pas les arbitres, façonnent comme elles le souhaitent. Ce sont elles qui en choisissent la durée, ce sont elles qui fixent le montant des honoraires des arbitres (soit directement, soit indirectement en se référant à un règlement d'arbitrage), et ce sont encore elles qui déterminent les étapes de la procédure qu'elles souhaitent (nombre de mémoire échangé, expertises, témoignages, audiences, etc.)* »

La rédaction d'une clause compromissoire nécessite d'être suffisamment précise pour éviter toute interprétation. Notamment, le rédacteur de contrat devra veiller à ce que la clause compromissoire ne se cumule pas avec la possibilité de saisir les juridictions étatiques<sup>77</sup>.

Afin que la procédure soit efficace, il convient de prévoir :

- le mode de désignation du ou des arbitres et les recours en cas de contentieux ;
- les règles de procédure ou le règlement d'arbitrage applicable ;
- le siège de l'arbitrage qui permet de définir le droit applicable à la procédure d'arbitrage, droit pouvant être différent du droit applicable au contrat ;
- la langue de l'arbitrage ;
- les voies de recours : ainsi, les parties doivent-elles définir si elles souhaitent pouvoir interjeter appel de la sentence en matière d'arbitrage interne<sup>78</sup>. En arbitrage international, seul le recours en annulation est prévu<sup>79</sup> ;
- le champ d'application de la clause compromissoire.

#### ■ Exemple d'une clause compromissoire désignant un arbitrage institutionnel :

« *Le contrat sera régi et interprété selon le droit français.*

*Tout litige qui viendrait à se produire au sujet de la validité, de l'interprétation, de l'exécution, de la résiliation ou de la nullité et de ses conséquences du présent contrat, et plus généralement tout litige en lien avec le contrat, sera soumis à l'arbitrage sous l'égide du Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du C.A.D.E.U. (C.P.A.M.), conformément à son Règlement en vigueur à l'exclusion des juridictions étatiques.*

*À la naissance du litige, la partie la plus diligente introduira soit une demande d'arbitrage.*

*Les parties s'engagent à respecter et à exécuter de bonne foi la décision issue de la procédure administrée par le C.P.A.M.. Elles renoncent à toute réserve ou contestation devant le juge saisi de l'homologation de leur accord. »*

1065.– **Conclusion.** La clause compromissoire est tellement spécifique et dérogoire du droit commun, qu'a été consacré un principe des plus originaux pour en garantir l'efficacité : son autonomie a été reconnue par rapport au contrat principal qui la contient. La question se pose de savoir si cette solution originale pourrait servir d'armature à la construction d'un régime de l'après-contrat.

<sup>76</sup> Th. Clay, in « L'arbitrage en droit des affaires (table ronde) », *Cah. dr. entr.* 2008 Fasc. 6 p. 15.

<sup>77</sup> J. Juvénal, « La rédaction de la clause compromissoire », *RDL* 2011 n°86.

<sup>78</sup> Art. 1489 C. pro. civ.

<sup>79</sup> Art. 1518 C. pro. civ.

## §2. La question de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat

1066. – **Consécration de la distinction contenant/contenu.** L'efficacité de la clause compromissoire doit être préservée. Cette considération a conduit la jurisprudence à consacrer la théorie doctrinale de l'autonomie de la clause compromissoire. La reconnaissance de ce principe d'autonomie du contenu du contrat permet de consacrer la distinction contenant et contenu obligationnel, fondement de la survie des obligations post-contractuelles.

La clause compromissoire est une illustration de la séparation qui peut exister entre le sort du contrat et de celui de ses obligations. Cette clause est exécutoire indépendamment du sort du contrat.

La consécration jurisprudentielle de l'autonomie de la clause compromissoire (A) a été vivement critiquée par la doctrine (B).

### *A. La solution jurisprudentielle : une convention autonome*

1067. – **L'affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire.** La clause compromissoire est une clause à part. C'est la clause par laquelle des parties prévoient, au moment où elles rédigent et signent le contrat, que tous les litiges à naître à l'occasion de ce contrat seront soumis à l'arbitrage à l'exclusion des juridictions étatiques.

Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que l'annulation du contrat entraînait l'annulation de la clause compromissoire. Cette jurisprudence paralysait la procédure d'arbitrage : le contrat étant nul avec effet rétroactif, cela revenait à dire que l'arbitre n'avait jamais eu le pouvoir de juger. Les juridictions étatiques recouvraient leur compétence comme si la clause compromissoire n'avait jamais été stipulée.

Dans les années 60, H. Motulski a dénoncé ce raisonnement, véritable menace pour l'arbitrage. De plus, à cette époque, la volonté politique et judiciaire était de favoriser le recours à l'arbitrage.

La Cour de cassation dans l'arrêt Gosset<sup>80</sup> a opéré un revirement de jurisprudence consacrant le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage. Ce principe est devenu un principe général de l'arbitrage tant international qu'interne. La clause compromissoire peut donc être régie par un droit différent de celui du contrat principal. Aujourd'hui, on parle plus volontiers de séparabilité de la clause selon l'expression de P. Mayer<sup>81</sup>.

1068. – **Conséquences.** Cette jurisprudence consacre le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence selon le principe allemand de la *Kompetanz-Kompetanz* (c'est-à-dire l'arbitre a la compétence de sa compétence).

En matière d'arbitrage international, un deuxième sens au principe d'autonomie de la clause compromissoire a été posé par la jurisprudence<sup>82</sup>. La clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat qui la contient, son existence et son efficacité s'apprécient d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, sous réserve du respect de l'ordre public international et des dispositions internes impératives.

1069. – **Conclusion.** La clause compromissoire apparaît comme un contrat dans le contrat. Elle survit au contrat éteint. Cette solution jurisprudentielle a cependant été vivement critiquée par la doctrine.

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mai 1963 Gosset Bull. n°246.

<sup>81</sup> P. Mayer, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *R. arbitr.* 1998 p. 364.

<sup>82</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 déc. 1993 n°91-16828 Bull. n° 372 Dalico.

## ***B. La critique doctrinale : le droit commun suffisant***

1070. – Le principe d'autonomie de la clause compromissoire a été critiqué par certains auteurs, dont S. Bollée<sup>83</sup>, lors d'un colloque donné en 2005.

1071. – **Critique doctrinale.** La clause d'arbitrage est une convention qui ne crée pas d'obligations<sup>84</sup>. Elle organise le droit d'action des parties. C'est un arbitre et non un juge étatique qui est compétent pour trancher le litige. Néanmoins si une partie décide, malgré la clause, de saisir une juridiction étatique, elle ne commet pas de faute. C'est à l'autre partie de soulever une exception de procédure in limine litis afin que le juge se déclare incompétent et que l'arbitre puisse être saisi. S. Bollée considère que le principe d'autonomie était inutile : la clause compromissoire est applicable au contenant qu'est le contrat incluant l'ensemble du contenu obligationnel. La clause compromissoire ne faisant pas du contenu obligationnel du contrat, elle n'a pas vocation à suivre le sort du contrat. Elle est un accessoire du contrat, car elle ne se conçoit pas seule et n'a pas d'existence par elle-même. Il en conclut que le véritable fondement de la survie de la clause compromissoire est la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle des parties.

1072. – **Analyse.** Cette analyse est pour partie contestable en ce qu'elle soustrait complètement la clause compromissoire au contenu obligationnel du contrat. La clause compromissoire crée aussi des obligations aux parties à savoir appliquer des règles de procédure dérogatoires au droit commun. Il s'agit aussi d'une obligation de faire.

Cependant, l'intérêt de cette analyse est de replacer au cœur du droit des obligations la liberté contractuelle des parties et la force obligatoire du contrat. Le droit des contrats étant construit autour de la liberté contractuelle, la volonté des parties aurait pu permettre de fonder le principe de la survie de la clause compromissoire à l'extinction du contrat, ou le principe de la *Kompetanz-Kompetanz* du juge arbitral.

Point n'était besoin du principe de l'autonomie de la clause compromissoire, cette jurisprudence étant davantage fondée sur des considérations de politique judiciaire sinon financière que sur une véritable analyse juridique.

1073. – **Analogie avec les obligations post-contractuelles.** De même, les parties devraient pouvoir décider que survivent à la résolution ou à l'extinction du contrat les obligations post-contractuelles. Il n'y a rien à attendre du concept d'autonomie des clauses pour fonder la survivance des obligations post-contractuelles. Il s'agit d'une impasse théorique. Il conviendrait d'en revenir à l'analyse de P. Ancel proposant de distinguer le contenu obligationnel et non obligationnel du contrat. Le contenu non obligationnel permet de fonder la survie des obligations post-contractuelles au travers de la force obligatoire. La volonté individuelle et la force obligatoire apparaissent comme le véritable fondement de l'après-contrat.

<sup>83</sup> S. Bollée, « Colloque sur l'arbitrage face à la théorie générale du droit des obligations », 2005 Lyon.

<sup>84</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RJD civ.* 1999 p. 771.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 3

1074.– **Terme du contrat.** À l'analyse, on comprend donc pourquoi le législateur n'a pas pris la peine de définir la notion de terme du contrat : celui-ci n'est pas général, mais lié à chaque situation. L'extinction du contrat oblige à mettre en exergue une nouvelle notion : celle de relation contractuelle des parties qui englobe tout à la fois la fin des obligations principales et accessoires du contrat réalisant son objet d'une part et la naissance des obligations post-contractuelles d'autre part. L'après-contrat est un désert légal et judiciaire où les parties ont tout à construire sans pour autant bénéficier des faveurs jurisprudentielles.

1075.– **Périodes temporelles d'extinction du contrat.** Il serait intéressant de théoriser l'après-contrat pour unifier les décisions jurisprudentielles. Il peut être proposé trois périodes temporelles d'extinction définitive de tout lien entre les parties :

- Première période : extinction du contrat : par exécution, détachée de toute notion de faute ou comme sanction de l'inexécution ;
- Deuxième période : liquidation du passé contractuel comprenant :
  - Les clauses stipulant des obligations assurant la pérennité du résultat économique du contrat : garantie légale et contractuelle, responsabilité, restitutions ;
  - Les clauses d'avenir créant de nouvelles obligations neutralisant les effets du contrat sur l'avenir : clause de non-concurrence ou de confidentialité ;
- Troisième période : clôture de la relation contractuelle par la cessation de toutes les obligations post-contractuelles et de leur conséquence.

## CHAPITRE 2 : L'ORGANISATION DU MAINTIEN PARTIEL DU CONTRAT ROMPU

### INTRODUCTION

« *L'avenir est un moment de plus* »

*Ylpe de son vrai nom Philippe Labarthe, Textes sans paroles*

1076. – **Après contrat.** L'extinction du contrat ouvre la période de l'après-contrat. Autre phase de la relation contractuelle, bien que le lien contractuel soit rompu, il continue de produire certains effets. Toute relation entre les parties n'a pas disparu. Ph. Stoffel-Munck<sup>1</sup> souligne que « *la durée du contrat, spécialement quand il est tourné vers le développement d'une entreprise commune, aura permis un échange d'expériences, d'informations et de savoir-faire et leur « appropriation » de fait par le partenaire qui en a été destinataire* ».

Il convient dès lors d'organiser les conséquences de cet échange. Les parties doivent dévitaliser leur connaissance mutuelle pour faire cesser toute relation entre elles.

Diverses obligations post-contractuelles naissent à la cessation du lien contractuel :

- les obligations de responsabilité contractuelle : clause pénale, clause d'indemnisation, clause limitative ou exclusive de responsabilité ;
- les obligations de garantie : garantie d'éviction, garantie des vices cachés, garantie de conformité, responsabilité du fait des produits défectueux ;
- les obligations de restitutions ;
- les conventions accessoires<sup>2</sup> telles que la convention de garantie de passif ou d'actifs ;
- les clauses dites « *ad hoc* » non stipulées par les parties qui répondent à l'impératif de bonne foi comme l'obligation de loyauté<sup>3</sup> ;
- les clauses d'avenir<sup>4</sup> comprenant la clause de non-concurrence et assimilée, la clause de confidentialité et assimilée ;
- les clauses attributives de compétence : la clause compromissoire, la clause de médiation, la clause attributive de compétence territoriale ou la clause de conciliation.

Ces obligations post-contractuelles sont tournées vers un objectif commun : rendre effective l'extinction de leur relation.

<sup>1</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 p. 159 §11.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 oct. 2009 n°08-20.048 Bull. n°1013, *CCC* 2010 comm. n° 1 obs. L. Leveneur ; *D.* 2010 p. 480 C. Mouly-Guillemaud.

<sup>3</sup> A. Etienney, *Extinction du contrat-Effets*, JCL Fasc. 176 n°10.

<sup>4</sup> J. Mestre, *Les clauses d'avenir*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 161.



Il revient au rédacteur de contrat d'attirer l'attention des parties sur la nécessité de penser ces clauses dès l'entrée en pourparlers. Elles revêtent une importance certaine à la fin du contrat et peuvent permettre d'éviter d'éventuels contentieux.

1077.– **Plan.** Certaines de ces obligations sont tournées vers le passé. Elles ont pour vocation d'organiser la sortie du contrat en terme de responsabilités et de garanties, ou de restitutions. Elles liquident le passé contractuel (**Section 1**).

D'autres obligations sont tournées vers l'avenir. Ces clauses ont pour vocation de neutraliser les conséquences du contrat dans la période post-contractuelle (**Section 2**).

## SECTION 1 : LE PASSÉ CONTRACTUEL À LIQUIDER

(SECTION 2 : L'AVENIR POST-CONTRACTUEL À PRÉPARER)

1078.– **Organisation du passé contractuel.** « *La durée a créé un passé épais de souvenirs, d'habitudes et d'attentes.* »<sup>5</sup> Certains contrats s'inscrivent dans la durée : des échanges ont eu lieu, les partenaires ont appris à se connaître, des obligations ont été plus ou moins bien exécutées.

D'autres contrats sont instantanés. Les parties se quittent aussi vite qu'elles se rencontrent. Pourtant, il convient d'assurer la pérennité des effets du contrat et de s'assurer de la bonne exécution des obligations.

Le rédacteur de contrat a un rôle de conseil envers les parties : il lui revient de leur suggérer d'anticiper l'après-contrat en tenant compte de la spécificité de chaque relation. Le contrat forme un tout cohérent, mais non indivisible, sauf stipulation expresse des parties. La liquidation du passé contractuel peut s'organiser amiablement ou faire naître des contentieux inextricables. La stipulation de clauses post-contractuelles peut permettre d'apaiser la sortie du contrat.

Le passé à liquider présente deux aspects. D'une part, l'extinction du contrat fait naître des obligations de restitutions (§1) ; d'autre part, à la cessation du lien contractuel se pose la question des responsabilités (§2).

### §1. Le passé contractuel à liquider : les restitutions

1079.– **Extinction rétroactive.** L'extinction du contrat peut avoir un effet immédiat ou un effet rétroactif<sup>6</sup>. Lorsque l'extinction du contrat est rétroactive (cas de la nullité et de la résolution) naissent des obligations de restitutions entre les parties. En effet, en vertu d'une jurisprudence constante, l'effet rétroactif impose le retour au *statu quo ante* entre les parties et à l'égard des tiers. Cela n'est pas sans poser de difficultés au regard de la réalité du temps passé entre la conclusion du contrat et son extinction.

<sup>5</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 p. 160.

<sup>6</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 "La survie du contenu : un principe à justifier", p. 330.

1080.– **Effet immédiat.** Les modes d'extinction à effet immédiat donnent parfois lieu à des restitutions. C'est notamment le cas lorsque le contrat a eu pour objet un transfert de biens matériels (stocks) ou immatériels (informations).

1081.– **Rédaction.** La stipulation de clauses de restitutions applicables, quelle que soit la cause de cessation du lien contractuel revêt une importance particulière afin de favoriser une sortie non conflictuelle du lien contractuel.

Il convient d'envisager les obligations de restitutions qui peuvent naître lorsque l'extinction du contrat est à effet non rétroactif (A) et lorsque l'extinction du contrat est à effet rétroactif (B).

### ***A. Extinction non rétroactive du contrat et obligations de restitutions***

1082.– **Définition de restitution.** Le terme « restitutions » n'est pas réservé aux ruptures rétroactives. Il y a restitution dès lors que naît une obligation de rendre un bien à son partenaire du fait de l'extinction du contrat.

Ainsi, l'exécution des contrats a pu avoir pour conséquence de créer des transferts d'informations, de biens, ou encore de produits et services. À la fin du contrat, les parties ont des obligations de restitution de ces informations, biens, produits ou services mis à leur disposition par leur ancien partenaire. En effet, cette mise à disposition a perdu sa raison d'être par la disparition du contrat. Il convient de distinguer les modalités de restitutions des marchandises (1) et celles des biens immatériels (2).

#### ***1. Les restitutions de marchandises en cas d'extinction non rétroactive***

1083.– **Absence de principe de restitution.** L'extinction non rétroactive d'un contrat ne fait pas naître d'obligation de restitution du fait de la rupture. Il appartient donc aux parties d'organiser le cas échéant les éventuelles restitutions qui peuvent s'avérer nécessaires.

1084.– **Propriété des marchandises.** Le terrain principal des obligations de restitutions de biens matériels en cas d'extinction non rétroactive est celui du droit de la distribution<sup>7</sup>. Les contrats de distribution consistent à organiser la revente des marchandises d'un fournisseur par un distributeur. Cette revente implique généralement la conclusion d'une licence de marque du fournisseur au profit du distributeur. À l'extinction du contrat, le distributeur perd le droit d'utiliser la marque du fournisseur. Ces contrats étant à exécution successive, leur extinction vaut pour l'avenir sans rétroactivité.

L'organisation des restitutions se pose différemment selon la personne du propriétaire : est-ce le fournisseur ou le distributeur ? Cette propriété peut être prévue par le biais de la stipulation d'une clause de réserve de propriété ou au contraire par une clause de cession de marchandises du fournisseur au distributeur. Dans les deux cas se pose la question des restitutions dès lors qu'à l'extinction du contrat, l'ensemble des stocks de marchandises n'a pas été écoulé.

Si le fournisseur est resté propriétaire, le distributeur devra lui restituer la marchandise. Au contraire, si le distributeur est devenu propriétaire, l'extinction du contrat lui fait perdre son droit de vendre les produits de son fournisseur, celui-ci n'ayant plus le droit d'user de la licence de marque sous laquelle sont étiquetés les produits. Le contrat doit alors prévoir soit une reprise de stocks par le

<sup>7</sup> J. Raynard, "Les restitutions dans les contrats de distribution", in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997 p. 186.

fournisseur, soit prolonger temporairement le droit de revente du distributeur afin de lui permettre d'écouler les stocks de marchandises.

La pratique parle d'obligation de restitutions lorsque le fournisseur est resté propriétaire des marchandises et de reprise de stocks lorsque la propriété des marchandises a été transférée au distributeur.

1085. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit attirer l'attention des parties à un contrat de distribution sur l'enjeu de la propriété des marchandises et des restitutions subséquentes dans le cadre de l'après-contrat.

Les droits allemand, suisse, italien ou belge prévoient soit une obligation de reprise de stocks soit un droit pour le distributeur d'écouler librement les marchandises. À la différence, le droit français se caractérise par son silence. Il n'existe pas de régime subsidiaire dans le silence du contrat. Dans cette situation, la jurisprudence recherche la commune intention des parties, mais il est rare qu'elle impose une obligation de reprise de stocks au fournisseur. Ces clauses de stocks sont donc d'une importance certaine.

Les clauses de stocks doivent prévoir :

- dans le cas de la reprise de stocks par le fournisseur : l'inventaire des stocks, le prix de rachat, les délais de restitutions, la prise en charge des frais de déplacement des marchandises ;
- dans le cas du droit d'écouler les stocks par le distributeur : l'inventaire des stocks, la durée de prolongation de la licence de marque, les conditions d'information du fournisseur, à l'issue du délai accordé une éventuelle obligation de destruction des stocks invendus.

Le rédacteur de contrat peut adapter les clauses de stocks à la situation contractuelle des parties. Il peut cumuler les mécanismes, prévoir des clauses de renégociation entre les parties ou imposer un régime strict. Il n'existe pas de modèle unique, chaque clause doit être personnalisée en fonction des intérêts en présence.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de reprise de stocks lorsque le distributeur est propriétaire des marchandises :

*« À l'extinction du contrat, il sera procédé, dans les meilleurs délais, à un inventaire contradictoire des produits restant en stock et des contrats en cours.*

*Le fournisseur aura la faculté de racheter tout ou partie des stocks détenus par le distributeur et de poursuivre l'exécution des contrats en cours avec les clients finaux. Le rachat du stock sera effectué au prix coûtant.*

*Dans le cas où le fournisseur n'userait pas de cette faculté de rachat et ne souhaiterait pas poursuivre les contrats en cours, le distributeur aura le droit d'achever lesdits contrats en cours avec les clients finaux, tout en respectant les conditions du contrat éteint pendant une période de six mois à compter de l'inventaire et en tenant le fournisseur régulièrement informé du déroulement de l'opération. À l'issue de ce délai, tout stock invendu devra être détruit aux frais du distributeur. Le distributeur informera le fournisseur de la date à laquelle cette destruction aura lieu afin que ce dernier puisse y assister s'il le désire.*

*Après liquidation du stock et l'achèvement des contrats avec les clients finaux, le distributeur s'engage à cesser toute exploitation de la marque, sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que*

*ce soit, et à restituer au fournisseur tous les documents en sa possession relatifs aux produits et à la marque incluant le savoir-faire et les perfectionnements. »*

1086.– Les restitutions de marchandises doivent donc faire l'objet de prévisions contractuelles. La question des restitutions intéresse également les biens immatériels dans le cadre de rupture non rétroactive.

## **2. Les « restitutions » de biens immatériels en cas d'extinction non rétroactive**

1087.– **Biens immatériels.** Bien souvent les relations contractuelles entraînent un transfert de biens immatériels : savoir-faire, informations confidentielles, expériences, marque, dessins et modèles, brevet, secret de fabrique... la liste est longue. Sont principalement concernés les contrats ayant pour objet des droits de propriété intellectuelle (licence de marque par exemple), les accords-cadres ou encore les contrats de franchise. L'extinction du contrat pose la question de la restitution de ces éléments. L'enjeu n'est pas des moindres concernant des informations sensibles sur lesquelles il n'existe pas de droit de propriété. Pour autant, ces informations ne sont pas dépourvues de valeur économique.

1088.– **Rédaction.** Le droit français est là encore silencieux sur ces questions. Lorsque ces éléments immatériels ont une valeur particulièrement importante pour l'une des parties, il est généralement conclu un contrat accessoire spécifique. Dans d'autres situations, la clause de confidentialité post-contractuelle<sup>8</sup> ou la clause de non-concurrence<sup>9</sup> traitent des restitutions immatérielles – dans le sens de l'interdiction de l'usage et de la divulgation des informations.

Il convient encore d'envisager la restitution des supports matériels contenant les informations litigieuses. Il est alors possible de prévoir une clause spécifique de restitutions. La difficulté tient à la diversité de supports permettant de conserver les informations et à leur éventuelle circulation au sein des membres du personnel du partenaire. La clause devra être suffisamment large pour englober tous les supports et toutes les personnes sous la responsabilité du partenaire.

1089.– **Conseils de rédaction.** Dans l'exemple donné ci-après, le terme « auteur » est générique et désigne tant le titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou industrielle.

### **ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS**

#### **■ Clause de restitution immatérielle :**

*« À l'extinction du contrat liant les parties, le partenaire s'engage, sur simple demande de l'auteur, à :*

- Restituer à l'auteur sans en garder copie physique ou dématérialisée, ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents remis par cette dernière aux fins de réalisation du contrat ;*
- Restituer à l'auteur sans en garder copie physique ou dématérialisée ni courriels y faisant référence,*

<sup>8</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 "Chapitre 1 : La confidentialité", p. 385 .

<sup>9</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 "Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle", p. 426.

*l'ensemble des documents relatifs aux recherches et développements réalisés par le partenaire aux fins de réalisation du contrat.*

*Le partenaire est responsable de lui-même, de ses salariés et représentants, de ses mandataires, fournisseurs, sous-traitants, de ses clients finaux, de ses actionnaires, associés, et dirigeants.*

*Afin de s'assurer de la parfaite exécution des présentes, le partenaire informera l'auteur de la date à laquelle elle entend effacer les copies en sa possession, et accepte que l'auteur assiste à la destruction des informations relatives au contrat ou qu'un expert mandaté par l'auteur soit présent lors de cette destruction. »*

1090. – **Conclusion.** Les restitutions sont une conséquence de l'extinction du contrat. Lorsque l'extinction est rétroactive, la question des restitutions se pose avec plus d'acuité, l'existence du contrat étant niée. L'heure est à faire le bilan des prestations exécutées.

### ***B. Les restitutions en cas de rupture rétroactive***

1091. – **Rétroactivité et restitutions.** Le régime des restitutions consécutives à la nullité ou à la résolution a été élaboré par la jurisprudence dans le silence du législateur. Elle se fonde sur les termes de l'article 1184 du Code civil. Le régime mis en place est élaboré. L'extinction rétroactive du contrat fait naître des obligations de restitutions afin de permettre un retour au *statu quo ante*<sup>10</sup>. Le principe qui préside aux restitutions est la restitution en nature intégrale selon le principe romain de la *restitutio in integrum*. J. Carbonnier<sup>11</sup> parle de « *contrat synallagmatique inversé* ». En pratique, l'exécution des obligations de restitutions se révèle d'une grande complexité. La complexité est telle que le principe même des restitutions a été aménagé (1), voire écarté (2). Il donne lieu à des contentieux interminables. À la lecture des grands principes jurisprudentiels des restitutions, il en ressort que les parties ont tout intérêt à prévoir contractuellement le régime des restitutions. En effet, la jurisprudence privilégie la fiction du retour au *statu quo ante* sur une appréciation *in concreto*.

#### ***1. Le principe de la restitution en nature tempéré***

1092. – **Durée de la relation contractuelle.** Le principe des restitutions en nature a été largement tempéré. En effet, en pratique, elle est loin d'être toujours possible. La difficulté des obligations de restitutions en nature tient à l'écoulement du temps entre la conclusion du contrat et l'extinction rétroactive. La fiction du retour au *statu quo ante* nie la survenance d'événements durant cette période. Ainsi, le travail accompli ou la jouissance d'un bien ne sont pas matériellement restituables. Lorsque le bien a péri, il n'est pas non plus restituable.

1093. – **Restitution par équivalent.** Le premier tempérament est donc l'admission par la jurisprudence de la restitution par équivalent<sup>12</sup> (a). Cependant, ce tempérament se révèle insuffisant lorsque le temps s'est écoulé et que le bien a été modifié (b).

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 janv. 2002 n°99-18.680, *RTD civ.* 2003 p. 501 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 oct. 2002 n°01-02.924, *RTD civ.* 2003 p. 284 obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mai 2001 n°99-20.597 Bull. n°133, *RTD civ.* 2001 p. 699 note N. Molfessis ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 22 juin 2005 n°03-18.624 Bull. n°143 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mai 2000 n°98-15.499 Bull. n°115, *CPA* 2002 n°64 p. 16 obs. D. Martin.

<sup>11</sup> J. Carbonnier, *Les obligations*, t. 4, PUF coll. « Thémis » 22<sup>ème</sup> éd. 2000 n°107.

<sup>12</sup> Cass. com. 12 oct. 1982 n°81-10.984 Bull. n°309, *Defrénois* 1983 obs. J.-L. Aubert p.786 ; *JCP G* 1984 II 20166 obs. G. Signoret ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 2002 n°00-15.297 Bull. n°163.

### a. Tempérament au principe des restitutions en raison de l'écoulement du temps

1094. – **Restitutions monétaires.** Le tempérament porté au principe des restitutions intégrales en nature est perceptible, notamment au travers de la restitution de somme d'argent<sup>13</sup>. Le principe est que la restitution a lieu au nominal de la somme encaissée<sup>14</sup> augmentée le cas échéant des intérêts<sup>15</sup>. Ne seront prises en compte ni la dépréciation monétaire ni la perte de valeur<sup>16</sup>. Dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 mars 1996 il est décidé : « *la répétition ne pouvait porter que sur le prix nominal payé lors de la vente* ». La Haute Juridiction se prononçait quant au prix de vente de titres de société.

Une telle position privilégie la fiction juridique sur une appréciation *in concreto* : elle fait supporter le poids des choix de gestion de l'acquéreur sur le vendeur. En effet, un placement malheureux ou l'effondrement de la valeur de la monnaie sont indifférents. Cette jurisprudence ne tient pas compte de la volonté des parties.

1095. – **Restitution des fruits.** Lorsque l'obligation de restitution porte sur un bien, une restitution complémentaire intervient. Les fruits, tels que les loyers, doivent être restitués<sup>17</sup> avec le bien après déduction des frais exposés pour les obtenir. C'est l'article 549 du Code civil qui pose un tel principe<sup>18</sup>.

Or, une telle solution peut se révéler particulièrement injuste pour l'acquéreur. La restitution des loyers peut le mettre en position financière particulièrement indélicate, et ce notamment lorsqu'il subit la nullité ou qu'il est victime de l'inexécution en cas de résolution. Là encore, l'analyse *in concreto* de la situation des parties est écartée au profit de l'application pure et simple du principe de rétroactivité.

1096. – **Indemnisation de l'utilisation du bien.** Lorsque le bien a été utilisé, il n'est pas dû d'indemnité de jouissance<sup>19</sup> ou d'occupation<sup>20</sup>. Cette solution a été débattue<sup>21</sup>, mais est aujourd'hui admise.

<sup>13</sup> Art. 1895 C. civ. : « *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.* ».

<sup>14</sup> Cass. com. 29 fév. 1972 n°69-14.728 Bull. n° 77.

<sup>15</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 juin 1997 n°95-18.458 Bull. n°178 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 mai 1982 n°81-11.551 Bull. n°154.

<sup>16</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1996 n°94-12.760 Bull. n°139, *RTD com.* 1996 p. 705 obs. B. Bouloc ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 avril 1998 n° 96-18.790 Bull n°142 ; Cass. com. 19 mai 1998 n°96-16.393 et 96-17.136 Bull. n° 160.

<sup>17</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 juin 2005 n°04-12.987 Bull. n°148.

<sup>18</sup> Art. 549 C. civ. : « *Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement.* ».

<sup>19</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 mars 2010 n°08-14.009 ; Cass. com. 30 oct. 2007 n°05-17.882 Bull. n°231, *RTD com.* 2008. 409 obs. Bouloc ; *D.* 2007. AJ 2872 ; *RDC* 2008. 255 obs. T. Génicon ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mars 2003 n°01-01.673 Bull. n°74 ; *RTD civ.* 2003. 501 obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004. 265 obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mai 2007 n°05-16.926 Bull. n°193 ; *JCP* 2007. I. 185 n°5 s. obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>21</sup> Y.-M. Serinet, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mars 2003 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 mars 2003, « Faut-il « restituer » la jouissance du bien après annulation ou résolution du contrat de vente ? », *D.* 2003. 2522 n°2.



Il est heureux que l'analyse *in abstracto* de la rétroactivité ait permis d'éviter une telle solution, véritable sanction pour l'acquéreur.

Le principe des restitutions peine encore à s'appliquer lorsque le bien a été modifié.

### **b. Tempérament au principe des restitutions en raison de la modification du bien**

1097. – **Amélioration du bien.** L'amélioration du bien crée de réelles difficultés dans l'application du régime des restitutions intégrales. La jurisprudence a élaboré la théorie des impenses. Cette théorie prévoit que l'acquéreur sera indemnisé des seules dépenses nécessaires et utiles et non des dépenses somptuaires. La Cour de cassation<sup>22</sup> opère un contrôle de la qualification des dépenses par les juges du fond.

Là encore, l'acquéreur est livré à l'appréciation des juges du fond quant à la qualification des dépenses. Pourtant, l'acquéreur n'aurait pas effectué de dépenses somptuaires s'il s'était su exposé au risque de la rétroactivité. Et il est possible que ces dépenses somptuaires procurent un enrichissement au vendeur. La théorie de l'enrichissement sans cause aurait toute sa place. La fiction se heurte encore une fois à la réalité.

1098. – **Détérioration du bien.** À l'inverse, lorsque le bien a été détérioré ou a disparu, la jurisprudence prononcera une restitution par équivalent<sup>23</sup>, la valeur du bien étant déterminée au jour de la restitution et non au jour du contrat<sup>24</sup>.

La fiction de la rétroactivité rencontre les limites de la réalité contractuelle. Ces limites conduisent même dans certaines circonstances à écarter la rétroactivité.

### **2. Le principe de la rétroactivité écarté**

1099. – **Contrat à exécutions successives.** La rétroactivité est écartée dans le cadre des contrats à exécutions successives par principe<sup>25</sup>. Une telle exception illustre parfaitement les limites de la fiction. La jurisprudence a dû se rendre à l'évidence : la rétroactivité des contrats à exécutions successives est peu réaliste voir impossible à mettre en œuvre. Il y a donc lieu de distinguer là où le législateur ne distingue pas<sup>26</sup> pour permettre à la fiction de la rétroactivité de perdurer. La portée d'une telle exception fait douter de la valeur de principe de la rétroactivité.

1100. – **Turpitude.** La fiction cède encore confrontée aux adages « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » et « *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio* ». Ainsi, un contrat annulé ne donnera pas lieu à restitutions lorsque ces restitutions auront pour conséquence d'encourager la mauvaise foi

<sup>22</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 avril 1992 n°90-20.049 Bull. n°133 ; *Defrénois* 1993. 377 n°37 obs. G. Vermelle. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 1982 n°80-10.299 Bull. n°122.

<sup>23</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 2002 n° 00-15.297 Bull. n°163, *D.* 2002 p. 3108 note M.-A. Rakotovahiny, *RTD civ.* 2003 p. 284 obs. J. Mestre et B. Fages, *CCC* 2002 comm. 156 obs. L. Leveneur.

<sup>24</sup> Cass. com. 14 juin 2005 n°03-12.339 Bull. n°130 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd. 2009 n°723 ; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien coll. « Domat » 12<sup>ème</sup> éd. 2010 n°230.

<sup>25</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 avril 2003 n°01-14.890 Bull. n°87 ; *Defrénois* 2003. 1175 obs. E. Savaux ; *JCP* 2004. II. 10031 note C. Jamin ; *JCP* 2003. I. 170 n°15 obs. A. Constantin ; *JCP E* 2004. 30 note M. Keita ; *RTD civ.* 2003. 501 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>26</sup> I. Pétel-Teyssié, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier 1984, n°12.

d'une partie lui permettant d'obtenir un avantage illégitime<sup>27</sup>. La rétroactivité ne doit pas avantager une partie, mais permettre de revenir à une situation antérieure.

1101.– **Tiers.** La rétroactivité est enfin écartée lorsque des tiers de bonne foi sont concernés. L'article 2276 du Code civil dispose que le possesseur de bonne foi second acquéreur reste propriétaire par le jeu de la possession quand bien même le titre de son vendeur serait annulé. Enfin, l'annulation de la vente est sans effet sur le contrat de bail consenti dès lors qu'il s'agit d'un acte d'administration<sup>28</sup>.

1102.– La jurisprudence et la doctrine dominante sont très attachées au principe de la rétroactivité. Pourtant, le droit comparé est criant quant à l'opportunité d'abandonner cette fiction, aussi belle soit-elle.

### 3. Droit comparé – rédaction d'une clause de restitutions

1103.– **Droit comparé.** La jurisprudence française propose un régime des restitutions complexes et loin d'être toujours juste. Elle se montre davantage attachée au principe intangible du retour au *statu quo ante* plutôt qu'à une appréciation *in concreto*. Le droit français va à contre-courant de l'ensemble des autres législations. En effet, les autres systèmes juridiques prévoient que le contrat est résolu pour l'avenir. Les obligations de restitutions naissent du déséquilibre contractuel généré par l'inexécution concernée<sup>29</sup>. L'article 7.3.6 des Principes Unidroit dispose ainsi : « 1) *Après résolution du contrat, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur.* 2) *Toutefois, lorsque l'exécution du contrat s'est prolongée dans le temps et que le contrat est divisible, la restitution ne peut avoir lieu que pour la période postérieure à la résolution* ». Les principes Unidroit proposent un régime des restitutions réalistes et détaillées tenant compte de l'écoulement du temps et des éventuelles conséquences de l'impossibilité de restituer.

La rétroactivité est une fiction bien regrettable. Et rien ne semble indiquer une quelconque évolution jurisprudentielle.

1104.– **Rédaction.** Seul le rédacteur de contrat peut tenter de soustraire les parties aux effets de la rétroactivité. Les parties ont tout intérêt à anticiper les conséquences de la résolution du contrat par la stipulation de clause de restitutions<sup>30</sup>. Il est encore possible a priori d'exclure la rétroactivité et de prévoir que la rupture conventionnelle aura lieu sans rétroactivité pour l'avenir. Ainsi, les restitutions seront détachées de cette volonté illusoire de remonter le temps.

<sup>27</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1996 n°94-12.760 Bull. n°139, *JCP G* 1996 IV n°1132, *Dal. aff.* 1996 p.611, *RTD civ.* 1996 p. 907 obs. J. Mestre, *BJS* 1996 p. 583 note A. Couret, *Rev. soc.* 1997 p. 117 note D. Randoux.

<sup>28</sup> Art. 1673 al. 2 C. civ. ; Cass. com. 29 mars 1966 Bull. n°177.

<sup>29</sup> Art. 7.3.5 et 7.3.6. Principes Unidroit ; art. 9:305 Principe de droit européen des contrats) ; art. 81 (1) Convention de Vente Internationale de Marchandises ; J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, 6<sup>ème</sup> éd. 2009 par E. Savaux, Sirey n°253 ; R. Wintgen, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC* 2008. 73 s

<sup>30</sup> C. Chabas, *Résolution, Résiliation*, Rép. civ. D. 2012 n°223 et 224.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de restitution

« Les parties conviennent que la résolution judiciaire ou extrajudiciaire du contrat interviendra sans rétroactivité et n'aura d'effet que pour l'avenir libérant les parties de leurs obligations respectives sans préjudice du droit de demander des dommages et intérêts pour inexécution.

La partie victime de l'inexécution se réserve le droit de demander la restitution de ce qu'elle a fourni en contrepartie d'une indemnisation tenant compte de la détérioration ou des améliorations du bien. Un expert pourra être désigné judiciairement en cas de désaccord entre les parties. »

1105. – Le régime jurisprudentiel des restitutions est peu contesté par la doctrine et bien ancré en jurisprudence. La Haute Juridiction a créé le régime de la rétroactivité avec une minutie d'orfèvre et elle peine aujourd'hui à admettre des réajustements. Le régime de la rétroactivité doit rejoindre l'histoire de l'art juridique ; il a vocation à quitter la sphère de la pratique juridique.

Seule la pratique peut faire évoluer l'état du droit. Déjà, les contrats internationaux ont délaissé le système juridique français de la rétroactivité au profit soit des principes de droit international soit d'autres systèmes juridiques qui présentent l'avantage de la simplicité et d'un moindre coût. Le rédacteur de contrat a un véritable rôle à jouer pour faire évoluer le droit français.

1106. – **Conclusion.** La liquidation du passé contractuel invite les parties à procéder aux restitutions nécessaires. Elle invite encore les parties à s'intéresser aux éventuelles indemnisations à devoir l'une envers l'autre.

## §2. L'indemnisation du passé contractuel : le prix de la rupture

1107. – **Indemnisation.** À l'heure où le contrat s'éteint, le temps de faire les comptes s'impose aux parties. L'extinction du contrat accompagnée du cortège des restitutions se cumule avec la responsabilité contractuelle. Parmi les obligations post-contractuelles, la responsabilité contractuelle tient une place prépondérante. Les parties peuvent avoir aménagé cette responsabilité au travers de différentes clauses. En outre, la rupture du contrat peut avoir pour effet de faire naître une obligation légale d'indemnisation de la partie faible au contrat sans considération de faute. La pratique s'est emparée de ce régime pour le transposer aux dirigeants de sociétés.

La rupture a un prix :

- selon qu'elle procède d'une rupture sanctionnant l'inexécution, le retard d'exécution ou la mauvaise exécution des obligations (A) ;
- ou selon qu'elle procède d'une rupture détachée de toute notion de faute ayant pour conséquences légales ou contractuelles de donner naissance à une obligation d'indemnisation particulière (B).

### ***A. L'obligation post-contractuelle de réparation : l'indemnisation pour faute***

1108. – **Extinction et responsabilités.** Le droit de la responsabilité vient solder les comptes entre les parties lors de l'extinction du contrat. Ainsi, la partie victime de l'inexécution a le droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice causé par le fait fautif de son ancien partenaire durant les relations contractuelles. Il existe divers chefs de responsabilité contractuelle pouvant ouvrir droit à

indemnisation. En principe, les parties doivent saisir les juridictions compétentes pour demander l'octroi de dommages et intérêts lorsqu'une faute contractuelle cause un préjudice.

Les parties sont cependant libres d'anticiper :

- soit les chefs de responsabilité par des clauses limitatives de responsabilité (1) ;
- soit les conséquences de la responsabilité contractuelle en prévoyant des clauses spécifiques d'indemnisation (2).

### **1. Les différents chefs de responsabilité**

1109. – Le fait fautif engage la responsabilité de son auteur qui doit réparation des préjudices en lien de causalité avec le fait reproché. La responsabilité peut être due en raison de l'invalidité du contrat, de la rupture en elle-même ou de l'inexécution, du retard d'exécution ou de la mauvaise exécution des obligations.

1110. – **Nullité et responsabilité.** La nullité n'éteint pas le droit d'indemnisation des parties. Le chef de préjudice doit avoir pour « *raison la conclusion du contrat annulé* »<sup>31</sup>. Le régime de responsabilité retenue est cependant celui de la responsabilité délictuelle. En considérant le fait que le contrat n'existe plus, il ne serait pas possible de faire reposer le fondement de la responsabilité sur un support annulé<sup>32</sup>.

Cette position jurisprudentielle est uniquement fondée sur l'application de la fiction de la rétroactivité et ne sert pas la logique juridique. Le préjudice indemnisable est celui causé par le contrat invalide. Il repose donc sur un contrat, fût-il nul. Il ne semble pas possible de prévoir une clause de responsabilité concernant les causes de nullité du contrat. D'une part, lors de la conclusion du contrat, les parties de bonne foi ignorent la cause de nullité qui affecte le contrat<sup>33</sup> étant rappelé que les conditions de validité sont d'ordre public. D'autre part, la jurisprudence ne donnerait pas application aux clauses contractuelles lors du prononcé de la nullité. En effet, la jurisprudence refuse d'appliquer les stipulations contractuelles, le contrat étant nul, il ne peut pas recevoir d'application.

1111. – **Rupture brutale et responsabilité.** La rupture brutale des relations commerciales établies est source de responsabilité et peut donner lieu à une action en responsabilité indemnisable<sup>34</sup>. Les chefs de préjudice sont principalement la perte commerciale consécutive et le manque à gagner — voir le coût des licenciements. La jurisprudence prend en compte différents éléments pour déterminer le quantum des dommages et intérêts alloués. Ainsi, sont pris en compte : «

- *la durée de la relation contractuelle ;*
- *le chiffre d'affaires annuel réalisé avec l'auteur de la rupture fautive ;*
- *la part de ce chiffre d'affaires par rapport au chiffre d'affaires global de la victime (critère de la dépendance économique) ;*

<sup>31</sup> Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004 n°02-16.302 Bull. n° 2, *D.* 2004 J. p. 2175 obs. C. Tuillon, *AJDI* 2005 p. 331 obs. F. Cohet-Cordey, *RTD civ.* 2005 p. 125 obs. J. Mestre et B. Fages, *Defrénois* 2004 p. 1402 obs. R. Libchaber.

<sup>32</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 nov. 1979 n°77-15.903 Bull. n°279, *D.* 1980 I.R. p. 264 obs. J. Ghestin, *RTD civ.* 1980 p. 763 obs. F. Chabas ; Cass. com. 11 janv. 1984 n°82-13.259 Bull. n°16 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 2011 n°10-11.721, *RDC* 2011/4 p. 1139 obs. T. Génicon ; *RDC* 2011/84 n°4296 obs. Ch. Paulin ; *JCP* 2011 n°22 obs. Y.-M. Serinet.

<sup>33</sup> Exemple : Art. 1599 C. civ. : « *la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ».

<sup>34</sup> cf. Thèse Partie 1 Titre 1 "Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale", p. 69.

- les investissements réalisés dans le cadre de la relation commerciale et perte de ces investissements ;
- la baisse de chiffre d'affaires à la suite de la rupture. »<sup>35</sup>

Un auteur a effectué une analyse des dommages et intérêts alloués qui correspondrait à un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par mois en fonction de la durée de la relation. Le tableau suivant a été édité<sup>36</sup> :

Durée	Hypothèse haute	Hypothèse basse
5 ans	6 mois	3 mois
10 ans	12 mois	6 mois
15 ans	18 mois	9 mois
20 ans	24 mois	10 mois
25 ans	30 mois	15 mois
30 ans	36 mois	18 mois
35 ans	42 mois	21 mois
40 ans	48 mois	24 mois
45 ans	54 mois	27 mois
50 ans	60 mois	30 mois

Ce tableau n'est qu'indicatif, mais permet de donner une ligne jurisprudentielle permettant de fonder les prétentions des parties. Un autre tableau a été réalisé en comparant les dommages et intérêts en fonction des cours d'appel<sup>37</sup>.

1112.- **Rédaction.** La rupture brutale des relations commerciales établies peut difficilement faire l'objet de clauses de responsabilité. Il est particulièrement difficile d'anticiper le préjudice à subir en tenant compte de la durée de la relation commerciale.

1113.- **Résolution et responsabilité.** La résolution n'écarte pas la possibilité pour un partenaire d'engager la responsabilité contractuelle de son débiteur du fait de son inexécution, de sa mauvaise exécution ou de son retard d'exécution. C'est sur ce chef de responsabilité que la plupart des clauses de responsabilité sont stipulées. Il y a lieu soit de se prémunir contre l'inexécution de son partenaire commercial (clause pénale par exemple) ou à l'inverse, de limiter les conséquences de son inexécution (clause limitative de responsabilité).

Si le recours judiciaire est toujours possible, les parties peuvent prévoir une clause d'indemnisation afin de régler entre elles les conséquences des inexécutions.

## 2. Les clauses de responsabilité

1114.- **Clauses.** Quitter une relation oblige à déterminer la responsabilité de chacun dans le cadre de la phase d'exécution du contrat. Il existe des clauses qui sont favorables au créancier, il s'agit principalement de la clause pénale (a). D'autres clauses sont favorables au débiteur. Il s'agit principalement des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité (b).

<sup>35</sup> Lamy Assurances 2012 Partie 7 n°5101.

<sup>36</sup> A. Fontaine, *La réparation des sinistres matériels automobiles, Tentatives de régulation des pratiques en assurance*, thèse Paris XII, 2002.

<sup>37</sup> O. Deshayes, « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RCD* 2010 n°51.

Ces clauses font partie des obligations post-contractuelles qui survivent à l'extinction du lien contractuel. Leur stipulation témoigne généralement des rapports de force qui peuvent exister entre les parties. Le rédacteur de contrat unique, c'est-à-dire pour les deux parties, doit veiller à préserver un certain équilibre contractuel et à ne pas trop désavantager une partie par rapport à l'autre.

#### a. La clause pénale, clause favorable au créancier

1115. – La clause pénale a attiré l'attention du législateur qui lui consacre toute une section au sein du Code civil.

1116. – **Définition.** Elle est définie à l'article 1226 du Code civil comme suit : « *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* ». Les parties ôtent aux juges leur pouvoir souverain d'appréciation des dommages et intérêts à octroyer dans le cadre du jeu de la responsabilité sur le fondement des articles 1147 et 1137 du Code civil.

1117. – **Caractéristiques.** Il s'agit d'une clause comminatoire sanctionnant l'inexécution de l'obligation. Elle instaure une peine privée de la mauvaise exécution ou de l'inexécution. « *D'un point de vue psychologique il faut souligner que la clause présente l'important avantage de donner confiance au contractant lorsque les parties à la négociation contractuelle ne se connaissent pas. En acceptant de s'engager dans le cadre d'une clause pénale, le débiteur donne à penser à l'autre partie qu'il est un cocontractant fiable.* »<sup>38</sup>

Sa mise œuvre ne peut donc pas se cumuler avec des mesures d'exécution forcée comme le rappelle le législateur<sup>39</sup>.

1118. – **Mise en œuvre.** Le législateur a même pris la peine de prévoir les modalités de sa mise en œuvre imposant le formalisme d'une mise en demeure préalable<sup>40</sup>. Si le législateur précise que cette peine privée concerne principalement les obligations principales du contrat, il convient de préciser d'une part que les parties sont libres de définir les obligations accessoires et principales du contrat, et d'autre part que la jurisprudence admet que de telles clauses puissent sanctionner l'inexécution des obligations accessoires<sup>41</sup>.

1119. – **Inconvénient : le pouvoir modérateur du juge.** Le principal inconvénient de la clause pénale est le pouvoir modérateur du juge, à la hausse ou à la baisse. Ainsi, les parties ne sont-elles pas entièrement libres de se soustraire au contrôle judiciaire. L'article 1231 du Code civil dispose : « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'appli-*

<sup>38</sup> W. Dross, *Clausier Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrat de droit privé interne*, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, p. 463.

<sup>39</sup> Art. 1228 C. civ. : « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.* ».  
Art. 1229 C. civ. : « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.*  
*Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.* ».

<sup>40</sup> Art. 1230 C. civ.

<sup>41</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 fév. 1960 Bull. n°94.



*cation de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.* » Son application se cumule avec l'article 1152 du Code civil qui précise quant à lui que ce pouvoir de contrôle judiciaire est souverain et s'exerce quand la somme stipulée est manifestement excessive ou dérisoire par rapport au préjudice subi<sup>42</sup>. Le juge ne se substitue donc pas aux parties, mais peut intervenir dans des cas d'abus manifeste. Reste à définir les cas d'abus manifeste.

Pour le rédacteur de la clause, la principale difficulté est de chiffrer la peine. En effet, la clause pénale a une valeur comminatoire : il faut donc que le montant soit incitatif d'une bonne exécution par le débiteur et de ce fait supérieur au préjudice subi. Concernant des conventions de longue durée, il est difficile de chiffrer par anticipation le préjudice réellement subi. Si celui-ci est par trop supérieur au préjudice réellement subi, le juge pourra en réduire le montant. Si celui-ci est par trop inférieur au préjudice, la clause pénale perd tout son intérêt. Il convient de préciser que le préjudice existe du seul fait de l'inexécution<sup>43</sup>. Il n'est pas nécessaire de justifier d'un préjudice particulier, même si, dans la pratique, les juges du fond y sont sensibles.

La méfiance du législateur envers cette peine privée est patente concernant le droit de la consommation puisqu'il s'agit d'une clause « grise », c'est-à-dire présumée abusive entre professionnel et consommateur<sup>44</sup>.

1120. – **Utilité.** Il ressort que l'utilité d'une telle clause est limitée en raison du contentieux potentiel qu'elle engendre : le débiteur indélicat n'hésitera pas à contester le montant de la clause pénale et à saisir les juridictions compétentes. Cependant, elle est d'une grande efficacité. Elle est souvent utilisée en matière bancaire bien qu'elle puisse s'adapter à tout type de contrat. Les pénalités de retard sont qualifiées de clauses pénales. La clause pénale a vocation à intervenir principalement lors de la résolution du contrat, la résolution pouvant se cumuler avec une action en responsabilité. Cependant, cette clause peut produire un effet, quelle que soit la cause d'extinction du contrat<sup>45</sup>.

1121. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat devra veiller à définir précisément le chef de responsabilité contractuelle que vient sanctionner la clause pénale. La principale difficulté tiendra à l'évaluation du montant de l'indemnisation. Il n'est pas inutile de se référer à l'usage lorsqu'il en existe un — comme c'est le cas en matière bancaire.

---

<sup>42</sup> Cass. com. 18 juin 2013 n°12-18.420 Bull. n°NC.

<sup>43</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 janv. 1994 n°91-19540 Bull. n°5, *RJT* *civ.* 1994 obs. J. Mestre p. 605.

<sup>44</sup> Art L. L 132-1 et R. 132-2 3° C. conso : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ».

<sup>45</sup> Pour un exemple d'application de la clause pénale en cas de caducité : Cass. com. 22 mars 2011 n°09-16.660 Bull. n°294, *D.* 2011 p. 2179 obs. X. Delpech.

### ■ Clause pénale

« À défaut d'inexécution, d'exécution conforme ou en cas de retard d'exécution par l'une des parties au contrat des obligations prévues aux articles x et y du contrat et huit jours après envoi d'une lettre de mise en demeure envoyée en recommandé avec accusé de réception restée infructueuse, la partie défaillante versera à la partie créancière une somme de xxx euros à titre de dommages-intérêts forfaitaires. »

1122. – La clause pénale donne confiance au créancier et dissuade le débiteur de mal exécuter ses obligations. Il existe à l'inverse des clauses favorisant le débiteur de l'obligation et minimisant sa responsabilité.

#### b. La clause limitative de responsabilité, clause favorable au débiteur

1123. – **Clause limitative de responsabilité contractuelle.** À l'inverse de la clause pénale stipulée au profit du créancier, le droit connaît de l'existence des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité stipulée au profit du débiteur. Ces clauses ne concernent que la responsabilité contractuelle à l'exclusion de la responsabilité délictuelle<sup>46</sup> ou de la responsabilité pénale<sup>47</sup>. Cette distinction repose sur le fait que le contractant n'est tenu que dans la limite des termes du contrat ; il ne répond pas à une obligation générale de comportement. Cette distinction est d'autant plus importante qu'elle limite la portée de la clause exclusive ou limitative de responsabilité : la clause voit sa portée limitée aux risques du contrat en faveur du débiteur, mais ne porte pas sur l'éventuelle réparation du dommage résultant de ses fautes<sup>48</sup>.

1124. – **Définition et caractéristiques.** Ces clauses portent mal leur nom : il ne s'agit pas tant du principe de responsabilité que du dédommagement qui est limité ou exclue. En soit, la simple mauvaise exécution d'une obligation engage la responsabilité de son auteur sauf cas de force majeure, faute de la victime de l'inexécution ou d'un tiers. L'enjeu porte non sur le chef de responsabilité, mais sur le principe de l'indemnisation. Est considérée comme une clause exclusive ou limitative de responsabilité toute stipulation ayant pour objet de restreindre le droit d'indemnisation, que ce soit par le biais procédural ou par le biais du quantum du préjudice.

1125. – **Validité.** Ces clauses sont peu encadrées par le législateur, mais la question de leur validité a pu être posée en jurisprudence. Dans un premier temps hostile aux clauses exclusives ou limitatives de responsabilité<sup>49</sup>, la jurisprudence a admis leur pleine validité<sup>50</sup>. La clause limitative de respon-

<sup>46</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 17 fév. 1955, *D.* 1956 p. 17 obs. A. Esmein : « Sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par la convention. ».

<sup>47</sup> Cass. civ. 29 juin 1872, *Jur. gén. D.* n° 105 ; T. civ. Seine 27 mars 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 686 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 juin 1970 n°68-13.721 Bull. n°197 ; *D.* 1970. Somm. 192.

<sup>48</sup> Cass. civ. 18 janv. 1933, *DH* 1933. 115 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 14 fév. 1955, *D.* 1956. 17.

<sup>49</sup> Cass. civ. 13 août 1872, *DP* 1872 I p. 228.

<sup>50</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 juin 1989 n°86-18.410 Bull. n° 265 ; *JCP* 1989. IV. 331 ; Cass. com. 23 nov. 1999 n°96-21.869 Bull. n° 210 ; *CCC* 2000 n° 40 obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 2000. 245 obs. D. Mazeaud ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 janv. 1982 n°80-15.745, *D.* 1982 p. 457 obs. C. Larroumet.

sabilité ne saurait porter sur les garanties légales d'ordre public<sup>51</sup> que dans les limites prévues par la loi comme c'est le cas pour la garantie des vices cachés<sup>52</sup>.

Cependant, la validité des clauses exclusives de responsabilité pose la question de l'application des dispositions relatives à la nullité des clauses purement potestatives<sup>53</sup>. Si le débiteur se sait exonéré de toute responsabilité, l'obligation ne devient-elle pas potestative ? La jurisprudence use du concept de cause pour écarter l'application de telles clauses lorsqu'elles ont pour objet de contredire une obligation essentielle du contrat<sup>54</sup>. La clause exclusive ou limitative de responsabilité ne doit pas faire disparaître tout engagement. La jurisprudence a évolué dans le sens de la fermeté n'hésitant pas à priver de tout effet la clause portant sur une obligation essentielle du contrat<sup>55</sup>. Confrontée à de vives critiques, la jurisprudence a fini par assouplir sa position<sup>56</sup>. Les juges opèrent un véritable contrôle de la clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle en tenant compte « *de l'étendue exacte de la limitation qu'elle pose, qu'elle entrave les moyens d'action du créancier, au point de vider de toute portée l'obligation du débiteur* »<sup>57</sup>. Les juges s'intéressent à la portée de l'engagement du débiteur envers le créancier. « *La validité de la clause est le fruit d'une appréciation circonstanciée visant à déterminer si [elle maintient] sur le débiteur une pression suffisante pour l'inciter à fournir le degré de diligence auquel l'équilibre de l'opération l'engageait* »<sup>58</sup>.

Il convient d'approuver l'évolution de cette jurisprudence qui allie réalisme juridique et justice contractuelle. Un certain équilibre a pu être trouvé entre les intérêts en présence.

1126. – **Dispositions dérogatoires.** Certains droits spécifiques viennent s'en mêler en contestant la validité de ces clauses comme en matière de transport de marchandises<sup>59</sup>, de transport mari-

<sup>51</sup> Cass. com. 19 mars 2012 n°11-26.566 Bull. n°NC.

<sup>52</sup> Art. 1643 C. civ. : « *Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ».

<sup>53</sup> cf. Thèse Partie 2 Titre 2 Chapitre 2, "La potestativité du dédit : un droit arbitraire valable", p. 297.

<sup>54</sup> Aff. Dite Chronopost : Cass. com. 22 oct. 1996 n°93-18.632 Bull. n°261 et Cass. ch. mixte 22 avril 2005 n° 03-14.112 Chronopost Bull. n° 4 : « *une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat* ». Cette entreprise entendait limiter sa responsabilité en cas de retard dans l'accomplissement de sa mission. La Cour de cassation avait écarté une telle clause au visa de l'art. 1131 C. civ. la clause limitative de responsabilité « contredisait la portée de l'engagement pris ».

<sup>55</sup> Cass. com. 5 juin 2007 n° 06-14.832 Thales c/Extand Bull. n° 157 ; *D.* 2007. AJ 1720 obs. X. Delpech ; *CCÉ* 2007 n° 151 note Ph. Stoffel-Munck ; Cass. com. 9 juin 2009 n° 08-10.350 ; *RJD* 2009 no 811 ; *Contrats* 2009, 1359, note D. Mazeaud.

<sup>56</sup> Cass. com. 18 déc. 2007 n°04-16.069 Edf Bull. n° 265 ; *D.* 2008. AJ 154 obs. X. Delpech ; *JCP* 2008. I. 125 nos 13 s. obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2008. 262 note T. Genicon et 287 note G. Viney ; *RJD civ.* 2008. 310, obs. P. Jourdain ; D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008. Chron. 1776.

<sup>57</sup> T. Genicon, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008. 982 s., spéc. p. 984-985.

<sup>58</sup> Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. com. 29 juin 2010 n° 09-11.841 Sté Faurecia c/Sté Oracle Bull. no 115 ; *JCP E* 2010 no 37 1790 et *CCÉ* 2010 n° 99.

<sup>59</sup> Art. L. 133-1 C. com.

time<sup>60</sup>, de droit aérien<sup>61</sup>, de droit de la construction<sup>62</sup>, ou encore de droit du travail<sup>63</sup>. En matière de droit de la consommation, le législateur précise qu'il s'agit de clauses présumées irréfragablement abusives quand elles sont stipulées au profit du professionnel<sup>64</sup>. Le législateur s'est montré ici particulièrement sévère puisqu'il ne laisse aucune chance au professionnel de lever la présomption d'abus qui entache la clause limitative de responsabilité.

1127.– **Efficacité.** Il en ressort que ces clauses sont soumises à de réelles restrictions de validité. Une fois sa validité acquise, elles sont cependant pleinement efficaces sous réserve de l'intervention de la jurisprudence qui exclue le cas du dol<sup>65</sup> et de la faute lourde du débiteur. La jurisprudence<sup>66</sup> a ainsi introduit une distinction selon que la faute considérée soit dolosive<sup>67</sup> ou lourde<sup>68</sup> d'une part, ou légère d'autre part. La jurisprudence use ainsi de la notion de bonne foi pour moduler l'efficacité des clauses élusives ou limitatives de responsabilités : une partie ne saurait échapper à sa responsabilité dès lors qu'elle a commis un dol dans la réalisation de la faute. La responsabilité sera alors délictuelle, et non plus contractuelle<sup>69</sup>.

---

<sup>60</sup> Loi n°66-420 du 18 juin 1966 art. 27 à 29.

<sup>61</sup> Art. L. 321-3 et L. 322-3 C. aviation.

<sup>62</sup> Art. 1792-5 C. civ.

<sup>63</sup> Art. L. 1231-4 C. trav.

<sup>64</sup> Art. L. 132-1 et R. 132-1 6° C. conso : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ».

<sup>65</sup> Cass. com. 16 mars 1981 n°79-15.884 Bull. n°140

<sup>66</sup> A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, Le Mans, 2000.

<sup>67</sup> La faute dolosive dans l'exécution du contrat est définie aux art. 1150 et 1151 C. civ. Il s'agit d'une faute intentionnelle qui s'apprécie *in concreto*. Longtemps, cette notion renvoyait à la preuve de l'intention de nuire. Aujourd'hui, l'intention de nuire n'est plus nécessaire, il convient de prouver que l'inexécution est consciente et voulue sans tenir compte de la volonté ou non de créer un dommage : Cass 1<sup>ère</sup> civ. 4 fév. 1969 Bull. n° 60 ; *D.* 1969. 601 note D. Mazeaud ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 1975 n° 74-13.217 Bull. n°290 ; *D.* 1976. 151 note D. Mazeaud.

<sup>68</sup> La faute lourde est une faute non-intentionnelle qui s'apprécie *in abstracto* du fait de la particulière gravité en comparaison avec *bonus pater familias*. « *La faute lourde s'entend d'une négligence d'une extrême gravité [...], et dénotant l'inaptitude [du débiteur] à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* » : Cass com. 17 nov. 1992 n°91-12.223 Bull. n° 366 ; *RTD com.* 1993. 568 obs. B. Bouloc ; Cass. com. 10 oct. 1995 n°93-17.383, *RJDA* 1996, n° 61 ; Cass. com. 28 juin 2005 n°03-20.744 Bull. n° 147 ; *D.* 2005. 2748 obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2006. 474, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2005. 10150 note E. Tricoire ; Cass.com. 27 fév. 2007 n°05-17.265 Bull. n°73 ; *D.* 2007. AJ 1013 obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2007. 592 obs. B. Bouloc ; *JCP E* 2007. 1795 note A. Cathiard ; Cass. com. 10 mars 2009 n°08-15.457 Bull. n° 38 ; *D.* 2009. AJ 869 obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2009. 610, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2009. Chron. 248 n° 8 obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2009. 1044 note S. Carval, CA Orléans 30 oct. 2008, *JCP* 2009. IV. 1939.

<sup>69</sup> Cass. req. 2 juill. 1929, *DH* 1929. 413.

Une telle solution porte atteinte à la règle de non-option entre les responsabilités délictuelles et contractuelles<sup>70</sup>. Il serait préférable de rester dans le domaine de la responsabilité contractuelle en invoquant l'existence d'un ordre public contractuel<sup>71</sup> fondé sur l'article 1134 al. 3 du Code civil.

La notion de faute lourde tient compte du comportement du débiteur. Sa portée reste cependant strictement limitée par la jurisprudence<sup>72</sup>.

Les clauses élusives ou limitatives de responsabilité sont pleinement efficaces dans les autres cas. Leur portée peut être étendue au fait du préposé. Ces clauses sont très courantes dans la pratique du droit des affaires.

1128. – **Rédaction.** La clause évasive ou limitative de responsabilité porte principalement sur le principe de l'indemnisation ou une limitation du préjudice indemnisable. Cette stipulation varie en fonction des situations contractuelles. Ainsi, certaines clauses visent à exclure la réparation de certains dommages, mais pas de tout dommage<sup>73</sup>. Il est courant de voir stipuler que le débiteur de l'obligation ne sera pas tenu de réparer le dommage commercial ou les pertes financières.

Les clauses limitatives de responsabilité sont très couramment utilisées par les sociétés de transport. Il est courant de voir stipulée une clause limitant la responsabilité du transporteur à une somme maximale par kilo de poids brut de marchandise en cas de marchandise perdue ou abîmée. Les clauses exclusives de responsabilité sont encore très courantes dans les contrats de prestations de service via des sites internet. Ainsi, dans les conditions générales d'utilisation de sites internet, il est courant de voir stipuler que le prestataire n'est pas responsable en cas de coupure d'accès à ses services et de renvoyer à la responsabilité du fournisseur d'accès.

Enfin, la pratique a recours au contrat de garantie de passif dont l'objet est la limitation de la responsabilité du cédant. Il s'agit de contrat dont la négociation est primordiale tant pour le cédant que pour le cessionnaire. Son objet est de déterminer l'assiette de la garantie et d'enfermer le montant d'indemnisation selon un montant plafonné. En général, il est prévu un seuil de déclenchement.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause limitative de responsabilité dans une convention de garantie de passif :

« Le cédant s'engage à désintéresser le cessionnaire et ses substitués de tout préjudice qu'il subirait dans les conditions prévues ci-après :

- en raison d'inexactitude ou d'omission des informations demandées par le cessionnaire ;
- en raison de l'inexécution des engagements souscrits aux articles x et y du contrat ;

<sup>70</sup> Cass. civ. 21 juill. 1890, *DP* 1891. 1. 380 ; Cass. civ. 11 janv. 1922, *GAJFC* 12<sup>ème</sup> éd. 2008 n° 181 ; *DP* 1922. 1. 16 ; *Gaz. Pal.* 1922. 1. 344 ; Cass. civ. 6 avril 1927, *S.* 1907. 201.

<sup>71</sup> M. Poumarède, « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, D. Action 2012 sous la direction de Ph. Le Tourneau.

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 avril 2009 n° 08-14.545 ; *JCP* 2009. 248 obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 21 janv. 2009 n° 08-10.439 Bull. n° 13 ; *CCC* 2009. 94 obs. L. Leveneur ; *JCP* 2009. 248 obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>73</sup> J. Huet, « Droit de l'informatique : le régime juridique de la télématique interactive », *JCP G* 1984 I n°3147 ; H. Dubout, « L'exclusion des dommages consécutifs ou indirects dans les contrats d'acquisition d'entreprise », *BJS* 2002 p. 769.



- en cas de survenance de tout passif non comptabilisé ou de tout passif supplémentaire excédant celui figurant dans les comptes de référence ;
- en cas de constatation de toute surestimation de la valeur des actifs figurant dans les comptes de référence ;
- en cas de redressement fiscal portant sur la période antérieure à la cession.

*Le montant du préjudice sera déterminé amiablement entre les parties. En cas de contestation, une action en justice pourra être intentée pour faire désigner un expert.*

*Le montant du préjudice est mis à la charge du cédant que lorsque leur total au cours de la période de garantie dépasse le seuil de xxx euros. Une fois atteint ce montant, le cédant est tenu à partir du premier euro.*

*Le cumul du montant du préjudice ne pourra pas excéder le montant de xxx euros qui constitue le plafond de l'engagement de garantie des cédants.*

*Le cessionnaire informe le cédant de l'existence d'un préjudice au plus tard dans les trente jours suivant celui où il en aura lui-même connaissance. La notification devra indiquer la nature et le montant des réclamations accompagnées des pièces justificatives.*

*Le cédant dispose d'un délai de 30 jours à compter de la notification pour indiquer s'il accepte ou rejette la réclamation.*

*L'engagement est consenti à compter de l'acte de cession pour la durée des prescriptions légales applicables en matière fiscale, parafiscale, sociale, parasociale et douanière. »*

#### ■ **Clause évasive de responsabilité :**

*« Le débiteur ne sera pas responsable des retards d'exécution. »*

#### ■ **Clause limitative de responsabilité :**

*« La responsabilité du distributeur au titre de ses actions ou de celles de ses préposés est limitée au montant des sommes encaissées par lui au titre du contrat. »*

#### ■ **Clause limitative de responsabilité sur une obligation accessoire :**

*« Le prestataire ne garantit pas que les services seront utilisables en cas de défaillance du fournisseur d'accès internet de l'utilisateur, ou en cas de non-fonctionnement ou de mauvaises conditions d'accès provoquées par l'encombrement du réseau internet et toutes autres raisons extérieures au prestataire. »*

1129. – La pratique dispose ainsi de différents outils pour aménager la responsabilité contractuelle entre les parties révélant bien souvent les rapports de force qui ont présidé à la négociation. Ces clauses sont susceptibles de porter une grave atteinte à l'équilibre contractuel. Le rédacteur de contrats d'adhésion devra veiller à ne pas désavantager totalement une partie au bénéfice de l'autre.

1130. – **Conclusion.** La question de l'indemnisation ne se pose pas uniquement au titre de la responsabilité contractuelle. Une indemnité de sortie de contrat peut être due sans considération de faute.

### ***B. Obligation d'indemnisation de fin de contrat sans considération de faute***

1131. – **Loi.** Le législateur est intervenu pour organiser la sortie de contrat par l'instauration d'obligations d'indemnisation au bénéfice d'un partenaire contractuel du fait de la rupture, sans considération de faute. Il s'agit de statuts spéciaux qui visent à prémunir une partie en position de



faiblesse contre les conséquences présumées défavorables de la rupture. Ainsi, le législateur préserve le droit de rompre un contrat, mais y instaure une contrepartie pécuniaire au bénéfice de la partie en position de faiblesse (1).

1132.– **Pratique.** La pratique s'est emparée de ces dispositions pour les transposer en droit des sociétés en cas de départ des dirigeants. Ici, la problématique n'est plus la protection d'une partie en position de faiblesse, mais bien l'indemnisation d'une partie en position de force (2).

### ***1. Obligations légales d'indemnisation des partenaires***

1133.– **Partie faible au contrat.** La loi protège les parties considérées en position de faiblesse par rapport à leur partenaire lorsque le contrat est rompu par l'instauration d'une obligation d'indemnisation. Il s'agit principalement du salarié (a), de l'agent commercial (b) et du locataire d'un bail commercial (c).

#### **a. Le salarié et les indemnités de licenciement**

1134.– **Les indemnités de licenciement.** En cas de licenciement d'un salarié, la loi prévoit le paiement de diverses indemnités alors même que le licenciement a une cause réelle et sérieuse. Ainsi, lorsque le salarié était lié par un contrat de travail à durée indéterminée, lui est dû :

- éventuellement, l'indemnité compensatrice de préavis lorsque l'employeur dispense le salarié d'effectuer son préavis ;
- l'indemnité compensatrice de congés lorsque le salarié n'a pas pris l'ensemble de ses congés ;
- l'indemnité légale de licenciement<sup>74</sup> lorsque le salarié compte au moins un an d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur<sup>75</sup> et qu'il n'est pas licencié pour faute grave ou lourde. Des indemnités conventionnelles plus favorables peuvent avoir été prévues par les conventions collectives.

Lorsque le salarié était lié par un contrat de travail à durée déterminée, lui est dû :

- l'indemnité compensatrice de congés lorsque le salarié n'a pas pris l'ensemble de ses congés ;
- l'indemnité de fin de contrat venant indemniser la situation de précarité du salarié<sup>76</sup>.

1135.– **V.R.P.** Une indemnisation particulière<sup>77</sup> est due au V.R.P. (voyageur représentant placier) qui tient compte notamment de : « l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. Le montant de cette indemnité de clientèle tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié. » La Cour de cassation<sup>78</sup> précise que : « l'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison en lui faisant perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui ». Cette indemnité constitue une compensation de l'investissement du V.R.P. au nom et pour le compte de l'employeur.

<sup>74</sup> Art. R. 1234-2 C. trav.

<sup>75</sup> Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 « portant modernisation du marché du travail » et décret n°2008-715 du 18 juill. 2008.

<sup>76</sup> Art. L. 1243-8 C. trav.

<sup>77</sup> Art. L. 7313-13 C. trav.

<sup>78</sup> Cass. soc. 6 juill. 1939, *D.* 1941 p. 33 obs. P. Pic. ; Cass. soc. 17 oct. 1982, *D.* 1983 IR p. 104.

1136.– **Rédaction.** Les parties ne peuvent pas déroger à ces dispositions d'ordre public. Il s'agit d'un choix politique visant à garantir une protection du salarié. L'employeur qui décide de rompre le contrat de travail de son salarié doit donc anticiper les conséquences pécuniaires de sa décision en provisionnant les sommes qui seront dues.

Outre le régime légal du droit du travail, des indemnités légales peuvent être dues en cas de cessation du lien contractuel de l'agent commercial.

## b. L'agent commercial et l'indemnité de clientèle

1137.– **Indemnisation de clientèle.** L'agent commercial<sup>79</sup> exerce son activité en vertu d'un mandat d'intérêt commun en participant : « à l'essor d'une entreprise par la création et le développement d'une clientèle nés de l'effort commun de deux partenaires »<sup>80</sup>. En cas de cessation de son contrat, il a droit à une indemnisation<sup>81</sup>, cette indemnité étant d'ordre public : les parties ne peuvent pas décider de l'écartier<sup>82</sup>. Elle a pour objet de « réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties »<sup>83</sup>. En l'absence de clause prévoyant le montant de l'indemnité de clientèle, l'agent commercial pourra saisir les juridictions chargées de déterminer souverainement le *quantum* de cette indemnité<sup>84</sup>. Le droit européen s'est prononcé pour une interprétation *in favorem* de cette indemnité<sup>85</sup>.

Les parties ont donc tout intérêt à stipuler une clause spécifique. Cependant, la jurisprudence n'hésite pas à annuler toute clause contraire ou plus restrictive<sup>86</sup>. Le montant de l'indemnité correspond en général à deux années de commissions. Il est préférable de prévoir une clause de négociation du montant de l'indemnité de clientèle à faire valoir par l'agent commercial dans l'année de la rupture. Le recours à un expert peut être opportun.

1138.– **Évolution.** Ce régime est spécifique à l'agent commercial et ne s'étend pas aux autres partenaires dans le cadre de contrat de distribution. La pratique tend à délaisser le statut d'agent commercial pour échapper au paiement de l'indemnité de clientèle. Les parties doivent cependant être vigilantes, la jurisprudence pouvant toujours requalifier un contrat de distribution en contrat d'agence commerciale et lui appliquer le régime qui en découle.

---

<sup>79</sup> Art. L. 134-4 C. com. : « 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.*

*L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. ».*

<sup>80</sup> J. Ghestin, *Le mandat d'intérêt commun*, in *mélange J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 105 ; C. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris V 1991.

<sup>81</sup> Art. L. 134-12 C. com. : « En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. ».

<sup>82</sup> Art. L. 134-16 C. com.

<sup>83</sup> Cass. com. 26 mars 2008 n°07-10.286, *CCC* 2008 comm. 154 obs. N. Mathey.

<sup>84</sup> Cass. com. 10 mai 1977 no76-10.551, *JCP G* 1979 II n°19048.

<sup>85</sup> CJCE 26 mars 2009 aff. C-348/07 Turgay Semen, *Rec. CJCE* I p. 2341.

<sup>86</sup> Cass. com. 17 juin 2003 n°01-11.300, *D.* 2003 p. 1910 obs. E. Chevrier et p. 2428 obs. D. Ferrier, *BRDA* 2003 n°13 p.5, *RFD A* 2003 no 1170, *CCC* 2003 comm. 133 obs. L. Leveneur, *JCP E* 2004 n°464 obs. Ph. Grignon.

Outre le salarié et l'agent commercial, le locataire bénéficie également d'indemnités légales en cas de rupture du bail commercial.

### c. Le locataire d'un bail commercial et l'indemnité d'éviction

1139. – **Droit à indemnité d'éviction.** Le statut du locataire d'un bail commercial est un régime des plus protecteurs. Il vise à préserver le locataire et la pérennité de son fonds de commerce, et ce, même au détriment du bailleur et de son droit de propriété. Le législateur prévoit ainsi que le bailleur est tenu au versement d'une indemnité d'éviction au bénéfice du locataire d'un bail commercial en cas de refus injustifié par celui-ci de renouveler le contrat du bail commercial<sup>87</sup>. Cette indemnité est la contrepartie du droit de rompre le bail commercial par le bailleur au détriment du droit de renouvellement du locataire.

1140. – **Montant de l'indemnité d'éviction.** L'article L. 145-14 al. 2 du Code de commerce dispose ainsi : « *Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession, augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation, ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre.* » Le montant de l'indemnité d'éviction englobe notamment la valeur vénale du fonds de commerce exploité dans les locaux loués. L'indemnité d'éviction a été conçue pour s'élever à un montant dissuasif préservant les droits du locataire sur ceux du propriétaire des lieux.

L'intervention du législateur, si elle ne supprime pas le droit de rompre le contrat, a pour objectif révélé de dissuader le contractant de rompre le lien contractuel. Elle tend à perpétuer le contrat n'hésitant pas à défavoriser voir à pénaliser une partie contre l'autre.

1141. – La pratique s'est emparée de ce mécanisme légal indemnitaire, mais l'a détourné dans un sens favorable à la partie sortante en position de force. La question de l'octroi de parachutes dorés au profit des dirigeants sortants de grandes sociétés a fait grand bruit

## 2. Indemnités conventionnelles de départ de dirigeants

1142. – **Scandales.** Le départ des dirigeants de grosses sociétés pose des difficultés en raison du montant des indemnités conventionnelles de départ perçues. Elles ont donné lieu à des scandales humains et politiques qui n'ont pas été sans répercussion sur le droit des sociétés et des contrats à plusieurs points de vue.

1143. – **Parachutes dorés.** Il n'est pas rare qu'un dirigeant de société cumule un mandat social et un contrat de travail. Lors du départ du dirigeant, la rupture de chacun de ces contrats ouvre droit à des indemnités conventionnelles de départ.

La question des parachutes dorés a posé de réelles difficultés. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, on appelle « *parachutes dorés* » les sommes supérieures à trente fois le plafond annuel de la sécurité sociale. Pour vérifier que ce plafond est atteint, sont prises en compte les indemnités liées à la rupture du contrat de travail et celles liées à la cessation du mandat social<sup>88</sup>. Leur total est désigné comme l'indemnité conventionnelle de départ.

<sup>87</sup> Art. L. 145-14 C. com.

<sup>88</sup> Art. L. 136-2 5° et L. 242-1 al. 12 C. sec. Soc.

En réponse aux scandales suscités par les parachutés dorés, le législateur est intervenu dans un souci de moralisation de la vie sociale. Ces incursions restent modestes, le législateur ne voulant pas régler le montant de ces indemnités conventionnelles de départ.

1144. – **Indemnités de rupture et libre révocation.** La première difficulté tient à la coexistence du principe de libre révocation du dirigeant révocable *ad nutum*<sup>89</sup> avec le principe de l'indemnité conventionnelle de départ. Il n'est pas rare que le montant soit tellement élevé qu'il en entrave la révocabilité du dirigeant.

La jurisprudence n'hésite plus aujourd'hui à écarter la clause d'indemnisation lorsque celle-ci empêche l'exercice du libre droit de révocation : « *l'indemnité aurait eu des conséquences financières importantes pour la société en raison de son montant élevé qui aurait eu pour effet de dissuader les actionnaires de la société d'exercer leur libre droit de révocation des mandataires sociaux* »<sup>90</sup>.

Cette jurisprudence est à approuver. La clause d'indemnisation ne doit pas avoir pour effet d'écarter la révocation *ad nutum*, principe d'ordre public. Il aurait été opportun que la Cour de cassation consacre expressément la nullité d'une telle clause dont la cause est illicite.

1145. – **Principe de transparence.** La seconde difficulté tient à la connaissance du montant de ces indemnités de départ. Longtemps, aucune obligation de transparence n'étant légalement prévue, ces indemnités conventionnelles de départ étaient gouvernées par un principe d'opacité<sup>91</sup>.

Or, les indemnités conventionnelles de départ sont des conventions réglementées qu'il convient de soumettre à l'approbation des associés ou actionnaires lors de l'approbation annuelle des comptes<sup>92</sup>. Le droit des sociétés, toujours dans ce souci de moralisation de la vie sociale, a tenté d'imposer la transparence des indemnités convenues.

Un important travail a été engagé pour réglementer ces indemnités conventionnelles de départ. Aucune volonté politique ne s'affirme fermement. Pour l'heure, la liberté des sociétés reste préservée. La simple considération de la rupture du contrat peut donc ouvrir droit au versement d'indemnités légales ou conventionnelles. Ces indemnités viennent se cumuler avec le droit de la responsabilité contractuelle.

1146. – **Conclusion.** Les restitutions exécutées, les indemnités versées, les responsabilités établies, il y a lieu de se tourner vers l'avenir. Le contrat éteint a un effet de résonance : les anciens partenaires ont une connaissance mutuelle qui les empêche de se quitter totalement. Il convient de neutraliser les effets de résonance du contrat éteint dans l'avenir de chacune des parties, ou au contraire, de les encadrer voire de les favoriser.

---

<sup>89</sup> Art. L. 225-47 al. 3 C. com.

<sup>90</sup> Cass. com. 26 mai 2004 n°01-03.569, A. Viandier « Atteinte au principe de libre révocabilité d'un directeur général résultant du montant et des conditions de versement d'une indemnité de départ », *JCP E* 2004 n°38 1344.

<sup>91</sup> J.-J. Uettwiller, « Transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », *JCP E* 2006 n°12 1233.

<sup>92</sup> F. Dannenberger, « Régime spécial de conventions réglementées pour les parachutes dorés », *LPA* 2007 n°247 p. 6.

## SECTION 2 : L'AVENIR POST-CONTRACTUEL À PRÉPARER

1147.– **Avenir post-contractuel.** Le contrat éteint, le passé contractuel liquidé, les anciens partenaires ont encore à organiser l'avenir post-contractuel. Le flux d'échanges et d'informations a créé un avantage concurrentiel qui nécessite d'être pris en compte. Outre les clauses de confidentialité et de non-concurrence, d'autres stipulations permettent d'anticiper l'impact du passé contractuel sur l'avenir.

Trois sources d'obligations sont à distinguer :

- les parties peuvent stipuler des clauses d'avenir entre elles ;
- en l'absence de stipulations contractuelles, la jurisprudence peut imposer des obligations dites « *ad hoc* » répondant à l'impératif de bonne foi ou de loyauté ;
- la loi instaure la survivance de certaines obligations entre les anciens partenaires.

Il convient de distinguer d'une part les obligations légales et prétoriennes (§1) avant d'envisager d'autre part les stipulations contractuelles consenties par les parties (§2).

### §1. Les obligations légales et prétoriennes post-contractuelles

1148.– **Loi et jurisprudence post-contractuelles.** L'après-contrat intéresse peu le législateur. Il n'intervient que ponctuellement. Ainsi, il s'est intéressé aux conséquences de la rupture du contrat de travail en imposant des obligations pour l'avenir à l'employeur. À ces obligations légales spécifiques, la jurisprudence a ajouté des obligations *ad hoc* aux anciens partenaires fondées sur le devoir de loyauté.

L'après-contrat connaît donc des incursions légales (A) et prétoriennes (B).

#### *A. Les obligations légales post-contractuelles*

1149.– **Droit du travail.** Le droit du travail n'échappe pas à la liberté de rompre un contrat. Cependant, le législateur tient compte de l'origine de la rupture : est-elle due à un fait personnel du salarié ? Dans ce cas, l'employeur est libéré de toute obligation pour l'avenir.

Est-elle due à une cause étrangère au salarié ? Dans cette hypothèse, le législateur a imposé des obligations d'avenir à l'employeur envers son ancien salarié. Deux situations sont principalement concernées : le licenciement économique d'une part (1) et la priorité de réembauchage d'autre part (2).

#### *1. Licenciement pour motif économique : obligation de reclassement*

1150.– **Licenciement économique.** La caractéristique du licenciement économique est que la rupture du contrat de travail n'est pas due au fait du salarié, mais à la situation économique de l'employeur. Le législateur a voulu préserver les droits du salarié subissant une rupture pour une cause autre que son propre fait (faute ou démission).

1151.– **Obligation de reclassement.** La loi prévoit que l'employeur est soumis à une obligation de reclassement du salarié avant que l'entreprise ne procède au licenciement économique. Il s'agit d'une obligation de moyen par laquelle l'employeur doit essayer de réemployer le salarié au sein

de sa société, mais également au sein du groupe auquel la société appartient que ce soit dans les succursales, les sociétés filles ou la société mère — sans tenir compte du secteur géographique<sup>93</sup>. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur l'étendue de cette obligation dans le cadre d'une unité économique et sociale. Cependant, une telle extension est probable.

1152.– **Exécution.** La recherche de reclassement n'est pas une obligation théorique : l'employeur doit justifier d'une recherche sérieuse et loyale en fonction des compétences du salarié et des postes à son niveau de qualification<sup>94</sup>. En cas de non-respect de ses obligations, le licenciement sera requalifié de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec toutes les conséquences financières qui y sont attachées.

La charge de la preuve incombe à l'employeur<sup>95</sup>.

Le licenciement économique fait naître une obligation d'avenir à la charge de l'employeur, à laquelle il ne peut pas déroger. Le législateur a imposé une autre obligation à la charge de l'employeur : la priorité de réembauchage.

## ***2. Priorité de réembauchage du salarié***

1153.– **Notion.** Le droit de priorité de réembauchage est une obligation à la charge de l'employeur après que le contrat de travail ait été rompu. Il naît dans diverses situations. Il s'agit d'une obligation à la charge de l'employeur et d'un droit au profit du salarié.

1154.– **Licenciement économique.** Le salarié bénéficie d'une priorité de réembauchage si des postes de sa compétence sont vacants après le licenciement économique pendant une durée d'une année<sup>96</sup>. Le salarié doit en faire la demande à son ancien employeur pour pouvoir en profiter. Cette demande peut être formée pendant toute la durée de la priorité de réembauchage ; elle n'a pas à être formalisée au départ du salarié de la société l'employant.

1155.– **Portée.** Ce droit de priorité de réembauchage joue non seulement en cas de licenciement économique, mais également dans toutes les situations qui ne mettent pas en cause la bonne exécution du contrat de travail par le salarié. Il s'applique dans les situations suivantes :

- acceptation d'un contrat de sécurisation professionnelle par le salarié ;
- congé de reclassement ou de mobilité ;
- rupture par le salarié pour un congé postnatal<sup>97</sup> ;
- pendant cinq ans si le contrat a été rompu par le salarié en raison d'un mandat parlementaire<sup>98</sup>.

La priorité légale de réembauchage est donc largement prévue au bénéfice du salarié. L'employeur ne peut pas y déroger par le biais de stipulations contractuelles.

Il s'agit d'obligations d'ordre public qui ont pour effet de maintenir un lien post-contractuel entre les parties alors que le contrat de travail est éteint.

---

<sup>93</sup> Cass. soc. 22 janv. 1992 n°89-41.242, Bull. n°31 ; Cass. soc. 18 mars 1997 n°94-41.994.

<sup>94</sup> Cass. soc. 25 févr. 1992 n°89-41.634, Bull. n°122.

<sup>95</sup> Cass. soc. 27 janv. 1993 n°92-40.343 ; Cass. soc. 17 oct. 2001 n°99-44.755.

<sup>96</sup> Art. L. 1233-45 C. trav.

<sup>97</sup> Art. L. 1225-66 et L. 1225-67 C. trav.

<sup>98</sup> Art. L. 3142-62 C. trav.



1156.– **Conclusion.** Outre l'intervention du législateur, la jurisprudence a pu être tentée de créer des obligations d'avenir *ad hoc* en cas de rupture de contrat par les anciens partenaires sur le fondement du devoir général de loyauté.

### ***B. Les obligations prétoriennes post-contractuelles***

1157.– **Intervention jurisprudentielle.** Le contrat rompu, les anciens partenaires retrouvent toute liberté de commercer. La question s'est posée en jurisprudence de la substitution d'un devoir de loyauté à l'obligation légale de bonne foi<sup>99</sup> qui s'impose pendant toute la période d'exécution du contrat. Un véritable flottement entoure cette question, qui n'est toujours pas tranchée à l'heure actuelle.

#### ***1. Le devoir de loyauté : une obligation de faire ou de ne pas faire ?***

1158.– **Arrêt controversé.** Dans un arrêt du 14 septembre 2005<sup>100</sup>, la Cour de cassation énonce : « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation a surpris. Elle refuse de consacrer une obligation générale post-contractuelle de bonne foi marquant ainsi une nette différence avec le régime de l'avant-contrat pour lequel elle consacre une obligation générale de bonne foi dans la tenue des pourparlers<sup>101</sup>. La Haute Juridiction laisse à penser que l'obligation de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, lequel dispose : « *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi.* » ne survit pas à l'extinction du contrat.

1159.– **Analyse.** Cet arrêt semble donner un coup d'arrêt au devoir général de loyauté qui s'affirme depuis des années. Pour autant, la lecture de l'arrêt ne porte pas précisément sur le devoir de loyauté, mais sur la portée de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil et sur les obligations de bonne foi qui en découlent.

Dans les faits de l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas hésité à imposer une obligation post-contractuelle de faire. Ainsi, une promesse de vente sous la condition suspensive de la libération des lieux de toute occupation avait été conclue. À la suite à la défaillance de la condition suspensive, les vendeurs avaient trouvé d'autres acheteurs pour un meilleur prix. La Cour d'appel a sanctionné le vendeur au titre de l'obligation de bonne foi en lui reprochant de ne pas avoir formulé une nouvelle offre de vente aux bénéficiaires initiaux de la promesse.

Fort heureusement, la Cour de cassation vient sanctionner une telle décision. Une telle obligation de faire heurte de plein fouet la liberté contractuelle. Les magistrats du fond se sont substitués aux parties et ont ajouté là où la loi et la convention étaient silencieuses. La Cour de cassation rejette ainsi la bonne foi de l'article 1134 du Code civil comme obligation de faire après que le lien contractuel ne fût éteint.

<sup>99</sup> Art. 1134 C. civ.

<sup>100</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 sept. 2005 n° 04-10.856 Bull. n° 166, *JCP G* 2005 II 10173 obs. G. Loiseau ; *JCP E* 2005 p. 1867 obs. N. Biélin.

<sup>101</sup> Cass. com. 22 avril 1997 n°94-18.953, *RTD civ.* 1997. 651 obs. J. Mestre ; Cass. com. 26 nov. 2003 n°00-10.243 et n°00-10.949 Bull. n°186, *D.* 2004. 869 obs. A. Dupré-Dallemagne, *JCP E* 2004 n°738 obs. Ph. Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2004. 80 obs. J. Mestre et B. Fages, *RDC* 2004. 257 note D. Mazeaud ; Cass. com. 22 fév. 1994 n°91-18.842 Bull. n°79, *RTD civ.* 1994. 849 obs. J. Mestre ; Cass. com. 14 déc. 2004 n°02-10.157.

1160. – **Portée ?** Faut-il accorder à cet arrêt une valeur de principe ayant une portée sur tout l'après-contrat ? Beaucoup d'auteurs<sup>102</sup> ont défendu cette analyse.

Pourtant, elle ne semble pas justifiée. La Cour de cassation se prononce sur deux aspects du devoir de loyauté post-contractuel :

- d'une part, elle refuse une obligation de faire, les juges du fond ne pouvant forcer le contrat ;
- d'autre part, elle refuse que le devoir de loyauté post-contractuel soit fondé sur l'article 1134 du Code civil.

1161. – **Fondement du devoir de loyauté.** Par l'arrêt de 2005, la Cour de cassation refuse que l'après-contrat puisse être régi sur le fondement de la bonne foi contractuelle. Cet arrêt n'exclut aucunement le devoir de loyauté fondé sur l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire sur une norme générale de comportement. Ph. Stoffel-Munck<sup>103</sup> soutient une telle lecture du fondement légal du devoir de loyauté post-contractuel.

Il est à regretter que le fondement de l'obligation de bonne foi post-contractuel, si obligation prétorienne il y a, soit fondé sur l'article 1382 du Code civil.

1162. – Cette interprétation paraît en adéquation avec la jurisprudence de l'avant-contrat qui impose une obligation de bonne foi durant toute la durée des pourparlers<sup>104</sup> et avec la lecture de la jurisprudence de l'après-contrat. « *Quelques solutions du droit positif reposent sur l'idée que l'empreinte de la bonne foi perdure au-delà de l'expiration des relations contractuelles.* »<sup>105</sup>

## ***2. Le devoir de loyauté post-contractuel : application jurisprudentielle***

1163. – **Absence d'arrêt de principe.** Si aucun arrêt de principe ne consacre expressément le devoir de loyauté post-contractuel, la lecture de la jurisprudence fait ressortir de manière manifeste l'imprégnation de ce grand principe du droit.

1164. – **Concurrence déloyale et loyauté.** Le devoir de loyauté jurisprudentiel post-contractuel est manifeste au regard de l'action en concurrence déloyale. Celle-ci est fondée sur ce devoir de loyauté en tenant compte de la préexistence des liens contractuels<sup>106</sup>, et ce même en l'absence de clause de non-concurrence.

La Haute Juridiction se montre rigoureuse. Ainsi, un ancien salarié non tenu par une clause de non-concurrence post-contractuelle doit à son ancien employeur une obligation de bonne foi<sup>107</sup>. Si l'obligation prétorienne ne peut pas être considérée comme équivalente à l'obligation contractuelle de non-concurrence, les agissements du salarié consistant à détourner la clientèle en utilisant des renseignements recueillis en raison de ses fonctions antérieures au sein de la société sont considérés comme contrevenant à l'obligation de bonne foi et de concurrence loyale<sup>108</sup>. C'est en vertu

<sup>102</sup> Ph. Le Tourneau, Rép. civ. D. 2009 n°111 et s. ; A. Etienney, *Extinction du contrat-Effets*, JCL Fasc. 176 n°11.

<sup>103</sup> Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ 2000 n° 114 s.

<sup>104</sup> Y. Picod, *Exécution de bonne foi des conventions*, JCL Civil Code art. 1134 et 1135, 2007, n° 6 ; D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Mélange J. Ghestin*, LGDJ 2001 p. 637.

<sup>105</sup> D. Mazeaud, note sous Cass. 3ème civ. 14 sept. 2005, *D.* 2006. 761.

<sup>106</sup> Y. Auguet, *Concurrence et clientèle*, préf. Y. Serra 2000 LGDJ p. 306 et s.

<sup>107</sup> Cass. com. 24 fév. 1998 n° 96-12.638 Bull. n° 86, *JCP G* 1999 II 10003 obs. M. Keita.

<sup>108</sup> Cass. com. 10 mars 1965 n°60-11.553 Bull. n° 182 ; Cass. com. 25 mars 1992 n° 90-13.269.

des relations contractuelles passées que l'ancien salarié demeure lié par une obligation de loyauté particulière.

1165. – **Confidentialité et loyauté.** Une jurisprudence comparable s'est établie en l'absence de clause de confidentialité, lorsque l'ancien partenaire use d'informations obtenues dans le cadre contractuel de façon « déloyale ». Il est alors sanctionné au travers de la responsabilité pour concurrence déloyale. La Cour de cassation<sup>109</sup> relève : « *alors qu'elle avait relevé que la société Karelis avait utilisé le projet et les plans de la société Cuny, remis par M. Y... pour réaliser, au profit de ce dernier, la construction d'un bâtiment identique, ce qui faisait nécessairement ressortir qu'en s'appropriant le travail d'autrui elle avait réalisé une économie et détourné, par des procédés déloyaux, le client de sa concurrente* ». La jurisprudence considère ainsi que la relation contractuelle passée ne doit pas avoir pour effet d'avantager l'ancien partenaire au préjudice de l'autre partie. Le devoir de loyauté imprègne ici l'après-contrat. Il permet de sanctionner des comportements manifestement abusifs. Il convient d'approuver une telle jurisprudence qui vient rétablir l'équilibre rompu du fait de la disparition du lien contractuel.

1166. – **Autres exemples.** Outre la concurrence déloyale, la jurisprudence n'hésite pas à prendre en compte le passé contractuel pour préserver la loyauté des relations post-contractuelles entre les anciens partenaires.

Ainsi, la Cour de cassation<sup>110</sup> considère que la conclusion d'une vente, même dix-neuf mois après l'expiration du mandat, justifiait le paiement de la commission de l'agent immobilier qui a présenté l'acquéreur.

Le devoir prétorien de loyauté ne va pas jusqu'à imposer une obligation de faire. Il s'agit d'une norme générale de comportement fondé sur l'article 1382 du Code civil. L'absence d'arrêt de principe de la Cour de cassation ne doit pas tromper les parties sur la rigueur de la jurisprudence en cas de manquement au devoir de loyauté sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Ce fondement témoigne du manque de théorisation de l'après-contrat qui conduit la jurisprudence à considérer que la période post-contractuelle n'est plus le contrat alors même que le contrat éteint est le support de ces obligations post-contractuelles<sup>111</sup>.

1167. – **Conclusion.** À la norme générale jurisprudentielle de comportement loyal et à l'intervention résiduelle du législateur, vient s'ajouter la pratique qui s'est emparée de l'après-contrat pour organiser des clauses d'avenir.

## §2. Les clauses d'avenir

1168. – **Effets du contrat éteint.** Les clauses d'avenir sont des clauses qui instaurent un droit ou des obligations aux anciens partenaires contractuels en considération du lien contractuel éteint. Les deux clauses principales sont les clauses de confidentialité<sup>112</sup> et de non-concurrence<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 juill. 2006 n°05-12.193 Bull. n° 360, CCC 2006 comm. n° 196 obs. M. Malaurie-Vignal.

<sup>110</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 nov. 2000 n°98-10629 Bull. n° 288.

<sup>111</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 "La survie du contenu : un principe à justifier", p. 330.

<sup>112</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 "Chapitre 1 : La confidentialité", p. 385.

<sup>113</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 C "Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle", p. 426.

Outre ces deux clauses, analysées ultérieurement, d'autres clauses se rencontrent : ainsi, lorsque la rupture a eu lieu de façon amiable, il peut être instauré un droit de préférence au profit de l'ancien partenaire (A). Une grande variété de clauses peut se rencontrer selon la spécificité du lien contractuel éteint (B).

### ***A. La préférence accordée à son ancien cocontractant***

1169. – **La préférence post-contractuelle.** Le pacte de préférence est en général considéré comme un avant-contrat qui ne concerne donc pas l'avenir contractuel. Pourtant, il arrive que soit prévu un pacte de préférence ou un droit de préemption au profit de son ancien partenaire. Il en devient alors une clause d'avenir post-contractuel (1). Ce pacte de préférence trouve à s'appliquer dans un certain nombre de relations post-contractuelles et plus spécifiquement en matière de contrat d'édition (2).

#### ***1. Pacte de préférence et droit de préemption post-contractuel***

1170. – **Droit de préemption post-contractuel.** Le pacte de préférence est un engagement juridique par lequel le promettant s'engage à soumettre une offre de contracter au bénéficiaire avant de conclure avec un tiers dans les mêmes conditions. À la croisée du droit des contrats et du droit des biens<sup>114</sup>, cet acte juridique est généralement un contrat, mais peut également résulter d'un acte unilatéral au travers d'un legs notamment<sup>115</sup>. Le pacte de préférence peut tout à la fois être un contrat à part entière ou une simple clause insérée dans une opération contractuelle plus vaste.

Le pacte de préférence peut également constituer un après-contrat notamment lorsqu'il prévoit une cession de titres ou de biens avec un droit de priorité au bénéfice de son ancien partenaire contractuel.

Il est très souvent stipulé au sein des pactes d'associés en cas de départ d'un associé au profit des autres associés. C'est notamment le cas lorsque le promettant décide d'arrêter son activité et qu'il souhaite la transmettre à son ancien partenaire.

1171. – **Distinction de la promesse de vente.** Il convient de ne pas confondre le pacte de préférence et la promesse de vente. Pendant un temps, la doctrine<sup>116</sup> et la jurisprudence<sup>117</sup> ont analysé le pacte de préférence comme une promesse unilatérale de vente conclue sous la condition suspensive de l'aliénation du bien. Or, il convient de bien distinguer ces notions : le pacte de préférence n'intègre pas le consentement à la vente, objet même de la promesse<sup>118</sup>. Le but de ces contrats est différent. Le pacte de préférence ne donne pas le droit de négocier les conditions de la vente pour le bénéficiaire<sup>119</sup>. Il ne comporte aucun consentement à l'acte de cession à venir. Il s'agit d'une obliga-

<sup>114</sup> H. Kenfack, « Le pacte de préférence à la croisée des chemins entre droit des contrats et droit de propriété », *RLDC* 2010. 3837.

<sup>115</sup> Cass. civ. 2 août 1949, *S.* 1950. 1. 148 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 fév. 1991 n°89-15.648.

<sup>116</sup> M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil, t. 2 : Obligations Contrats Sûretés réelles*, 1943 LGDJ Paris n°184 ; G. Marty, Ph. Jestaz, P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations t. 2 : Le régime*, 1989, 2<sup>ème</sup> éd. S. Paris n°125.

<sup>117</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 16 mars 1994 n°91-19.797 Bull. n°58 ; et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 janv. 2003 n°01-03.700 Bull. n°9.

<sup>118</sup> L. Aynès, Ph. Malaurie, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil : Les obligations*, 2013, 6<sup>ème</sup> éd. LGDJ Droit civil n°144 p. 93 ; F. Collart-Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 2011, 9<sup>ème</sup> éd. D. Précis Droit privé n°67.

<sup>119</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 juill. 2002 n°00-21.165, *AJDI* 2003. 461 obs. Cohet-Cordey.

tion éventuelle de proposer la conclusion d'un contrat aux conditions du promettant inconnues au jour de conclusion du pacte de préférence. La Cour de cassation reconnaît de fait la différence entre la promesse de vente et le pacte de préférence en considérant que la détermination du prix n'est pas une condition de validité du pacte de préférence<sup>120</sup>.

1172. – **Particularités.** Le pacte de préférence a ceci de particulier qu'il s'agit d'un contrat qui pourra ne recevoir aucune exécution. En effet, le promettant peut ne jamais émettre d'offre de contracter. En outre, le pacte de préférence peut être un acte indépendant ou un accessoire d'une opération économique plus générale.

Le pacte de préférence peut être une illustration du contenu non obligationnel du contrat évoqué par P. Ancel<sup>121</sup>. En effet, aucune véritable obligation n'est stipulée. Il est plus juste de parler de la mise en œuvre préférentielle du pacte que de l'exécution du pacte<sup>122</sup>.

1173. – **Validité.** La validité de ce pacte de préférence n'a pas été débattue en droit des contrats. C'est en droit des sociétés que la question a pu se poser du fait du principe de libre négociabilité des actions<sup>123</sup>. Bien que la solution n'ait pas été pleinement consacrée, la jurisprudence<sup>124</sup> semble valider les pactes de préférence portant sur des actions.

Une telle solution est à espérer, le pacte de préférence n'intégrant pas de consentement à un acte, mais un simple droit de préférence aux conditions négociées par ailleurs sans l'intervention du bénéficiaire.

1174. – **Efficacité.** Le pacte de préférence jouit d'un rayonnement certain dans la pratique, bien que son aspect peu contraignant eut pu faire penser le contraire.

1175. – **Rédaction.** Le rédacteur d'un pacte de préférence post-contractuel doit veiller à rappeler les conditions de mise en œuvre de ce pacte. Le contexte peut permettre d'en délimiter le contour et de lui conférer la portée attendue. En effet, lors de la conclusion du pacte de préférence, les conditions précises de l'offre de contracter ne sont pas connues. L'intérêt est donc d'être suffisamment général pour que la clause soit efficace, tout en délimitant la portée de l'obligation. Il convient notamment de s'intéresser à la durée du pacte conclu comme contrat indépendant : est-il à durée indéterminée ou à durée déterminée ? Lorsque le pacte est un accessoire du contrat, sa durée est celle du contrat, sauf stipulation particulière.

En droit des sociétés, le pacte de préférence est désigné par l'appellation de clause de préemption<sup>125</sup>. Il est très courant dans les pactes d'associés.

Le pacte de préférence est également très utilisé en droit de la distribution concernant notamment les contrats de franchise concernant le fonds de commerce exploité.

---

<sup>120</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 juin 2001 n°98-20.673 Bull. n°166, *JCP* 2002. I. 134 n°1 s. obs. Labarthe ; *RTD civ.* 2002. 88 obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>121</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771.

<sup>122</sup> G. Pillet, « Préemption et retrait », *in* Rép. civ. D. 2010.

<sup>123</sup> Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, 5<sup>ème</sup> éd., 2000, LGDJ, n°107.

<sup>124</sup> Cass. com. 15 fév. 1994 n°92-12.330, *BFJ* 1994. 508 note D. Velardocchio ; CA Paris 14 mars 1990, *La Cinq*, *BFJ* 1990. 325 note Le Cannu.

<sup>125</sup> S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, 1992, Litec



■ **Exemple de pacte de préférence :**

« Le promettant consent au bénéficiaire qui l'accepte le droit préférentiel d'acquérir le bien désigné [à compléter] si le promettant décide de vendre ledit bien dans un délai de 5 ans à compter de la signature du contrat.

*Le promettant est libre de décider de vendre le bien désigné et de déterminer les conditions contractuelles de ladite vente à intervenir.*

*Le bénéficiaire accepte la faculté qui lui est conférée, mais conserve sa pleine et entière liberté d'accepter ou non de l'exercer le moment venu.*

*Si le promettant décide de vendre le bien désigné pendant la durée du pacte, il notifie son projet au bénéficiaire par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant le prix de cession, les modalités de paiement, les conditions de ventes ou de transmission, et le cas échéant l'identité de l'acquéreur envisagé.*

*À compter de la notification, le bénéficiaire dispose d'un délai de 30 jours pour notifier au promettant sa volonté d'accepter purement ou simplement l'offre de vente.*

*Au-delà du délai de 30 jours, en cas de refus ou de silence du bénéficiaire, le promettant retrouve sa liberté de contracter aux termes et conditions prévus par l'offre de contracter.*

*En cas de modification de l'offre de contracter, le promettant doit la soumettre à nouveau au bénéficiaire dans les mêmes conditions.*

*Le bénéficiaire qui refuse l'offre ou est resté silencieux peut demander copie de l'acte de vente finalement signé au promettant.*

*En cas de non-respect de l'une quelconque des dispositions du pacte par le promettant celui-ci versera au bénéficiaire une somme forfaitaire de 50 % du prix total de la vente finalement conclue en contradiction avec le pacte. »*

**Précision.** Il est recommandé de stipuler une clause pénale en cas de non-respect du pacte de préférence.

■ **Exemple de clause de préemption (droits sociaux) :**

« Il est conféré au bénéficiaire — personnellement ou par le biais de toute société dans laquelle il détiendrait plus de la moitié des titres — un droit de préemption dans les hypothèses suivantes :

- Sur les titres détenus par les associés du cocontractant en cas de décès de l'un d'eux ou de projet de cession des titres détenus par l'un d'eux — à la condition suspensive qu'aucun des associés du cocontractant n'exerce préalablement son droit de préemption ;
- Sur la licence exclusive d'exploitation en cas de cession de celle-ci par le cocontractant — à la condition suspensive qu'aucun des associés du cocontractant n'exerce préalablement son droit de préemption.

*Le promettant s'oblige à donner à prix, conditions et modalités égaux, la préférence aux associés et bénéficiaire pour le transfert des droits.*

*Interviennent au présent acte les associés qui consentent personnellement au droit de préemption.*

*En conséquence, le promettant s'engage à notifier aux associés et au bénéficiaire du droit de préemption, par lettre recommandée avec accusé de réception tout projet de cession ou toute situation de décès en indiquant le prix de cession, les modalités de paiement, les conditions de ventes ou de transmission, et l'identité de l'acquéreur.*



*À compter de la notification, les associés du concédant disposent d'un délai de 30 jours pour faire connaître leur intention d'achat dans les mêmes formes.*

*Au-delà du délai de 30 jours, en cas de refus ou de silence des associés du concédant, le bénéficiaire du droit de préemption dispose d'un délai de trente jours pour faire connaître son intention d'achat dans les mêmes formes.*

*En cas d'exercice du droit de préemption, la vente ou la transmission devra être réalisée dans un délai de 3 mois après la date de notification de la volonté de se rendre acquéreur par préférence.*

*En cas de refus ou de silence des associés et du bénéficiaire du droit de préemption dans un délai de 60 jours à compter de la notification faite par le débiteur du droit de préemption, celui-ci pourra céder ou transmettre librement ses titres ou la licence exclusive d'exploitation, dans les mêmes conditions que celles proposées aux bénéficiaires du droit de préemption (prix, conditions et modalités égaux).*

*Le promettant s'engage à ce que le tiers acquéreur poursuive l'exécution de l'accord dans toutes ses dispositions. »*

Le pacte de préférence est très courant dans le droit des affaires. Il trouve plus spécifiquement à s'appliquer en matière de contrat d'édition.

## **2. Contrats d'édition et pacte de préférence post-contractuel**

1176.– **Clause de préférence.** Le pacte de préférence a été légalement prévu dans le cadre du contrat d'édition<sup>126</sup>. Le contrat d'édition est défini par l'article L. 132-1 Code de la propriété intellectuelle comme étant : « *le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cède à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion* ».

Le pacte de préférence apparaît comme une exception au principe d'interdiction de cession des œuvres futures — interdiction sanctionnée par la nullité<sup>127</sup>. Cette exception a été permise pour favoriser l'édition d'auteurs peu connus pour lesquels les éditeurs prennent un risque financier en les publiant<sup>128</sup>. Pour Ph. Stoffel-Munck<sup>129</sup> « *la clause de préférence participe de l'équilibre d'une opération tendue vers le long terme et si elle était impossible, il y a fort à parier que les initiatives éditoriales seraient bien plus timides.* »

Le pacte de préférence participe donc d'un équilibre de la relation contractuelle. Cette clause d'avenir permet d'envisager la possibilité de relations futures en pariant sur le succès de ce premier

<sup>126</sup> Art. L. 132-4 Cpi. : « *Est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures de genres nettement déterminés.*

*Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première œuvre ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du même jour.*

*L'éditeur doit exercer le droit qui lui est reconnu en faisant connaître par écrit sa décision à l'auteur, dans le délai de trois mois à dater du jour de la remise par celui-ci de chaque manuscrit définitif.*

*Lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé au contrat, l'auteur pourra reprendre immédiatement et de plein droit sa liberté quant aux œuvres futures qu'il produira dans ce genre. Il devra toutefois, au cas où il aurait reçu ses œuvres futures des avances du premier éditeur, effectuer préalablement le remboursement de celles-ci. ».*

<sup>127</sup> Art. L. 131-1 Cpi.

<sup>128</sup> CA Paris 22 janvier 1992, *D.* 1993 som. p. 93 obs. S. Colombet ; *D.* 1995 Jur. p. 128 note H. Gaumont-Prat.

<sup>129</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 p. 159 §31.

contrat. Le pacte de préférence est interprété restrictivement en faveur de l'auteur et en référence au principe d'interdiction de cession des œuvres futures<sup>130</sup>.

D'autres clauses peuvent encore être plus favorables à l'éditeur. Elles sont dites clauses de catalogue définies comme tendant à « *obliger l'artiste à enregistrer sa nouvelle version de l'œuvre chez le même éditeur.* »<sup>131</sup>

1177.– **Rédaction.** Le rédacteur d'un contrat d'édition doit tenir compte des usages formalisés notamment par le Code des usages en matière de littérature générale<sup>132</sup>. Ce Code invite à tenir compte des éléments suivants :

- la clause ne doit pas porter sur plus de 5 œuvres sur plus de 5 ans ;
- la clause doit permettre à l'auteur de retrouver sa liberté à la suite de 2 refus de la part de l'éditeur pour des œuvres du même genre ;
- un contrat d'édition différent doit être conclu pour chaque œuvre en rappelant les conditions du pacte de préférence ;
- aucun nouveau pacte de préférence ne peut être conclu tant que le premier n'a pas épuisé ses effets.

#### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

##### ■ Clause de préférence en matière de contrat d'édition :

*« L'auteur consent à l'éditeur une préférence sur l'édition de ces 5 prochaines œuvres à créer durant les 5 prochaines années à compter de la signature du présent contrat. Les œuvres concernées appartiennent au genre [à compléter].*

*L'auteur devra présenter ses œuvres à l'éditeur par courrier simple. L'éditeur dispose d'un délai de trois mois pour refuser ou accepter l'édition de l'œuvre.*

*Le droit de préférence sera considéré comme épuisé et cessera de plein droit de produire effet dès lors que l'éditeur aurait opposé à l'auteur deux refus successifs ou non, à la présentation par l'auteur d'œuvres dans le cadre de la préférence accordée. »*

1178.– Le pacte de préférence est une clause qui prépare l'avenir post-contractuel. Une partie promet de retrouver son ancien partenaire contractuel à la prochaine occasion contractuelle. Une grande variété de clauses post-contractuelles peut être stipulée selon l'imagination des parties.

### ***B. Autres clauses d'avenir***

1179.– Les clauses d'avenir sont très variées et vont dépendre des intérêts en question. Il appartient au rédacteur de contrat de faire preuve d'imagination et de conseiller les parties sur l'organisation de l'après-contrat.

<sup>130</sup> Art. L, 131-1 Cpi.

<sup>131</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 p. 159 §31.

<sup>132</sup> *Code des usages en matière de littérature générale*, code élaboré par le Conseil Permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition, Cercle de la Librairie 1981.

1180.– **Clause de droit de propriété intellectuelle.** Ainsi, peuvent être stipulées des clauses relatives au droit de propriété intellectuelle et artistique. Notamment, l'auteur d'une œuvre graphique qui en cède la propriété à son client peut prévoir une clause de publicité personnelle par laquelle le cessionnaire autorise l'auteur cédant à utiliser l'œuvre ainsi cédée pour promouvoir son activité. Le rédacteur de contrat doit en prévoir les modalités.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de droit de propriété intellectuelle et artistique :

« Je soussigné Monsieur X Y en ma qualité de dirigeant de la société Z, autorise la société W, auteur de la création graphique réalisée le 01 janvier 2014, [recensement des créations graphiques], à l'utiliser à titre gratuit pour une durée indéterminée à des fins internes à la société W ou à des fins d'information sur les activités de la société W, et plus particulièrement à :

- publier sur tout support de communication, dont le site internet www.sociétéW.com les créations graphiques ci-dessus définies ;
- présenter, imprimer, monter, reproduire et distribuer les créations graphiques ci-dessus définies et ce comprenant la réalisation d'une œuvre multimédia intégrant les créations ci-dessus définies ;
- insérer un lien hypertexte du site internet www.sociétéZ.com vers le site internet www.sociétéW.com et inversement.

*La société W n'est pas autorisée à commercialiser ou à modifier les créations graphiques. »*

1181.– Les clauses d'avenir sont donc très diverses et s'adaptent aux intérêts en présence. Il n'est pas possible de toutes les recenser : la pratique dispose ici d'un véritable pouvoir de création juridique. Il lui revient d'adapter les stipulations contractuelles aux situations post-contractuelles. La seule limite tient au respect des dispositions d'ordre public.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1 DE LA PARTIE 3

1182. – **Entre passé et avenir.** L'extinction du contrat ouvre la période de l'après-contrat qui peut être riche en droits et obligations. L'extinction du contrat présente deux aspects : l'un destructeur du passé contractuel par le biais des restitutions et des indemnisations, l'autre créateur de l'avenir post-contractuel par le biais de clauses d'avenir. Les clauses d'avenir peuvent avoir pour but soit de neutraliser les effets du lien contractuel dans l'avenir (clauses de non-concurrence et de confidentialité post-contractuelles) soit de favoriser la poursuite de relations contractuelles (pacte de préférence). Il n'est pas possible de lister exhaustivement les clauses d'avenir qui varieront en fonction de la spécificité de la relation contractuelle.

1183. – **Importance de la pratique.** Le législateur n'a pas créé de régime de l'après-contrat, livré pour une large part à la pratique.

Ces clauses voient leur régime évolué au fil de la jurisprudence.

L'après-contrat se présente comme une sphère de la liberté contractuelle riche en création de nouvelles clauses.

## CONCLUSION DU TITRE 1 DE LA PARTIE 3

« *Je voyais peu de monde, entretenais la survie pénible d'une ou deux liaisons fatiguées* »

*Albert Camus, La chute, 1956, p. 1528*

1184. – **Persistance des effets du contrat rompu.** Le contrat rompu produit des effets entre les parties. L'extinction du contrat ouvre une nouvelle période que l'on peut nommer l'« après-contrat » au sens restreint. Les anciens partenaires sont tenus au respect d'obligations post-contractuelles. Dans le silence du législateur, il appartient aux parties d'organiser l'après-contrat au travers de stipulations ayant deux objectifs bien distincts :

- il appartient aux parties de liquider le passé contractuel d'une part ;
- les parties doivent encore organiser l'avenir contractuel d'autre part.

Ces stipulations permettent aux anciens partenaires de retrouver leur indépendance sans que la préexistence du lien contractuel n'impacte leur évolution à venir. Il convient de neutraliser les effets du contrat passé à l'avenir.

1185. – **Hostilité jurisprudentielle.** Le législateur ne s'intéresse que de manière résiduelle à ses problématiques. Le juge, quant à lui, fait preuve d'une certaine hostilité envers ses clauses qui viennent mettre à mal le principe de la rétroactivité de certains mécanismes de rupture contractuelle. L'absence de fondement consacré de la survivance des obligations post-contractuelles est source d'insécurité juridique, la pratique étant livrée au pouvoir d'appréciation judiciaire. Il appartient au rédacteur de contrat d'anticiper les clauses de fin de contrat, le juge ne palliant pas au silence des parties.





## TITRE 2 :

### DES CAS PARTICULIERS : LE MAINTIEN DURABLE DES OBLIGATIONS POST-CONTRACTUELLES

#### INTRODUCTION

*« Puisqu'il faut avoir des ennemis, tâchons d'en avoir qui nous fassent honneur. »*

*Charles-Augustin Sainte-Beuve, Pensées et maximes*

1186.– **Obligations post-contractuelles.** L'effet extinctif du contrat a une portée limitée : il ne porte pas sur les obligations post-contractuelles. Le contrat est mort, mais il lui survit certaines obligations.

Deux obligations s'imposent dans le paysage contractuel comme des incontournables : l'obligation de confidentialité et l'obligation de non-concurrence.

1187.– **Deux obligations particulières.** Ces obligations ont ceci de particulier qu'elles viennent contrer l'évolution de la société. Ainsi, dans une société du « tout transparent », où la liberté d'expression est reine, la clause de confidentialité vient restreindre le droit de communiquer de son ancien partenaire contractuel. Celui-ci perd le droit d'user des informations à sa disposition. De même, la clause de non-concurrence vient heurter l'évolution économique de la concurrence sauvage entre les professionnels, mais plus largement, entre les États. À la libre concurrence, les anciens partenaires préfèrent une restriction de leur liberté.

1188.– **Restriction de la liberté.** La clause de confidentialité porte ainsi atteinte à la liberté d'expression, tandis que la clause de non-concurrence porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

La validité de ces clauses est reconnue, mais encadrée. Elles sont incontournables dans la pratique : toute relation contractuelle qui a duré nécessite que les anciens partenaires devenus rivaux rétablissent un certain équilibre entre eux.

1189.– Se côtoient ainsi deux mécanismes bien distincts, mais complémentaires, la clause de confidentialité (**Chapitre 1**) et la clause de non-concurrence (**Chapitre 2**).

# CHAPITRE 1 : LA CONFIDENTIALITÉ

(CHAPITRE 2 : LA NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLE)

## INTRODUCTION

« Pour l'essentiel, un homme est toujours ce qu'il cache »

*André Malraux*

1190.– **Confidentialité ou secret ?** La confidentialité n'est pas à proprement parler un terme juridique même si la pratique s'en est emparée pour protéger ses secrets. Cette notion renvoie au qualificatif de ce qui est confidentiel, « *ce qui se communique en confiance* »<sup>1</sup>. La confiance est la « *communication d'une chose secrète* »<sup>2</sup>.

Il devrait donc être ici question du secret. Dans une société dominée par les principes de droit à l'information et de transparence, le terme de « secret » revêt un absolu que n'a pas, dans l'imaginaire collectif, le terme de « confidentialité ». Pourtant, au cœur de la clause de confidentialité, il s'agit bien de traiter de la problématique du secret, et plus particulièrement du secret d'affaires.

1191.– **Définitions.** Le secret est défini comme ce « *qui n'est pas divulgué, que l'on tient caché* ». C'est encore celui « *qui sait se taire, tenir une chose secrète* »<sup>3</sup>. Ainsi, ce qui est tenu secret n'est-il « *connu que d'un nombre limité de personnes* »<sup>4</sup>.

La clause de confidentialité traite des informations à protéger, du titulaire desdites informations, des personnes pouvant avoir accès à ces informations, et des modalités de communication des informations protégées.

L'utilisation du terme « confidentialité » date du 20<sup>ème</sup> siècle ; il s'agit d'un dérivé du terme anglais « *confidentiality* »<sup>5</sup>. Pour autant, les notions de confidentialité et de secret sont identiques.

1192.– **Le secret, un droit légal ?** La problématique du secret n'est pas absente des préoccupations du législateur. Celui-ci n'a pas organisé un régime unifié, mais se contente de légiférer sur certains

---

<sup>1</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré de la langue française*, Définition de « confidentiel », éd. 1874 à jour.

<sup>2</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré de la langue française*, Définition de « confiance », éd. 1874 à jour.

<sup>3</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré de la langue française*, Définition de « secret », éd. 1874 à jour.

<sup>4</sup> Dictionnaire du C.N.R.T.L., Définition de « secret », Disponible sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/secret>.

<sup>5</sup> Dictionnaire de l'Académie française, Définition de « Confidentialité », Disponible sur : <http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/index.html>.

aspects particuliers que sont le secret des correspondances<sup>6</sup>, le secret de l'instruction<sup>7</sup>, le secret des origines, le secret professionnel<sup>8</sup>, dont le secret médical<sup>9</sup> et le secret bancaire<sup>10</sup> ou encore le secret de fabrique<sup>11</sup>.

1193. – **Droit de savoir.** Le droit au secret vient se heurter au droit de savoir et au droit à l'information. La société revendique le « tout transparent » avec un accès permanent à l'information. Le développement des nouvelles technologies accentue ce phénomène qui crée une intolérance envers le secret et notamment le secret d'affaires. « *Au siècle de la communication et de la transparence, il n'est pas surprenant que toute référence au secret soit critiquée, combattue, vilipendée*<sup>12</sup>. *Tout secret est, par nature, un obstacle à la libre circulation de l'information et donc à la curiosité.* »<sup>13</sup>

Le droit au savoir s'est matérialisé notamment par la création de deux établissements publics en 1978 : la Commission d'accès aux décisions administratives (C.A.D.A.)<sup>14</sup> et la Commission nationale informatique et liberté (C.N.I.L.)<sup>15</sup>.

1194. – **Droit au respect de la vie privée.** La problématique du droit au secret dans la vie des affaires prolonge celle qui s'est posée concernant le droit au respect de la vie privée. La pratique des affaires a tenté de s'ancrer au droit au respect de la vie privée.

Ainsi, le droit au secret des affaires est menacé au même titre que le droit au respect de la vie privée du fait d'une dérive sociétale privilégiant la transparence. La menace provient à la fois des citoyens pour eux-mêmes du fait de l'utilisation des nouvelles technologies<sup>16</sup>, et à la fois de la jurisprudence. « *Les juges, lorsqu'ils ont à arbitrer entre sa préservation et la liberté de diffusion, recherchent moins, en dernière analyse, le caractère légitime ou non de l'intérêt du public à connaître l'information que le caractère ou non tolérable pour la victime de l'atteinte à sa vie privée* »<sup>17</sup>. Il en est résulté la nécessité d'imposer une protection de la vie privée et du secret d'affaires, malmenés.

<sup>6</sup> Art. 226-15 et 432-9 C. pen. et Art. 100 à 100-7 C. pr. pen.

<sup>7</sup> Art. 226-13 et s. C. pen. et Art. 11 et s. C. pr. pen.

<sup>8</sup> Pour les avocats : art. 2.1 al. 1 R.I.N. et art. 66-5 de la loi du 31 déc. 1971 n°71-1130 ; pour les notaires : art. 3.4 et 30 du Règlement national des notaires approuvé par arrêté du 24 déc. 2009 JORF n°0013 du 16 janv. 2010 p. 894, texte n° 18 ; pour les experts-comptables : art. 21 de l'ordonnance n°45-21.38 du 19 sept. 1945 ; pour le juge de proximité : Loi organique n°2003-153 du 26 fév. 2003 ; pour le médiateur : art. R. 15-33-34 C. pr. pen. ; pour les membres des bureaux d'aide juridictionnelle et personnel de leurs services : art. 17 loi n°91-647 du 10 juill. 1991 ; pour les techniciens requis pour enregistrer l'audition d'un mineur : art. 706-52 C. pr. pen. mais aussi : huissiers, avoués, mandataires de justice...

<sup>9</sup> Pour les professions médicales : Art. L. 1110-4 C. santé publ. ; pour les infirmiers : décret n°2002-194 du 11 fév. 2002 ; pour les vétérinaires : art. 8 du décret n°94-547 du 24 juin 1994.

<sup>10</sup> Loi n° 84-46 du 24 janv. 1984, C. Gavalda et J. Stoufflet, « La loi du 24 janvier 1984 », *LP* 18 mai 1984 n°60.

<sup>11</sup> Art. L. 621-1 C. propr. intell.

<sup>12</sup> G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence, in Transparence et secret », *Pouvoirs* 1997 p. 17.

<sup>13</sup> B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AF Pénal D.* 2004 p. 133.

<sup>14</sup> Loi n°78-753 du 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

<sup>15</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>16</sup> V. Frasson, « 3 Questions : Publicité ciblée et données personnelles sur internet confrontées au respect de la vie privée », *JCP E* 17 fév. 2011 n°7 p. 84.

<sup>17</sup> C. Brenner, « Dossier le Secret — La protection du secret de la vie privée », *DéP* 2002 102 ; CA Paris

La distinction entre les informations publiques ou privées n'a plus cours avec les nouveaux moyens de communication. « *Puisque le secret de la vie privée n'est pas regardé comme un droit discrétionnaire, absolument intangible, on peut douter que la protection dont il profite en vertu de l'article 9 du Code civil*<sup>18</sup> *soit réellement spécifique* »<sup>19</sup>. Non seulement les personnes ne bénéficient que d'un droit limité, mais en plus elles ont tendance à ne plus l'exercer. C'est dans ce cadre que deux chartes informatiques ont été adoptées en collaboration entre le gouvernement et les principaux acteurs du numérique. L'une<sup>20</sup> porte sur les pratiques à adopter en matière de gestion des données personnelles des internautes par les acteurs du numérique tandis que l'autre<sup>21</sup> organise les principes éthiques en matière de publicité ciblée afin de préserver la gratuité de l'internet financé par ces publicités. La rédaction de ces chartes a été privilégiée à la voie législative visant un effet participatif et incitatif à l'égard du secteur privé<sup>22</sup>.

Ces chartes du droit à l'oubli numérique et sur la publicité ciblée ont une portée plus morale que contraignante. Elles visent à prévenir les risques d'atteinte au droit au respect de la vie privée, par des règles sur la diffusion des données personnelles et sur les règles éthiques applicables à la publicité. « *L'information ayant tendance à être considérée comme un dogme sacré, le secret de la vie privée a désormais trop souvent — au propre et au figuré, si l'on ose dire — mauvaise presse* »<sup>23</sup>. Le droit au respect de la vie privée a été protégé en réglementant la divulgation des données personnelles.

L'enjeu du droit au respect de la vie privée rejoint aujourd'hui celui du droit au secret d'affaires qui a besoin, aujourd'hui plus qu'hier, d'être préservé. Et ce d'autant plus qu'« *il n'existe pas un secret général des affaires qui serait le pendant du secret de la vie privée* »<sup>24</sup>. La clause de confidentialité vient restreindre cette divulgation des données personnelles des sociétés, la divulgation du secret d'affaires.

1195. – **Le secret d'affaires.** Le secret entre partenaires commerciaux est devenu un véritable enjeu. D'une simple clause insérée dans les contrats, de plus en plus, il devient un contrat à part entière. Contrat accessoire à une convention principale, l'accord de confidentialité gagne son autonomie et ses lettres de noblesse dans la pratique des affaires.

Il s'agit d'un accord qui accompagnera les parties pendant toute leur relation, de la période de pourparlers à la période post-contractuelle. La possibilité de conservation et de duplication permanente des données impose à la partie titulaire d'un secret d'affaires de le protéger le plus tôt possible et le plus tard possible.

Le titulaire de l'information cherche à en protéger la divulgation, et à en maîtriser la propagation. Non reconnue au titre des droits de propriété intellectuelle et industrielle, la pratique cherche à pallier ce vide juridique. Pourtant, l'efficacité des stipulations contractuelles présente ses limites, que l'absence de reconnaissance législative ne fait que renforcer.

---

14 mai 1975, D. 1975 J. p. 687 obs. R. Lindon.

<sup>18</sup> Art. 9 C. civ. : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.* ».

<sup>19</sup> C. Brenner, « Dossier le Secret — La protection du secret de la vie privée », *D&P* 2002 102.

<sup>20</sup> Charte Droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche du 13 oct. 2010.

<sup>21</sup> Charte de la publicité ciblée et la protection des internautes du 30 sept. 2010.

<sup>22</sup> Proposition de loi du 23 mars 2010 visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique.

<sup>23</sup> C. Brenner, « Dossier le Secret — La protection du secret de la vie privée », *D&P* 2002 102.

<sup>24</sup> P. Catala, « Dossier Le Secret — Rapport de synthèse », *D&P* 2002.102.

1196. – À la question le secret « *est-il pouvoir ou devoir de se taire ?* »<sup>25</sup>, on peut répondre que, quel que soit le domaine juridique concerné, le secret est tout à la fois un droit et un devoir pour les confidants. Le droit au secret du titulaire d'informations mérite d'être préservé — ce que les prévisions contractuelles permettent (**Section 1**) — contre les révélations de l'ancien partenaire indélicat (**Section 2**).

## SECTION 1 : LA PRÉSERVATION DU SECRET

(SECTION 2 : LA RÉVÉLATION DU SECRET)

1197. – **Secret et extinction du contrat.** Le secret d'affaires est partout : il concerne le savoir-faire, l'expérience, les droits de propriété intellectuelle, les informations sociétales, le secret de fabrique, la spécificité du fonds de commerce, le réseau... toute une somme d'informations diverses et variétés qui donnent une plus-value au titulaire sur le marché.

1198. – **Informations non restituables.** Lorsque les parties entretiennent une relation contractuelle, elles ont besoin d'échanger certaines de ces informations pour réaliser l'objet du contrat. La difficulté naît à l'extinction du contrat : les informations en tant que telles ne sont pas restituables. L'ancien partenaire se trouve ainsi porteur d'informations déterminantes pour son titulaire. Le secret est menacé, car non légalement protégé. Dans le silence de la loi, la pratique a élaboré un régime du secret applicable durant toute la relation contractuelle et surtout durant la phase post-contractuelle. Ici, la pratique a eu un rôle innovateur mettant en place un véritable régime du secret d'affaires par la création de la notion d'informations confidentielles. La pratique va ici à contre-courant de la société qui promeut la transparence.

« *Le secret des affaires ? C'est un serpent de mer. Tout le monde en parle, certains l'ont vu, mais il n'existe pas.* »<sup>26</sup> La pratique s'est emparée du secret d'affaires et a élaboré un régime de titularité des informations confidentielles (§1). Après avoir délimité les contours de l'obligation de confidentialité, il convient de formaliser ce régime par le biais de stipulations contractuelles (§2).

### §1. La titularité des informations confidentielles

1199. – **La notion d'information dans le droit.** Le système juridique ne s'intéresse pas aux informations. Bien que cette question soit largement débattue en doctrine<sup>27</sup>, l'information n'est pas reconnue en droit positif comme un bien immatériel<sup>28</sup> ; elles ne sont pas protégeables au titre des

<sup>25</sup> P. Catala, « Dossier Le Secret — Rapport de synthèse », *DéP* 2002.102.

<sup>26</sup> Y. Paclot, « Secret et relations d'affaires — Les diverses facettes du secret des affaires », *DéP* 2002.102.

<sup>27</sup> M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207 ; P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *DS* 1984 C. p. 98 ; P. Leclercq, *L'information est-elle un bien ?* in P. Catala, *Droit et information*, L'hermine et la puce Broché p. 91-110.

<sup>28</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1.

droits de propriété intellectuelle<sup>29</sup>. L'information n'est pas prise en considération en tant que telle comme objet de droit.

Pourtant, l'information dans la vie des affaires est un élément déterminant de la réussite commerciale. Elle revêt une réelle valeur marchande pour son titulaire : objet de contrat de vente de données personnelles des consommateurs, de transmission de savoir-faire dans le cadre de contrat de franchise, l'information est monnayable. Cependant, sa valeur réside dans son secret. L'information se doit d'être confidentielle. Certains auteurs<sup>30</sup> considèrent qu'il s'agit d'un bien informationnel. La consécration de l'information comme un bien permettrait d'offrir une protection efficace au secret. Après avoir déterminé quelles étaient les informations confidentielles (A), la pratique s'est intéressée aux parties partageant ces informations confidentielles (B).

### ***A. Les informations confidentielles***

1200.– **Création d'une notion.** La notion d'information confidentielle est une création de la pratique. Dans le silence des parties, il n'existe pas d'informations confidentielles juridiquement parlant (1). Il revient donc au titulaire d'informations de valeur de procéder à une qualification contractuelle pour les protéger (2).

#### ***1. Diversité des informations protégeables***

1201.– **Qualification des informations à protéger.** La pratique a vu se multiplier l'importance des informations à protéger. Malgré l'ignorance du droit, elles sont devenues un véritable objet de contrats (a). À tel point que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier les informations de bien sur lequel s'exerce un véritable droit de propriété (b).

##### **a. Qualification d'« informations privilégiées »<sup>31</sup>**

1202.– **Qualification contractuelle.** La détermination des informations protégeables n'est pas sans soulever de difficulté, faute de cadre légal ou judiciaire. L'information est libre de tout droit. Il revient donc aux acteurs du monde des affaires de qualifier eux-mêmes les différentes catégories d'informations qui existent. La difficulté d'une telle qualification n'est pas nouvelle : elle remonte aux origines du capitalisme<sup>32</sup>.

Il peut être distingué deux familles d'informations :

- d'une part, les informations publiques ou accessibles : celles-ci ne revêtent pas de valeur économique particulière et ne nécessitent donc aucune protection spécifique ;
- d'autre part, les informations tenues secrètes : celles-ci ont une valeur économique et sont donc à protéger.

<sup>29</sup> F.-X. Testu, « Secret et relations d'affaires — La confidentialité conventionnelle », *DéP* 2002 102.

<sup>30</sup> P. Catala, « La propriété de l'information, in Mélanges Raynaud », *D.* 1985 p. 97 ; P. Leclercq, *L'information est-elle un bien ?* in P. Catala, *Droit et information*, L'hermine et la puce Broché p. 91-110.

<sup>31</sup> M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207.

<sup>32</sup> M. Crémieux, *Le secret des affaires, in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ 1978.



M. Malaurie-Vignal parle d'informations privilégiées<sup>33</sup> en référence au droit boursier<sup>34</sup> et distingue selon :

- les informations résultant d'un investissement intellectuel<sup>35</sup> : recherches, savoir-faire, expériences... ;
- les « *informations négatives* »<sup>36</sup> dont l'entreprise a intérêt à ce que ses concurrents ou ses clients les ignorent : conflit interne, difficultés de trésorerie, projet d'investissement ;
- le savoir-faire.

Pour qu'une information soit protégeable, celle-ci doit revêtir certaines caractéristiques.

1203. – **Informations originales.** Concernant le savoir-faire notamment, l'information doit être originale en ce sens qu'elle doit résulter d'un effort intellectuel et financier pour procurer un avantage concurrentiel<sup>37</sup>. Le concept d'originalité ne doit pas être apprécié par le prisme rigoureux du droit de la propriété intellectuelle. L'originalité s'apprécie par la spécificité de l'information par rapport au savoir de l'homme de l'art. L'information ne doit pas être facilement accessible à une personne extérieure au titulaire de l'information.

À titre d'exemple, il a pu être considéré comme informations protégées les techniques de fabrication et les résultats des recherches d'une société<sup>38</sup> mais non une technique de coupe de cheveux connue dans le milieu de la coiffure<sup>39</sup>.

1204. – **Informations sur l'entreprise.** Les informations concernant l'entreprise même méritent également d'être protégées<sup>40</sup>. Il s'agit notamment du réseau de partenaires, de clients, des informations sur l'actionnariat, les conflits internes, les arbitrages, les données financières, économiques et comptables de la société, mais aussi les stratégies de développement, les projets contractuels ou financiers...

Dans le cadre de transmission de titres, sont réalisés des audits donnant accès à ces informations privilégiées qui permettent de négocier la valeur desdits titres. L'organisation de data room témoigne de la valeur de ces informations. Elles sont traditionnellement organisées au sein d'un cabinet d'avocats par la mise à disposition des documents contenant les informations privilégiées. Les auditeurs ne peuvent que consulter les documents mis à disposition et prendre des notes. Toute photocopie est exclue. La mise à disposition dure de un à cinq jours en général. Plus récemment, il a été organisé des *data room* numériques. Les documents sont consultables sur un serveur sécurisé sur lequel seule une liste précise de personnes peut se connecter grâce à un identifiant et un mot de passe personnels. Là encore, les documents ne sont pas imprimables et sont consultables pendant un délai d'un à cinq jours.

---

<sup>33</sup> M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207.

<sup>34</sup> Délit boursier d'utilisation d'informations privilégiées : art. L. 465-1 CMF issu de l'article 10-1 de l'ordonnance n°67-833 du 28 sept. 1967.

<sup>35</sup> M. Malaurie-Vignal, « Parasitisme et investissements d'autrui », *D.* 1996, C. p. 177.

<sup>36</sup> M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207.

<sup>37</sup> F. Pollaud-Dulian, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Dal. aff.* 1996, p. 539.

<sup>38</sup> Cass. com. 18 déc. 1957 Bull. n°355.

<sup>39</sup> Cass. soc. 18 déc. 1978 n°77-41.502 Bull. n°877.

<sup>40</sup> Cass. com. 5 janv. 1967, *Ann. propr. ind.* 1968 p. 308 ; T. com. Seine 22 mai 1950, *Ann. propr. ind.* 1952 p. 176, confirmé sur ces points par CA Paris 26 mars 1952, *Ann. propr. ind.* 1952 p. 182.

Toute cette organisation coûteuse témoigne du souci de la pratique d'organiser une réelle protection de ces informations privilégiées.

Aujourd'hui, les informations privilégiées sont un enjeu de la pratique dépourvu de cadre juridique. Faut-il leur donner un cadre légal au travers de la notion de biens ?

## b. Le bien informationnel ?

1205. – À n'en pas douter, les informations occupent une place prépondérante dans le milieu des affaires.

1206. – **Biens informationnels ?** Pourtant, dans le droit positif, les informations ne sont pas qualifiables de biens.

P. Catala<sup>41</sup> et P. Leclercq<sup>42</sup> militent pour une évolution du droit par la reconnaissance de l'existence d'un bien informationnel objet d'un droit de propriété. « *Si nous reconnaissons que l'information est un bien, il y a à reconnaître également la possibilité d'un droit de propriété sur l'information* »<sup>43</sup>.

P. Catala y voit un bien devant répondre aux conditions posées par le droit de la propriété intellectuelle et protégeable par le droit de la responsabilité civile. Le droit positif a suivi cette pensée par le biais de l'action en concurrence déloyale et en parasitisme<sup>44</sup>.

P. Leclercq<sup>45</sup> va plus loin en soutenant que l'information est un bien à part entière sur lequel s'exerce un droit de propriété.

1207. – **Analyse.** Il convient d'analyser l'information au regard des critères juridiques du droit de la propriété et du droit des biens. L'article 544 du Code civil dispose : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Déjà, le Code civil ne désigne pas un « bien », mais une « chose », notion floue<sup>46</sup> qui peut être mobilière ou immobilière, mais surtout adaptable. La première difficulté théorique tient à la définition même du concept de « bien », notion presque impossible à identifier<sup>47</sup>. Selon une approche négative, un bien n'est pas une personne. C'est un objet de droit et non un sujet de droit.

---

<sup>41</sup> P. Catala, « La propriété de l'information, in Mélanges Raynaud », *D.* 1985 p. 97 ; P. Catala, *La protection juridique des productions immatérielles*, in J.-P. Chamou, L'appropriation de l'information, p. 112 ; P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *DS* 1984 C. p. 98.

<sup>42</sup> P. Leclercq, *L'information est-elle un bien ?* in P. Catala, *Droit et information*, L'hermine et la puce Broché p. 91-110.

<sup>43</sup> P. Leclercq, *L'information est-elle un bien ?* in P. Catala, *Droit et information*, L'hermine et la puce Broché p. 91-110.

<sup>44</sup> M. Malaurie-Vignal, « Parasitisme et investissements d'autrui », *D.* 1996, C. p. 177 ; J. Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* 1983 I 3095 n°18 ; Ph. Le Tourneau, « Variation autour de la protection du logiciel », *Gaz. Pal.* 1982 II D. p. 297.

<sup>45</sup> P. Leclercq, *L'information est-elle un bien ?* in P. Catala, *Droit et information*, L'hermine et la puce Broché p. 91-110.

<sup>46</sup> E. Sabathie, *La chose en droit civil*, thèse, Paris II, 2004.

<sup>47</sup> C. Gregorczyk, *Le concept du bien juridique : l'impossible définition*, Archives Phil. dr. t. 24 1979 p. 259.

1208. – **Un bien a de la valeur**<sup>48</sup>. Selon une approche juridique dynamique, il a pu être écrit que la notion de bien se situait « *au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de valeur* »<sup>49</sup>. La doctrine dominante<sup>50</sup> a repris cette analyse.

Or, les informations confidentielles d'une société ont nécessairement de la valeur puisqu'elles contribuent à déterminer la valeur d'un fonds de commerce, se vendent dans le cadre de contrat de publicité ciblée et font l'objet d'investissement. « *Si l'information a de la valeur, elle est donc un bien* »<sup>51</sup>.

Cependant, la valeur ne suffit pas à qualifier un bien.

1209. – **Appropriabilité**. À ce constat réaliste de la valeur, s'ajoutent deux critères juridiques que sont l'appropriabilité et la commercialité. Il convient donc de s'attacher à vérifier si l'information correspond à ces critères.

La notion d'appropriabilité peut être définie comme « *l'établissement d'une relation exclusive entre une personne et l'objet de son désir [...] en excluant de sa jouissance tous les tiers* »<sup>52</sup>. Traditionnellement, la propriété désigne un droit subjectif patrimonial comprenant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Elle s'attachait à des biens matériels. Depuis longtemps, il a été admis l'existence de biens immatériels tels que la clientèle.

En l'espèce, une information est-elle appropriable ? Il semble que cette condition soit vérifiée puisque le titulaire de l'information protège l'exclusivité de sa connaissance et de son usage. Elle n'est pas accessible à tous, mais réservée au titulaire d'information. Il en récolte les fruits matérialisés par les éventuels bénéfices. La condition d'appropriabilité semble donc remplie.

1210. – **Commercialité**. S'ajoute la notion de commercialité « *parce que le droit ne tient pas dans la seule contemplation individuelle, une chose ne devient effectivement un bien que lorsqu'elle est l'objet d'une circulation licite entre les individus* »<sup>53</sup>. Le bien doit être dans le commerce, il doit être librement cessible.

Or, en l'espèce, le titulaire de l'information confidentielle ne conserve pas l'information pour lui seul. Bien au contraire, ces informations peuvent être amenées à circuler par exemple :

- par le biais de la cession de données personnelles dans le cadre de la publicité ciblée ;
- en faisant l'objet d'une obligation de ne pas s'en servir par le biais des engagements de confidentialité ;
- ou encore, en faisant l'objet d'une obligation d'utilisation dans le cadre de contrat de franchise avec transmission de savoir-faire.

La condition de commercialité est remplie de fait puisque la pratique en a fait un objet contractuel valorisable.

---

<sup>48</sup> M. Mignot, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006. 1805.

<sup>49</sup> R. Libchaber, *Biens*, Rép. civ. D. 2009 n°5.

<sup>50</sup> R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3<sup>ème</sup> série, Approfondissement d'un droit renouvelé, 1959, D., n°494 et s. p. 166 ; J.-M. Mousseron, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges Breton et Derrida* 1991, D. p. 277.

<sup>51</sup> P. Catala, « La propriété de l'information, in *Mélanges Raynaud* », *D.* 1985 p. 97.

<sup>52</sup> R. Libchaber, *Biens*, Rép. civ. D. 2009 n°7.

<sup>53</sup> R. Libchaber, *Biens*, Rép. civ. D. 2009 n°8.

1211.– **Constat.** L'ensemble des conditions modernes du droit des biens semble donc réuni. L'évolution de la pratique tend à démontrer la pertinence de l'analyse de P. Catala et P. Leclercq visant à reconnaître une nouvelle catégorie de bien que seraient les biens informationnels — objets d'un véritable droit de propriété.

1212.– **Projet de réforme.** Une réforme du droit des biens est à l'étude<sup>54</sup>. Il est à souhaiter que soit enfin consacrée la qualification de bien informationnel. Une telle qualification offrirait le cadre légal nécessaire à la protection des informations confidentielles. Aujourd'hui, la pratique pallie le vide juridique par divers moyens, dont le principal est la clause de confidentialité, gardienne de la valeur de l'information.

La clause de confidentialité prend de plus en plus d'importance et est devenue un moyen incontournable de protection de l'information. Dans le cadre d'engagement de confidentialité entre parties, le rédacteur de contrat est confronté à une véritable difficulté rédactionnelle pour déterminer quelles sont les informations protégées sans de ce fait les révéler.

## 2. Désignation contractuelle des informations confidentielles

1213.– **Désignation de l'information confidentielle.** Dans le cadre de la rédaction d'engagement de confidentialité, l'enjeu pour le rédacteur est de désigner quelles sont les informations protégées sans pour autant que ces informations ne soient d'ores et déjà révélées. « *On va désigner l'information à protéger non pas de manière spécifique, mais de manière générique. Ici, en effet, tout l'art du rédacteur consiste à désigner la chose [...] sans encore en divulguer la teneur* »<sup>55</sup>.

### ■ Exemple :

« *Toutes les informations d'ordre technique, commercial, financier ou juridique pourront être communiquées au partenaire et ce par quel que mode de transmission que ce soit ainsi notamment à titre indicatif et non limitatif, par écrit, verbalement, par un moyen informatique, sous la forme d'échantillons, modèles ou autres. L'ensemble de ces informations est qualifié d'informations confidentielles* ».

1214.– **Ignorance préalable ?** La confidentialité s'attache en principe aux informations qui n'étaient pas en la connaissance du détenteur précaire préalablement à la relation avec le titulaire des informations protégées.

Cependant, la protection des informations peut également s'étendre à des informations connues préalablement par le partenaire, mais dont l'utilisation serait restreinte pour l'avenir. À titre d'exemple, la protection pourrait concerner les informations négatives sur l'entreprise telle que des condamnations judiciaires. Il s'agirait alors, non plus d'une obligation de confidentialité, mais d'une obligation de discrétion.

Il pourrait être intéressant de préciser le cas échéant quelles sont les informations connues par le détenteur précaire avant la conclusion dudit accord.

1215.– **Conclusion.** Une fois les informations confidentielles définies, il convient de s'intéresser aux personnes qui partagent ce secret.

<sup>54</sup> H. Périnet-Marquet, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens* [sous la dir. de], 2009, Litec.

<sup>55</sup> F.-X. Testu, « Secret et relations d'affaires — La confidentialité conventionnelle », *D&P* 2002 102.

## ***B. Les détenteurs du secret***

1216.– **Transmission d'informations.** L'engagement de confidentialité fait se rencontrer le titulaire des informations confidentielles (1) et le « détenteur précaire » (2) avec qui le titulaire des informations confidentielles va partager ses secrets. « *Quand l'existence du secret est connue, si l'on veut protéger son contenu, il faut en interdire l'accès et sanctionner ceux qui transgressent la prohibition* »<sup>56</sup>. Le titulaire des informations confidentielles a besoin de la protection que lui offre l'engagement de confidentialité : pour ne pas éventer les secrets qui détruiraient sa valeur marchande, il convient de limiter le nombre de confidents. On peut qualifier le confident de « détenteur précaire » : l'information ne lui est pas « donnée », elle lui est « prêtée » dans un objectif précis. À l'extinction de cet objectif, l'obligation au secret est primordiale.

### ***1. Le titulaire du secret d'affaires***

1217.– **Titularité.** Le titulaire des informations confidentielles est le porteur du secret. Il a réalisé ou fait réaliser les efforts intellectuels et financiers permettant d'obtenir ces informations privilégiées. Il a élaboré la stratégie commerciale de développement. C'est lui l'initiateur. Il est le gardien des informations négatives. Cette titularité n'est pas synonyme de la qualité d'auteur.

1218.– **Salariés.** Les salariés qui ont travaillé à l'élaboration de ces informations confidentielles, l'ont fait au nom et pour le compte de leur employeur. Ces informations n'étant pas protégeables par le droit d'auteur, ils ne peuvent pas revendiquer de droit sur ces informations. Qu'ils aient participé à leur élaboration ou en aient simplement eu connaissance, les salariés sont tenus à une obligation de confidentialité au travers de l'obligation de loyauté<sup>57</sup>. On parle d'une obligation de discrétion ou de réserve<sup>58</sup>. Cette obligation est renforcée envers les salariés protégés qui peuvent avoir accès à ces informations du fait de leur fonction de représentation<sup>59</sup>.

1219.– Aucun droit de propriété n'étant reconnu juridiquement sur les informations confidentielles, le titulaire de l'information n'est pas protégé. Il lui revient d'organiser la protection de ses informations confidentielles pour assurer la pérennité de leur valeur marchande. Un des moyens de protection tient à définir les personnes détenteurs du secret d'affaires.

### ***2. Le détenteur précaire du secret d'affaires***

1220.– **Transmission versus divulgation.** Le titulaire d'informations confidentielles décide des personnes à qui sont transmises ces informations. La transmission d'informations doit être dis-

---

<sup>56</sup> P. Catala, « Dossier Le secret Rapport de synthèse », *DÉP* 2002 102.

<sup>57</sup> J.-E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.380 ; Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994 p. 289.

<sup>58</sup> J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990.49 p. 54.

<sup>59</sup> Art. L. 4614-9 C. trav. al. 2 : « *les membres du comité sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'établissement ou son représentant* » ; al. 3 : « *Ils sont, en outre, tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication* ».

Art. L. 2325-5 al. 2 : « *Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur.* ».

tinguée de la divulgation entendue comme le fait de rendre publique une information privilégiée. « *La transmission de l'information, c'est une chose ; sa publication, c'en est une autre : si l'information est précieuse, si elle a une valeur pécuniaire, elle doit être transmise sans être divulguée* »<sup>60</sup>. Il convient de déterminer à qui le secret de ses affaires peut être opposé.

1221. – **Opposabilité.** Le titulaire des informations confidentielles doit rendre opposable le secret aux personnes avec qui il est en lien contractuel, mais surtout aux personnes avec qui il n'est plus en lien contractuel.

Sans engagement contractuel, le secret n'est pas opposable. La pratique a recours aux engagements de confidentialité pour imposer le secret durant les relations contractuelles, et surtout durant la relation post-contractuelle.

Sont concernés par cette obligation post-contractuelle : les anciens salariés, les anciens fournisseurs, les anciens franchisés... toutes les personnes qui ont eu accès à des informations confidentielles.

1222. – **Responsabilité du fait d'autrui.** La pratique a été confrontée à une difficulté : le détenteur précaire n'est responsable en principe que de son propre fait. Pourtant, il peut être amené à transmettre les informations confidentielles du titulaire à des tiers au contrat : salariés, mandataires, fournisseurs ou sous-traitants.

En vertu de l'effet relatif des conventions, ces tiers ne sont pas tenus par l'obligation de confidentialité. Le titulaire des informations confidentielles subit pourtant un risque réel et sérieux de divulgation.

1223. – **Pratique.** La pratique a dès lors imaginé une forme de responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Le détenteur précaire accepte ainsi d'être responsable de son propre fait, mais également de personnes listées à l'engagement de confidentialité dont il répond. C'est une clause extensive de responsabilité.

#### ■ Exemple :

*« Le partenaire est pleinement responsable de lui-même, et du fait de ses associés, dirigeants, salariés, mandataires, représentants, fournisseurs, sous-traitants et clients finaux. »*

1224. – **Restriction de la transmission.** Pour préserver au mieux le secret des informations, la pratique prévoit parfois des restrictions quant au bénéficiaire de la transmission des informations. Le titulaire des informations confidentielles a intérêt à prévoir contractuellement les modalités de transmission des informations confidentielles par le détenteur précaire.

Le cas échéant, il est déterminé précisément qui a qualité au sein des équipes du détenteur précaire pour avoir accès aux informations confidentielles : sont-ce tous les salariés du détenteur précaire ou seulement ceux qui en auront l'utilité dans l'exercice de leur fonction ?

Concernant les liens du détenteur précaire avec des tiers amenés à prendre connaissance de certaines informations confidentielles, il peut être exigé un agrément préalable de la personne du tiers par le titulaire des informations.

Il est parfois contractuellement convenu entre le titulaire des informations et le détenteur précaire, l'obligation faite au détenteur précaire de conclure un engagement de confidentialité avec le tiers et d'en justifier au titulaire.

<sup>60</sup> F.-X. Testu, « Secret et relations d'affaires — La confidentialité conventionnelle », *D&P* 2002 102.



1225. – **Exemple pratique.** Pour illustrer la problématique, on peut s'intéresser à la situation de l'élaboration de procédé de fabrication. Le titulaire a recours à un prestataire pour formaliser techniquement les étapes de fabrication. Ce prestataire peut avoir recours aux services d'un tiers dessinateur industriel. Ainsi, le dessinateur n'est pas en lien avec le titulaire du procédé de fabrication et n'est donc pas tenu contractuellement à la préservation de la confidentialité du procédé de fabrication. La pratique prévoit dans cette situation que le prestataire réponde de lui-même et du dessinateur industriel. Parfois, le titulaire peut exiger que le prestataire conclût un engagement de confidentialité avec le dessinateur industriel.

#### ■ Exemple :

*« Avant toute communication des informations confidentielles, le partenaire s'engage à formuler une demande d'agrément par lettre recommandée avec accusé de réception au concédant ou par lettre contresignée par les parties. L'agrément est soumis à la condition préalable de la conclusion d'un contrat de confidentialité avec la personne agréée concernant les informations confidentielles. Le partenaire devra communiquer copie dudit contrat de confidentialité dès sa signature au concédant. »*

1226. – **Limite des prévisions contractuelles.** Le régime contractuel trouve ici ses limites à la protection accordée au propriétaire du secret d'affaires : le secret n'est pas opposable *erga omnes*<sup>61</sup>, mais uniquement aux personnes engagées dans le cadre contractuel. Si le propriétaire néglige de conclure un engagement de confidentialité ou que les termes contractuels en sont imprécis ou incomplets, le secret d'affaires ne sera pas opposable et les informations confidentielles risquent de perdre leur valeur marchande. Une particulière vigilance est donc nécessaire.

1227. – **Conclusion.** Les informations confidentielles et les parties à l'engagement de confidentialité identifiées, il convient de s'intéresser à l'obligation de confidentialité stipulée. La pratique a eu un rôle créateur en organisant un véritable régime de l'engagement de confidentialité.

## §2. La stipulation d'obligations de confidentialité

1228. – **Innovation de la pratique.** La vie des affaires a besoin de préserver ses secrets, gage de sa compétitivité sur le marché de la concurrence. Confrontée à l'inertie du législateur et du juge, la pratique a développé des techniques contractuelles innovantes visant à garantir la confidentialité des informations durant la phase d'exécution contractuelle et durant la phase post-contractuelle (A). La jurisprudence a validé le régime de la confidentialité issu de la pratique (B).

### A. Une initiative contractuelle : l'engagement de confidentialité

1229. – **Échange d'informations secrètes.** La relation contractuelle entre les parties nécessite un échange d'informations et donc un rapport de confiance. Cet échange d'informations intervient dès l'entrée en pourparlers, ainsi que durant toute la période d'exécution du contrat conclu<sup>62</sup>. La problématique est accentuée lorsque l'intérêt commun a cessé — ce qui est le cas lors de l'extinction du lien contractuel. En effet, une information ne se restitue pas. En l'absence de prévisions contrac-

<sup>61</sup> P. Catala, « Dossier Le secret Rapport de synthèse », *DÉP* 2002 102.

<sup>62</sup> A. Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LP* 2006 n°156 et 157 p. 4.

tuelles, « *l'après-contrat permet la réutilisation de l'acquis du contrat* »<sup>63</sup>. Rien n'interdit au bénéficiaire du secret d'affaires de se l'approprier et d'en user. « *L'indiscrétion est un vilain défaut, mais n'est peut-être pas une faute civile en soi* »<sup>64</sup>.

Contrairement à la concurrence déloyale, il n'existe pas de régime jurisprudentiel de responsabilité du simple fait de la divulgation d'information concernant son ancien partenaire. « *Quand l'existence du secret est connue, si l'on veut protéger son contenu, il faut en interdire l'accès et sanctionner ceux qui transgressent la prohibition* »<sup>65</sup>.

Le recours aux engagements de confidentialité présente de réelles particularités formalisées au sein d'un outil original (1). Il convient de s'intéresser à la portée de cet outil (2).

### **1. Particularisme des clauses de secret**

1230. – **Diversité des obligations.** La pratique a élaboré un outil contractuel pour protéger la confidentialité des informations échangées. Un engagement de confidentialité a pour objet de prévoir une obligation particulière envers le détenteur précaire des informations confidentielles. L'unicité de la notion d'engagement de confidentialité ne saurait masquer la diversité des obligations qui en découlent. La pratique a modulé différents degrés de confidentialité en tenant compte de la valeur des informations objet de l'accord contractuel (a).

Il convient de s'intéresser à la qualification de telles obligations : sont-elles des obligations de faire ou de ne pas faire, de moyen ou de résultat ? (b)

#### **a. Les divers degrés de confidentialité**

1231. – L'engagement de confidentialité revêt diverses appellations qui révèlent le degré de contrainte prévu par les parties quant à la protection des informations considérées.

1232. – **Secret.** Ainsi, parlera-t-on de clause de secret lorsque l'on veut renforcer la rigueur de l'obligation.

Le secret exigé est ici absolu. Le terme « secret » révèle l'importance particulière des informations échangées. Il s'agit notamment d'information sur la personne même du titulaire.

Les clauses de secret sont courantes en matière de transmission d'entreprise précédée d'audit. On les retrouve également en matière d'investissement capitalistique.

1233. – **Confidentialité.** Le terme de confidentialité est le plus courant. Il désigne une obligation de non-divulgence des informations confidentielles désignées. Souvent, il s'agit d'informations résultant d'effort intellectuel et financier aboutissant à l'élaboration de procédés techniques ou de savoir-faire.

Les clauses de confidentialité sont couramment utilisées dans une grande variété de contrats : le contrat de travail et le contrat de distribution en sont notamment des illustrations.

1234. – **Discrétion.** L'obligation de discrétion est plus rare. Elle est la moins contraignante. Elle porte généralement sur des informations sensibles, mais facilement accessibles du public telles que

---

<sup>63</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1§12.

<sup>64</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1§14.

<sup>65</sup> P. Catala, « Dossier le Secret Rapport de synthèse », *D&P* 2002 102.

des condamnations judiciaires. Elles peuvent préjudicier au titulaire, mais elles n'ont pas une valeur d'investissement. Souvent, cette obligation est limitée par la liberté d'information.

Traduction d'un devoir de loyauté plus que d'une obligation au secret, l'obligation de discrétion apparaît comme une obligation de moyen.

Ces clauses sont stipulées notamment pour les sociétés cotées obligées de publier leurs comptes : si l'information est publique, elles peuvent cependant avoir intérêt à prévoir une obligation de discrétion auprès de leur partenaire pour se préserver d'une trop grande publicité.

L'obligation de discrétion se rencontre également dans les relations entre le professionnel et son banquier. Le secret bancaire est considéré comme double : le secret professionnel tel que défini par la loi<sup>66</sup> est doublé d'une obligation de discrétion dont l'origine se révèle très ancienne<sup>67</sup> et l'inexécution sanctionnée par la jurisprudence au regard de la relation contractuelle qui existe entre la banque et son client<sup>68</sup>. Elle porte sur des informations considérées comme confidentielles bien que n'étant pas secrètes au regard de la loi<sup>69</sup> ; il s'agira de renseignements précis incluant la personnalité, la situation financière, la comptabilité du client.

Cependant, le banquier n'est pas tenu de conserver un secret absolu. « *Le banquier n'est-il autorisé à révéler que des informations d'ordre général, formulées en termes mesurés et tenant compte de considérations objectives* »<sup>70</sup> ?

Il s'agit d'une bonne illustration de la spécificité de l'obligation de discrétion dans la pratique. Les parties modulent ainsi l'obligation de confidentialité.

## b. La détermination de l'obligation au secret

1235. – **Obligation de faire ou de ne pas faire ?** L'obligation de confidentialité est accessoire à un contrat principal en cours d'exécution, à conclure ou rompu. Si des informations sont communiquées, c'est pour permettre la réalisation de l'objet du contrat principal. Ainsi, il est important pour les parties de prévoir quel usage il pourra être fait des informations confidentielles.

1236. – **Obligation de ne pas faire.** Dans certains cas, l'obligation de confidentialité est une simple obligation de ne pas faire : le détenteur précaire a pour obligation de :

- ne pas divulguer les informations confidentielles qui lui sont transmises ;
- ne pas utiliser les informations confidentielles dans un cadre autre que le lien contractuel.

### ■ Exemple :

« *Le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à prendre toutes les précautions nécessaires pour maintenir la stricte confidentialité des informations confidentielles. En conséquence, le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à ne pas divulguer les informations confidentielles à quelque tiers que ce soit et sous aucune forme que ce soit.*

*Le partenaire s'engage à n'utiliser les informations confidentielles que dans le cadre de leurs relations contractuelles et à n'effectuer aucune reproduction, duplication, copie sans l'autorisation préalable, expresse et spécifique de l'auteur. »*

<sup>66</sup> Loi n° 84-46 du 24 janv. 1984.

<sup>67</sup> P. Gulphe, « Le secret professionnel du banquier en droit français », *RTD com.* 1948 p. 13.

<sup>68</sup> CA Paris 6 fév. 1975, *D.* 1975 p. 318.

<sup>69</sup> Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ thèse 1989, p. 131.

<sup>70</sup> Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ thèse 1989, p. 132 n°112.

1237.– **Obligation de faire.** Dans d'autres cas, l'obligation de confidentialité impose une véritable obligation de faire. Conserver un secret implique nécessairement l'obligation de ne pas trahir le secret par la divulgation de l'information dont on est un simple détenteur précaire. Il peut tout à la fois être prévu des obligations positives pour conserver le secret : il s'agira alors d'une obligation de sécurité dans la conservation des informations communiquées. Ainsi, il peut être stipulé soit des obligations de sécurité du système informatique, soit des obligations de restrictions quant aux personnes pouvant avoir accès à l'information dans l'entreprise, soit encore des obligations de destruction des fichiers transmis à l'arrivée du terme extinctif lorsque l'information est simplement « prêtée ».

■ **Exemple :**

« *Le partenaire s'engage à utiliser un système informatique sécurisé permettant d'assurer la sécurité des informations confidentielles en sa détention.* »

L'étendue de l'obligation de confidentialité se traduit également en terme de responsabilité : est-ce une obligation de résultat ou de moyen<sup>71</sup> ?

1238.– **Obligation de résultat ou de moyen ?** L'obligation au secret peut être une obligation de résultat. Ce degré de responsabilité accompagne généralement les clauses de secret et les clauses de confidentialité.

La responsabilité du détenteur précaire sera engagée du seul constat du non-respect de la confidentialité sauf à prouver un cas de force majeure tel qu'un piratage informatique alors que le détenteur précaire avait mis en place des mesures de sécurité ou en cas de saisie judiciaire.

L'obligation peut seulement être de moyen. Généralement sont concernées les clauses de discrétion.

1239.– La pratique a élaboré un régime de la confidentialité permettant aux parties de moduler les contraintes liées à la protection des informations confidentielles. La rédaction de l'engagement de confidentialité est donc essentielle. Elle permet de déterminer la portée de l'engagement.

## ***2. La portée de l'engagement de confidentialité***

1240.– **Outil issu de la pratique.** L'usage de l'engagement de confidentialité témoigne de la nécessité de prémunir le titulaire de l'information durant toutes les phases de la relation contractuelle, des pourparlers à l'après-contrat sans considération de la survie du contrat principal<sup>72</sup> (a).

L'enjeu est tel que l'engagement de confidentialité peut revêtir deux formes pour préserver son efficacité : d'une simple clause, celle-ci s'est émancipée du contrat principal qui la contient pour devenir un contrat autonome (b).

<sup>71</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 « Importance de la nature des obligations inexécutées », p. 177.

<sup>72</sup> C. Vuillemin-Gonzales, *L'obligation de non-divulgence*, Thèse Perpignan 2000.

### a. Portée de l'engagement de confidentialité au regard du temps contractuel

1241. – **Durant les pourparlers.** L'engagement de confidentialité est bien connu au stade des pourparlers : il préserve l'offrant des conséquences de l'absence de conclusion du contrat<sup>73</sup>. Ainsi en est-il lors des audits dans le cadre de projet de cession de société<sup>74</sup>.

Un engagement au secret est alors convenu indépendamment de l'aboutissement des pourparlers. L'obligation perdure bien au-delà de l'avant-contrat.

1242. – **Durant l'exécution du contrat principal.** La pratique a très souvent recours aux engagements de confidentialité, quels que soient les domaines contractuels concernés pendant l'exécution du contrat qui lie les parties. Il s'agit alors d'une obligation accessoire.

1243. – **Contrats internationaux.** Les contrats internationaux ont un usage systématique de tels engagements<sup>75</sup>. Il en est de même en matière transactionnelle.

1244. – **Contrat de travail.** La clause de confidentialité reste très largement répondue au sein des contrats de travail des salariés de l'entreprise qui ont vocation à avoir accès à certaines informations confidentielles dans le cadre de leur fonction.

Il convient de préciser que dans les rapports employeur/salarié, tant que le contrat est en vigueur, la Cour de cassation pallie l'absence de stipulation de confidentialité en astreignant le salarié à une obligation générale de discrétion sur le fondement de l'article 1134 du Code civil<sup>76</sup>. Elle module cette obligation en fonction des responsabilités des salariés dans l'entreprise<sup>77</sup>. Ainsi, constitue une faute grave le fait pour un cadre du service comptabilité de divulguer des informations financières à des tiers concernant les difficultés financières de son employeur<sup>78</sup>.

Le Conseil d'État<sup>79</sup> a adopté une position similaire en validant un règlement intérieur rappelant « l'obligation de discrétion professionnelle qui s'oppose à la divulgation de renseignements confidentiels ». La clause de confidentialité conserve l'utilité de préciser l'étendue de l'obligation de confidentialité ainsi que les informations protégées<sup>80</sup>.

1245. – **Dans les rapports post-contractuels.** L'engagement de confidentialité présente toute sa spécificité dans le cadre des relations post-contractuelles. À l'extinction du lien contractuel entre les parties, l'intérêt commun disparaît. Le titulaire des informations confidentielles a plus que jamais besoin de protection contre l'éventuelle appropriation ou divulgation des informations par son ancien partenaire, redevenu un concurrent.

Ainsi, dans les contrats de travail, en l'absence de stipulation spécifique, ce dernier pourra réutiliser toutes les informations en sa détention à la fin de son contrat de travail — et en faire usage auprès

<sup>73</sup> F.-X. Testu, « La confidentialité conventionnelle, » *DéP* 2002 102 p. 81.

<sup>74</sup> H. Dubout, « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *BJS* 1992 p. 722.

<sup>75</sup> M. Fontaine, « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RD aff. int.* 1991 p. 3.

<sup>76</sup> Cass. soc. 25 mars 1981 n°79-40.976 Bull. n°253.

<sup>77</sup> Cass. soc. 28 juin 1972 n°71-40.435, *Dr. ouv.* 1973 p. 14.

<sup>78</sup> Cass. soc. 30 juin 1982 n°80-41.114 Bull. n°425.

<sup>79</sup> CE 26 nov. 1990 n°96.564.

<sup>80</sup> CE 26 sept. 1990 n°108.279.

d'un heureux concurrent ou pour la création de sa propre activité concurrente<sup>81</sup>. L'employeur est alors dépouillé de sa valeur ajoutée sur le marché, constituée par les informations secrètes. Un tel engagement doit se concevoir en articulation avec la clause de non-concurrence<sup>82</sup>. « *Le délit n'est caractérisé que si le procédé livré aux oreilles ennemies était secret (caractère apprécié par le juge) et si la révélation était intentionnelle : le bavard, l'impudent ne sont pas punissables* »<sup>83</sup>. La nécessité de conclure des engagements de confidentialité post-contractuels est alors évidente<sup>84</sup>.

1246. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit préciser la portée de l'engagement de confidentialité avec précision.

#### ■ Exemple :

« *L'obligation de confidentialité est valable à compter de la signature de l'accord :*

- *pendant toute la durée des pourparlers ;*
- *pendant toute la durée des relations contractuelles éventuelles ;*
- *après la rupture des pourparlers ou après la cessation des relations contractuelles pendant une durée de 24 mois. »*

La pratique a étendu la portée de l'obligation de confidentialité à tous les stades de la relation contractuelle. Elle est allée plus loin en lui conférant une autonomie par rapport au contrat principal qui la fonde en recourant à un contrat autonome.

### b. Portée de l'engagement de confidentialité au regard du véhicule contractuel

1247. – Si l'obligation de confidentialité n'est jamais indépendante, elle a su s'émanciper de la relation principale entre les parties. D'une simple clause de confidentialité, la pratique a eu recours aux accords de confidentialités.

1248. – **Clause de confidentialité.** La clause de confidentialité est insérée dans un contrat principal et peut régir les relations entre les parties tant durant l'exécution du contrat que lors de la période post-contractuelle. La clause de confidentialité survit alors au contrat pour produire ses effets alors même que le contrat est éteint.

Elle est cependant dépendante de la validité de son support, le contrat principal. Plus que la nullité, elle peut être menacée par la résolution rétroactive du contrat en vertu d'une jurisprudence plus que contestable qui a pu remettre en cause l'applicabilité des obligations post-contractuelles<sup>85</sup>. En effet, la jurisprudence tend à privilégier la fiction de la rétroactivité sur la force obligatoire des contrats. Afin de préserver l'efficacité de l'engagement de confidentialité, la pratique s'est écartée du recours à une simple stipulation particulière pour prévoir la conclusion d'accord de confidentialité.

1249. – **Accord de confidentialité, contrat autonome.** Le principal intérêt de l'accord de confidentialité est d'être un contrat autonome de toute autre convention. Bien que l'obligation de confidentialité ne se comprenne que dans le cadre d'un échange contractuel, l'accord de confidentialité

<sup>81</sup> Cass. crim. 29 juin 1960 n°350.

<sup>82</sup> Cf. ci-dessous.

<sup>83</sup> Y. Paclot, « Secret et relations d'affaires, les diverses facettes du secret des affaires », *D&P* 2002 102.

<sup>84</sup> C. Caseau-Roche, *Les obligations post-contractuelles*, Thèse Paris I 2001.

<sup>85</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 «La survie du contenu : un principe à justifier», p. 330.



n'est pas un contrat accessoire. C'est un contrat indépendant dont la survie et la pérennité ne dépendent pas du sort d'un contrat principal.

Cet accord régit les relations entre les parties, que ces relations soient contractuelles ou non dans le cadre de pourparlers ou de l'après-contrat.

L'engagement de confidentialité est ainsi émancipé de la nullité ou de la résolution du contrat principal. Il a vocation à être exécuté parce que des informations confidentielles ont été transmises, quel que soit le cadre juridique de cette transmission.

La pratique a ici fait preuve d'une grande innovation témoignant de l'importance du secret d'affaires. Mieux que le principe d'autonomie de la clause compromissoire, l'accord de confidentialité est un contrat autonome.

1250. – **Conclusion.** La pratique a su élaborer un régime de la confidentialité au plus proche des attentes des parties garantissant l'efficacité du mécanisme. Tous les secrets n'ont pas la même importance, et la pratique module les obligations du détenteur précaire d'un secret d'affaires. La jurisprudence a consacré la pleine validité de la pratique contractuelle du secret.

## ***B. La validité jurisprudentielle de la pratique du secret d'affaires***

1251. – **Régime de validité spécifique.** La validité de la clause ou de l'accord de confidentialité est admise assez largement par la jurisprudence (1) et échappe ainsi aux restrictions jurisprudentielles imposées à la clause de non-concurrence<sup>86</sup> (2).

### ***1. Le principe de validité de l'engagement de confidentialité***

1252. – La jurisprudence a depuis longtemps admis la validité des clauses de confidentialité<sup>87</sup>. Deux questions se sont posées concernant d'une part, l'effet post-contractuel de la clause de confidentialité et d'autre part, les conséquences de l'absence de terme extinctif de l'obligation de confidentialité.

1253. – **Validité de l'obligation post-contractuelle.** Dans un premier temps, la question a été de déterminer si les parties pouvaient conclure une clause de confidentialité post-contractuelle. Alors même que le contrat a cessé entre les parties, celles-ci peuvent-elles encore être tenues par des obligations issues de ce contrat ?

« Si le secret peut être l'objet d'un contrat ou d'une clause, c'est bien parce qu'il lui préexiste. La conclusion d'un contrat ne fait que renforcer son existence. Dès lors, la disparition du contrat ne tarit pas ce secret, elle ne fait qu'en modifier la source »<sup>88</sup>.

La jurisprudence<sup>89</sup> a admis la validité du mécanisme post-contractuel. Ainsi a-t-il été décidé, après la rupture d'un contrat de travail : « qu'en statuant ainsi, alors qu'une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde, la cour d'appel a constaté que M. R. avait en violation de la clause de confidentialité

<sup>86</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 « Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle », p. 426.

<sup>87</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 avril 1976 n°74-11.730 Bull. n°24.

<sup>88</sup> M.-E. André, M.-P. Dumont, Ph. Grignon, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre 2005 p. 124 § 156.

<sup>89</sup> Cass. soc. 19 mars 2008 n°06-45.322, M.-C. Haller, « Une clause de confidentialité peut valablement prévoir sa survie après la cessation du contrat de travail », *SS Lamy* 2008 n°233.

*insérée à son contrat de travail fait publier après son licenciement un ouvrage dans lequel il révélait les procédés d'élaboration du guide édité par l'entreprise, a violé les textes susvisés. »*

Il résulte de cet arrêt que la jurisprudence consacre la validité de mécanisme post-contratuel. La force obligatoire de la volonté empêche ainsi qu'une partie ne puisse se délier valablement à la fin du contrat.

Il convient d'approuver une telle jurisprudence. L'engagement de confidentialité ne heurte aucune règle d'ordre public. La liberté contractuelle étant le principe, une telle décision était attendue<sup>90</sup>.

1254. – **Terme indéterminé implicite.** La question de la validité de l'engagement de confidentialité s'est également posée au regard de l'absence de terme extinctif à l'obligation ainsi stipulée. En effet, le titulaire de l'information confidentielle a intérêt à se protéger aussi longtemps que l'information a une valeur marchande. Il est ainsi souvent prévu une obligation de confidentialité sans terme extinctif.

La jurisprudence<sup>91</sup> admet la validité du mécanisme, le terme extinctif étant alors considéré comme tacitement indéterminé : l'obligation de confidentialité cessera nécessairement par caducité dès lors que l'information sera devenue publique. Il s'agit donc d'un terme implicite<sup>92</sup>.

1255. – **Perpétuité ?** La confidentialité meurt par la révélation de l'information. Oui, mais pas toujours. Une telle lecture peut être contestable : ainsi, une obligation de discrétion peut survivre à la divulgation d'une information privilégiée. Est-ce à dire que l'engagement serait alors perpétuel ? Les parties seraient alors tenues indéfiniment.

La jurisprudence<sup>93</sup> semble consacrer la validité d'un tel engagement<sup>94</sup> malgré son caractère perpétuel. L'admission de la validité d'un tel engagement peut paraître surprenante. La jurisprudence considère que l'obligation de confidentialité n'est pas restrictive de liberté pour le débiteur. En cela, une telle obligation diffère de la clause de non-concurrence. Cette décision, pour heureuse qu'elle soit, est purement opportuniste et ne repose pas sur une analyse juridique.

La perpétuité de l'obligation de confidentialité illustre la remise en cause doctrinale de la nullité des engagements perpétuels<sup>95</sup>.

1256. – **Rédaction.** Afin d'éviter tout débat quand au terme de l'obligation de confidentialité, le rédacteur de contrat peut prévoir une caducité de l'accord en cas de divulgation.

#### ■ Exemple :

*« L'obligation de confidentialité deviendra caduque si les informations deviennent publiques en dehors de toute intervention de la partie qui aura reçu l'information ou si l'information confidentielle est entrée dans le domaine public sans faute de la partie qui aura reçu l'information. »*

Si la validité de l'engagement de confidentialité est aussi largement admise par la jurisprudence, c'est parce que cet engagement se distingue de sa voisine la clause de non-concurrence.

<sup>90</sup> Art. 1134 C. civ.

<sup>91</sup> CA Versailles 27 sept. 1994, *D.* 1995 Somm. P. 206 obs. Y. Serra ; *JCP G* 1998 II 1000 obs. B. Fages.

<sup>92</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 § 20.

<sup>93</sup> Cass. civ. 6 mars 1876 « Canal de Craonne ».

<sup>94</sup> G. Blanc-Jouvant, *L'après-contrat*, PUAM 2003 n°110.

<sup>95</sup> Cf. Thèse Partie 1 Titre 1 Chapitre 1 « Terme extinctif et prohibition des engagements perpétuels », p. 26.

## 2. Distinction entre la clause de confidentialité et la clause de non-concurrence

1257. – Deux clauses, deux objets différents. La clause de confidentialité se distingue de la clause de non-concurrence. La clause de confidentialité a pour but d'empêcher que « *l'ancien partenaire [n'] exploite à nouveau l'information, mais au travers de sa divulgation à autrui* » alors que la clause de non-concurrence a pour but d'empêcher que « *l'ancien partenaire [n'] exploite l'information pour son compte, mais la garde pour lui* »<sup>96</sup>.

La confidentialité protège contre la perte de valeur liée à la divulgation de l'information et non contre la concurrence que le titulaire de l'information confidentielle pourrait subir. Ces clauses sont complémentaires, mais diffèrent dans leur objet ; il n'est donc pas rare qu'elles soient toutes deux stipulées dans les conventions.

1258. – **Amalgame.** S'est posée la question de l'assimilation de la clause de confidentialité au régime de validité de la clause de non-concurrence consistant à imposer une contrepartie financière au profit du salarié. La Cour de cassation<sup>97</sup> a heureusement écarté une telle solution et refuse d'étendre la condition de validité de la contrepartie financière à la clause de confidentialité.

La Haute Juridiction distingue selon que le salarié ait ou non entravé dans sa liberté de travailler. À la différence de la clause de non-concurrence, la clause de confidentialité ne porte pas atteinte à une liberté individuelle du salarié. Il n'est pas restreint dans son employabilité.

Il convient d'approuver une telle distinction : les clauses de non-concurrence portent atteinte à la liberté fondamentale du commerce et de l'industrie. À la différence, la clause de confidentialité, qui préserve le libre jeu de la concurrence, protège les informations confidentielles concurrentielles.

1259. – De même, la jurisprudence n'impose pas une limitation géographique de la clause de confidentialité. Les parties ont intérêt à préciser dans certains accords que la clause de confidentialité est valable pour le monde entier.

### ■ Exemple :

« *L'obligation de confidentialité est valable pour le monde entier.* »

1260. – **Droit de la concurrence et confidentialité.** Pourtant, l'engagement de confidentialité peut sembler entrer en conflit avec le principe du droit de la concurrence qui repose sur le principe de transparence. En effet, les règles de la concurrence pure et parfaite supposent que l'information

<sup>96</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 §19.

<sup>97</sup> Cass. soc. 2 oct. 2001 n°99-42.942 Bull. n°291 : « *Attendu que pour condamner la société Nikon France à payer l'indemnité prévue par la clause de non-concurrence conventionnelle, la cour d'appel a énoncé que l'interdiction de divulguer des informations confidentielles revenait à interdire au salarié de s'engager en sa qualité d'ingénieur-géomètre chez un concurrent et que l'accord de confidentialité devait donc produire les effets de cette clause de non-concurrence ;*

*Attendu, cependant, que l'accord de confidentialité conclu le 7 septembre 1992 entre le salarié et les sociétés Nikon Corporation et Nikon BU interdisait seulement au salarié de divulguer des informations, portées à sa connaissance par ces deux sociétés, expressément identifiées comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique ; que, contrairement à la clause de non-concurrence prévue par l'article 28 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie applicable en l'espèce, l'accord n'interdisait pas au salarié de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société ;*

*Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui a donné à l'accord de confidentialité, dont les termes étaient clairs et précis, une portée qu'il n'avait pas, a dénaturé cet accord et ainsi violé le texte susvisé. ».*

puisse parvenir à tous les intéressés à fin que ceux-ci puissent adopter un comportement économique rationnel.

Or, une telle stipulation contractuelle participe à l'opacité du marché alors même que l'information ne bénéficie pas de la protection légale.

Cependant, de tels accords n'ont généralement pas d'effet sensible sur le jeu de la concurrence. C'est pourquoi le règlement communautaire<sup>98</sup> admet leur validité de principe. Cependant, cette validité de principe n'est qu'une présomption. Ainsi, s'il est prouvé que l'accord de confidentialité a un réel impact anticoncurrentiel, la validité de celui-ci pourrait être remise en cause<sup>99</sup>. Il est intéressant de relever que l'invalidité de la clause de confidentialité dans ce cas d'espèce tient au fait non pas de la confidentialité en elle-même, mais de l'information protégée. En effet, ce qui était protégé ici ce n'était pas un savoir-faire ou un secret d'affaires, mais un accord de prix.

Or, la confidentialité ne saurait valider des mécanismes anticoncurrentiels. Si le mécanisme de la confidentialité est valable en soi, il ne peut avoir une cause illicite ou immorale. Ce sont les conditions de validité de droit commun<sup>100</sup> qui trouvent ici à s'appliquer et non le droit de la concurrence à proprement parler.

Le rédacteur de contrat doit donc informer les parties du risque de nullité de telles clauses. Plus les termes de la clause sont généraux et englobent un grand nombre d'informations, moins le risque de nullité est présent.

1261. – **Pouvoir de requalification.** Il est à noter que les parties ne sauraient se soustraire a priori au droit de la concurrence en déguisant un engagement de non-concurrence sous l'appellation de clause de confidentialité : les juges sont libres de requalifier les clauses.

1262. – **Conclusion.** La pratique a su élaborer un régime de protection des informations confidentielles dans l'indifférence du législateur et des magistrats. L'engagement de confidentialité organise un régime d'obligations originales entre le titulaire de l'information confidentielle et les détenteurs précaires, responsables pour eux-mêmes et pour les personnes dont ils répondent.

L'organisation de la propriété des informations confidentielles nécessite le plus grand soin au travers de la rédaction de l'engagement. En effet, la violation de l'obligation est destructrice de la valeur des informations confidentielles dont les modes de réparation témoignent des failles d'un mécanisme purement contractuel.

---

<sup>98</sup> Règlement d'exemption n° 2790/1999/CE de la Commission du 22 déc. 1999.

<sup>99</sup> Cass. com. 27 janv. 1998 n°96-10.694 : « attendu que la cour d'appel, qui s'est fondée «sur les pièces du dossier» analysées par le Conseil de la concurrence, a retenu que la rémunération occulte accordée par les «lessiviers» à la société Galec, centrale nationale d'achat des sociétés portant l'enseigne Leclerc, était en fait une ristourne accordée sans contrepartie à cette coopérative enregistrée au compte fournisseur «correspondant à une réduction de prix» ; qu'elle a également relevé, à partir des constatations du Conseil, que le montant global de cette ristourne était réparti confidentiellement entre les divers distributeurs des centres Leclerc, seuls les chefs d'entreprise de ces centres étant avertis de son existence ; que cette stipulation était de nature d'une part, à empêcher les adhérents de la société Galec de déduire cette ristourne de leurs prix d'achat et de la répercuter sur leurs prix de vente et, d'autre part, de créer une opacité artificielle sur certaines des conditions accordées aux centres Leclerc de nature à permettre aux producteurs de mieux résister aux demandes de concessions tarifaires présentées par les autres distributeurs concurrents de ces centres ; qu'il ressortait de ces énonciations et constatations que la clause de confidentialité figurant dans les accords conclus avec la société Galec et les «lessiviers», avait non seulement un effet anticoncurrentiel à l'égard des producteurs mais également à l'égard des distributeurs concurrents qui se trouvaient dans une situation désavantageuse par rapport aux distributeurs auxquels la ristourne occulte était consentie. ».

<sup>100</sup> Art. 1108 C. civ.

Le législateur intervient à nouveau pour préserver la liberté d'information au détriment du droit au secret d'affaires. « *Dans le conflit qui oppose secret des affaires et transparence, il semble que le second l'emporte sur le premier.* »<sup>101</sup>

## SECTION 2 : LA RÉVÉLATION DU SECRET

1263. – **Risque de divulgation.** Dans les rapports internes aux entreprises comme dans leur rapport avec leurs partenaires, les idées, le savoir-faire, l'expérience sont des éléments non quantifiables, mais essentiels. Essentiels, mais non protégés et non juridiquement reconnus. « *Le créancier ne cherche plus à se protéger contre l'exploitation concurrente que pourrait en faire l'ancien partenaire, mais à se prémunir du risque de divulgation de ces informations.* »<sup>102</sup>

Ce risque de divulgation s'insère dans un contexte qui privilégie le principe de transparence dans tous les aspects du droit et notamment de la « bonne » gouvernance d'entreprise<sup>103</sup>. « *Réfréner les appétits de révélation, résister aux envies d'autrui de tout savoir devient ambigu et il n'est pas rare d'entendre que secret rime avec suspect...* »<sup>104</sup>. Le législateur s'intéresse à la transparence et non à la préservation du secret d'affaires.

L'engagement de confidentialité organise un régime de responsabilité en cas de divulgation fautive (§1). Cependant, la divulgation des informations confidentielles peut être légalement imposée ce qui n'est pas sans soulever de graves difficultés (§2).

### §1. La divulgation fautive

1264. – **Régime de responsabilité.** L'engagement de confidentialité a cette particularité que toute inexécution est irréparable : une fois l'information divulguée, la perte de valeur consécutive est irrémédiable. Les limites d'un régime élaboré par la pratique apparaissent dès lors insurmontables. Celle-ci a cherché à pallier ces difficultés.

La pratique a précisé le régime de responsabilité civile en organisant d'une part la qualification du fait fautif et ses modalités de preuve (A), et d'autre part la réparation du préjudice (B).

#### *A. La preuve de l'inexécution de l'obligation de confidentialité*

1265. – **Obligation fonctionnelle.** Le régime de responsabilité élaboré par la pratique repose sur le fait fautif de la divulgation destructrice de la valeur de l'information et donc de l'intérêt du titulaire de l'information. Il en résulte que « *l'obligation de confidentialité est fonctionnelle. Elle trouve sa*

<sup>101</sup> M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207.

<sup>102</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 §19.

<sup>103</sup> Ph. Bissara, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. soc.* 2003 p. 51 ; P.-H. Conac, Middlednext, « Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites », *Rev. soc.* 2010 p. 71.

<sup>104</sup> B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AF Pénal* 2004 p. 133.

*raison d'être dans l'intérêt que trouve le créancier au secret qui entoure l'information transmise à titre particulier* »<sup>105</sup>.

En cas d'inexécution de son obligation de non-divulgence, le détenteur précaire engage sa responsabilité civile et exceptionnellement pénale (1). Des causes exonératoires de responsabilité permettent exceptionnellement au détenteur précaire d'échapper aux conséquences de la divulgation fautive (2).

### **1. La faute : la divulgation**

1266. – **Faute de divulgation.** L'engagement de confidentialité a été pensé par la pratique par le prisme de la responsabilité en cas de divulgation (a). Toute la difficulté réside dans la preuve de la faute (b).

#### **a. La divulgation**

1267. – **Faute civile.** La faute est établie dès lors que le secret a été brisé. Il n'est pas besoin d'établir une faute d'une particulière gravité pour que soit engagée la responsabilité du détenteur de l'information, la seule divulgation suffit<sup>106</sup>. Les circonstances entourant la divulgation ne seront que des facteurs aggravants, mais non déterminants de la faute.

Selon qu'il ait été convenu une obligation de secret, de confidentialité ou de discrétion, le fait fautif revêtira une gravité différente.

La pratique a créé une responsabilité qui est à la fois personnelle au détenteur précaire de l'information et à la fois du fait d'autrui. Ainsi, le détenteur précaire répond de toutes les personnes mentionnées par la convention à charge pour lui de se retourner contre l'auteur du fait fautif<sup>107</sup>. Pour rappel, il s'agira bien souvent : des associés, dirigeants, salariés, mandataires, représentants, fournisseurs, sous-traitants et clients finaux.

1268. – **Faute pénale.** En cas de faute de la part du détenteur précaire, sa responsabilité pénale pourra être engagée lorsque les informations protégées recouvrent la qualification de secret de fabrique<sup>108</sup>. Le secret de fabrique se définit comme : un « *procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents, qui est protégé – tant qu'il n'a pas fait l'objet d'un brevet – contre toute divulgation de la part du personnel de la fabrique ; peut consister en un simple tour de main ou en un procédé ingénieux, d'importance même mineure, qui réduit les coûts de production ou améliore la qualité des produits* »<sup>109</sup>.

Tout l'enjeu de ce régime de responsabilité réside dans la preuve du fait fautif commis par le détenteur précaire.

#### **b. La preuve de la divulgation**

1269. – **Preuve de la divulgation par le détenteur précaire.** L'obligation de confidentialité met à la charge du détenteur précaire le plus souvent une obligation de résultat. Dès lors que l'informa-

<sup>105</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 n°21.

<sup>106</sup> Cass. soc. 19 mars 2008 n°06-45.322.

<sup>107</sup> Cf. ci-dessus.

<sup>108</sup> Art. L. 621-1 C. propr. intell.

<sup>109</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.



tion confidentielle a été rendue publique par le fait du détenteur précaire, il pèse sur ce dernier une forme de présomption de faute. Ainsi, c'est sur lui que pèse la charge de la preuve de l'existence d'une cause exonératoire de responsabilité<sup>110</sup>.

La difficulté tient à la preuve que la divulgation a bien été commise par le détenteur précaire et les personnes dont il répond. Cette difficulté probatoire peut être presque insurmontable. Il conviendra de se référer aux témoignages, articles de presse citant leur source, constat d'huissier de contenu sur internet... tout un faisceau d'indices.

1270. – **Autres preuves.** La clause ou l'accord de confidentialité peut mettre à la charge du détenteur des informations une obligation positive de mettre en place les moyens de protection appropriés dans le cadre de la transmission des informations confidentielles. Dans ce cas, la charge de la preuve de la faute est davantage facilitée pour le propriétaire de l'information.

La difficulté probatoire est variable en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce.

À ce fait fautif, il existe des causes exonératoires de responsabilité au bénéfice du détenteur précaire de l'information confidentielle.

## ***2. Les causes d'exonération de responsabilité***

1271. – Il existe deux causes principales d'exonération de responsabilité au bénéfice du détenteur précaire lorsque les informations confidentielles ont été rendues publiques.

1272. – **Connaissance préalable.** La première cause d'exonération tient à la connaissance préalable des informations confidentielles par le détenteur précaire sans que le titulaire des informations n'ait eu à les lui transmettre. On considère, sauf convention expresse, que la confidentialité porte sur les informations transmises et non sur les informations déjà connues.

Cette cause d'exonération s'applique également lorsque le détenteur des informations en a eu connaissance préalablement à tout engagement de confidentialité par une tierce personne non tenue par une obligation de confidentialité.

1273. – **Caducité.** La deuxième cause d'exonération tient au fait que les informations ont perdu leur caractère confidentiel — et donc leur valeur marchande. Il y a alors caducité de l'obligation de confidentialité, car celle-ci a perdu sa raison d'être. Ainsi, la divulgation fautive ou non par un tiers pour lequel le détenteur précaire n'est pas personnellement responsable, fait perdre à l'engagement de confidentialité son intérêt.

1274. – **Conclusion.** Une fois le fait fautif de la divulgation établi, les causes exonératoires de responsabilité écartées, il reste à s'intéresser au régime de la réparation du préjudice subi par le titulaire de l'information confidentielle.

## ***B. La réparation de l'inexécution de l'engagement de confidentialité***

1275. – **Préjudice.** La divulgation du secret détruit définitivement la valeur des informations confidentielles.

Le préjudice peut être considérable lorsque les informations confidentielles étaient brevetables : la divulgation est alors destructrice de nouveauté par principe, le Code de la propriété intellectuelle

---

<sup>110</sup> Cass. crim. 16 mai 2000 n°99-85.304 Bull. n° 192.

réservant le cas où la divulgation est intervenue par le détenteur précaire en fraude des droits du titulaire dans les six mois précédant le dépôt<sup>111</sup>.

Pour déterminer le préjudice, il convient de tenir compte des conséquences irrémédiables pour le titulaire des informations protégées. Pour cela, la valeur marchande du secret d'affaires devra être établie, ce qui n'est pas sans soulever de difficulté. La perte commerciale est difficilement estimable. Une expertise pourra être demandée.

1276. – **Dommmages et intérêts.** L'efficacité de l'engagement de confidentialité apparaît dès lors assez controversée. L'engagement de confidentialité met à la charge du détenteur précaire une obligation principale de ne pas faire et peut accessoirement prévoir des obligations de faire. La violation de ces obligations est donc sanctionnée conformément aux articles 1142 et 1145 du Code civil par l'allocation de dommages et intérêts.

1277. – **Clause pénale ?** Il peut être stipulé une clause pénale. Cependant, l'évaluation du préjudice est très difficilement mesurable et anticipable. En effet, le montant du préjudice dépendra de la perte de valeur de l'activité du titulaire de l'information consécutive à la divulgation. Il en résulte en pratique qu'il est rare que les parties assortissent l'obligation de confidentialité d'une clause pénale. En l'absence de clause pénale, il reviendra alors au titulaire de l'information d'évaluer son préjudice en lien causal avec la faute du détenteur des informations, qui se matérialisera par la perte de valeur de son fonds de commerce consécutive à la divulgation fautive des informations confidentielles. Il arrive que le propriétaire des informations obtienne une indemnisation qui ne soit pas dérisoire<sup>112</sup>.

1278. – **Résolution du contrat principal.** Outre l'octroi de dommages et intérêts, le titulaire de l'information peut demander la résiliation pour faute du contrat principal en cours d'exécution dans la mesure où l'obligation de confidentialité apparaît comme un élément essentiel du lien contractuel.

Il est alors recommandé de le préciser dans le contrat principal pour éviter toute interprétation des tribunaux. La clause résolutoire doit mentionner que la violation de l'obligation de confidentialité est une faute grave permettant de résoudre de plein droit le contrat principal<sup>113</sup>. Il est possible de résoudre le contrat principal, quel que soit l'*instrumentum* de l'obligation de confidentialité : peu importe qu'il s'agisse d'une clause ou d'un contrat autonome dès lors que les parties l'ont convenu expressément.

1279. – **Conclusion.** La nécessité de protéger le secret d'affaires est un enjeu primordial pour le développement d'une entreprise dans un secteur très concurrentiel. Le recours à la technique contractuelle apparaît comme un enjeu majeur dans le silence relatif du législateur. Le droit favorise

---

<sup>111</sup> Art. L. 611-11 C. propr. intell. et Art. L. 611-13 C. propr. intell. : « Pour l'application de l'article L. 611-11, une divulgation de l'invention n'est pas prise en considération dans les deux cas suivants : - si elle a lieu dans les six mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet ; - si elle résulte de la publication, après la date de ce dépôt, d'une demande de brevet antérieure et si, dans l'un ou l'autre cas, elle résulte directement ou indirectement : a) D'un abus évident à l'égard de l'inventeur ou de son prédécesseur en droit ; b) Du fait que l'invention ait été présentée par eux dans une exposition officielle ou officiellement reconnue au sens de la convention révisée concernant les expositions internationales signée à Paris le 22 novembre 1928. Toutefois, dans ce dernier cas, l'exposition de l'invention doit avoir été déclarée lors du dépôt et une justification produite dans les délais et conditions fixés par voie réglementaire. ».

<sup>112</sup> CA Paris 14 fév. 1997, *JCP G* 1998 II n°10.000 obs. B. Fages.

<sup>113</sup> Cf. Thèse Partie 2 Titre 1 Chapitre 1 « Importance de la nature des obligations inexécutées », p. 177.

la transparence à la préservation du secret : seul l'engagement de confidentialité offre une protection dans ce contexte. Le législateur porte parfois atteinte au secret d'affaires en imposant sa divulgation.

## §2. La divulgation imposée

1280. – **Principe de transparence.** Si le législateur intervient, c'est pour imposer de la transparence dans le milieu des affaires. La liberté de l'information et le principe de transparence régissent notre société préoccupée à vouloir tout savoir. Le secret est difficilement admis et admissible. Le secret fait l'objet d'une véritable défiance. « *L'expression "secret d'affaires" a une résonance balzacienne.* »<sup>114</sup> Le législateur n'hésite pas à imposer la divulgation de certaines informations confidentielles en portant atteinte au secret d'affaires (A). Bien plus encore, le législateur n'hésite pas à entamer le secret professionnel (B).

### A. Les atteintes légales au secret d'affaires

1281. – **Ignorance légale du secret.** Le législateur est ignorant du secret d'affaires. Cette notion n'a pas d'existence légale. Le droit commun n'offre aucun cadre aux informations confidentielles (1). Bien au contraire, lorsque la valeur de ces informations est reconnue au titre du droit de la propriété intellectuelle, le législateur s'empresse d'en prévoir la divulgation (2).

#### 1. L'absence de protection de droit commun

1282. – **Droit français et O.M.C.** Le droit de la propriété intellectuelle et les régimes législatifs dérogatoires n'offrant pas de cadre à la protection du secret d'affaires, la pratique s'est naturellement tournée vers le droit commun.

Aucune disposition légale ne traite du droit au secret. La France s'est pourtant engagée à offrir un cadre juridique au secret d'affaires : en effet, elle a ratifié l'accord sur les A.D.P.I.C.<sup>115</sup> conclu dans le cadre de l'O.M.C., accord reconnaissant que la protection des secrets d'affaires contre la concurrence déloyale fait partie des droits à protéger « *Les secrets commerciaux et les autres types de "renseignements non divulgués" ayant une valeur commerciale doivent être protégés contre l'abus de confiance et les autres actes contraires aux usages commerciaux honnêtes. Il faut cependant que des mesures raisonnables aient été prises pour garder ces renseignements secrets.* »<sup>116</sup>

Ainsi, l'article 39<sup>117</sup> de l'accord dispose-t-il :

« 1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967)<sup>118</sup>, les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

<sup>114</sup> C. Gavalda, *Le secret des affaires*, in *Mélanges R. Savatier*, D. 1965 p. 263.

<sup>115</sup> Accord multinational sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle liés au commerce entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 1995.

<sup>116</sup> O.M.C., Propriété intellectuelle : protection et respect des droits, Disponible sur : [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/agrm7\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm).

<sup>117</sup> Accord disponible sur le site internet de l'O.M.C. : Disponible sur : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/t\\_agm3d\\_f.htm#protection](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm3d_f.htm#protection).

<sup>118</sup> Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle du 20 mars 1883, Disponible sur : [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs\\_wo020.html#P216\\_38657](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html#P216_38657).

2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes sous réserve que ces renseignements :

a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et

c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

3. Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce. »

La définition de « renseignements non divulgués » correspond à la notion de secret d'affaires et englobe toute information, non nécessairement technique comme le brevet ou le secret de fabrique, mais aussi économique, commerciale, le savoir-faire, dans certains cas le fichier clientèle ou autre, tant que cette information a une valeur marchande. Il s'agit d'une définition très large dans laquelle la valeur économique de l'information est partie intégrante des éléments de définition<sup>119</sup>.

La valeur marchande tient au fait que cette information soit secrète. Là encore, l'accord prévoit que les engagements de confidentialité sont des outils propres à permettre la qualification de « renseignements non divulgués ».

Cet article n'a pas reçu d'écho dans la législation française<sup>120</sup> malgré la reconnaissance explicite du secret d'affaires et de la nécessité de le protéger efficacement<sup>121</sup>. À la différence, le droit anglais<sup>122</sup> considère que l'obligation de discrétion est implicite dans les rapports contractuels dès lors que sont concernés des renseignements non divulgués.

1283. – **Jurisprudence.** La jurisprudence a pallié ce vide juridique par le biais de l'action en responsabilité civile qui sanctionne la concurrence déloyale, régime élaboré par elle seule<sup>123</sup>. Ce n'est pas le secret directement qui est protégé par la responsabilité pour concurrence déloyale, mais l'utilisation illégitime d'informations dont la valeur est établie par leur caractère secret. Cette jurisprudence est insuffisante pour offrir une réelle protection au secret d'affaires. L'action en concurrence déloyale porte principalement sur la concurrence et non précisément sur le secret d'affaires. Ainsi, un acte

<sup>119</sup> F. Hagel, « Deuxième table ronde, Actes du Colloque Prometheus, Assemblée nationale 18 oct.2010, La protection juridique des informations à caractère économique, Enjeux et perspectives », p. 19-20 Disponible sur : [http://www.fondation-prometheus.org/publish/Actes\\_du\\_colloque\\_18%20octobre\\_2010.pdf](http://www.fondation-prometheus.org/publish/Actes_du_colloque_18%20octobre_2010.pdf).

<sup>120</sup> F. Hagel, « Secret et droits de propriété intellectuelle, un tour d'horizon », *RCDI* 2009 n°53.

<sup>121</sup> B. Warusfel, « Deuxième table ronde, Actes du Colloque Prometheus, Assemblée nationale 18 oct. 2010, La protection juridique des informations à caractère économique, Enjeux et perspectives », p. 31. Disponible sur : [http://www.fondation-prometheus.org/publish/Actes\\_du\\_colloque\\_18%20octobre\\_2010.pdf](http://www.fondation-prometheus.org/publish/Actes_du_colloque_18%20octobre_2010.pdf).

<sup>122</sup> F.-X. Testu, « Secret et relation d'affaires La confidentialité conventionnelle », *D&P* 2002 102.

<sup>123</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 2 « Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle », p. 426.

de divulgation qui ne s'accompagnerait pas d'un acte de concurrence ne pourrait pas être poursuivi par le biais de l'action en concurrence déloyale.

1284. – **Pratique.** La législation française et la jurisprudence renvoient aux accords contractuels pour traiter du secret d'affaires ce qui illustre la nécessité d'être attentif à la rédaction de ces clauses et accords de confidentialité. Les mécanismes contractuels de protection du secret (engagement de confidentialité) sont donc un enjeu, seuls gages de la protection du secret d'affaires.

Outre la rédaction de clauses spécifiques, d'autres aspects sont à mettre en œuvre pour préserver le secret de l'information ; il s'agit notamment de problèmes d'ordre technique (sécurité informatique — accès au réseau, serveur utilisé, cryptage...).

1285. – Le secret d'affaires n'a pas de reconnaissance légale. Le droit de la propriété intellectuelle offre un début de protection à certaines informations bien spécifiques qualifiables de brevet, marque, ou dessins et modèles. Là encore, le régime mis en place impose une certaine divulgation.

## ***2. La divulgation dans le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés***

1286. – **Protection contre divulgation.** Le droit de la propriété intellectuelle protège l'auteur d'une information en lui conférant un monopole d'exploitation. Il reconnaît un droit de propriété sur ces informations au profit son auteur. Ainsi, ce dernier est investi de moyens de protection juridique légale.

Cependant, l'obtention de ce titre de propriété intellectuelle est incompatible avec le maintien du secret (a). La protection légale n'est pas toujours suffisante. Ainsi, le cas du secret de fabrique impose de recourir à une protection contractuelle (b). Le souci du législateur d'obtenir la divulgation du secret est patent en droit des sociétés (c).

### **a. La publicité des droits de propriété intellectuelle**

1287. – Si le droit de la propriété intellectuelle apparaît comme une source de protection et de valorisation pour les secrets d'affaires, il est synonyme de publicité des informations protégées — ce qui va à l'encontre de la volonté de conserver le secret de ses affaires.

1288. – **Brevet et publicité.** Le brevet protège une invention. « *Il est obligatoire de divulguer le secret de l'invention pour satisfaire à l'exigence de la nouveauté et bénéficier du titre du brevet d'invention* »<sup>124</sup>. Avant l'aboutissement de cette invention, le titulaire a dû réaliser des investissements intellectuels et financiers, réunir une somme considérable d'informations — toutes relevant du secret d'affaires, mais aucune n'étant protégées en soi.

Pour pouvoir bénéficier de la protection qu'offre le brevet, l'invention doit être tenue secrète auprès des tiers jusqu'à la mise en œuvre de la procédure d'obtention du titre de brevet auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle<sup>125</sup>. Cependant, légalement, rien n'est prévu pour préserver ce secret.

Il apparaît dès lors que, préalablement à l'obtention d'un titre de propriété sur l'invention, l'engagement de confidentialité est une nécessité : seul moyen de conserver la nouveauté de l'invention, le secret doit avoir été garanti.

<sup>124</sup> C. Caron, « Secret et relations d'affaires : secret et propriété intellectuelle », *D&P* 2002 102.

<sup>125</sup> Art. L. 611-1 et s. C. propr. intell.



En contrepartie de la protection offerte et de l'exclusivité accordée au détenteur de l'invention, le secret est brisé au profit de l'information du plus grand nombre. « *Le monopole est délimité strictement par la destruction du secret* »<sup>126</sup>.

1289. – **Droit d'auteur et les limites du secret.** À l'opposé du droit du brevet, le droit d'auteur<sup>127</sup> permet de préserver, en partie, le secret. Le droit d'auteur protège l'œuvre divulguée ou non, le droit de divulgation étant un attribut du droit moral de l'auteur qui peut seul décider d'exercer ce droit<sup>128</sup>.

La jurisprudence<sup>129</sup> préservait le secret du droit de l'auteur en lui permettant de maintenir le secret de son œuvre même dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Cependant, le législateur est intervenu<sup>130</sup> et a contrarié cette jurisprudence en considérant qu'il n'y avait pas de droit au secret, né du droit de ne pas divulguer son œuvre, opposable à la justice<sup>131</sup>.

Il y a très peu d'applications pratiques de cette disposition légale. S'est posée la question de savoir si la présentation dans le cadre d'une procédure judiciaire d'œuvres non divulguées protégées par le droit d'auteur devait faire l'objet d'une autorisation préalable du juge de la mise en état. Dans un premier temps, les juridictions du fond ont adopté une telle position : « *Si l'article L. 331-4 énonce que les dispositions du livre I du CPI ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure juridictionnelle, cela ne signifie pas qu'il autorise les parties à divulguer des œuvres inédites à la fois contre la volonté du titulaire du droit de divulgation et sans le contrôle du juge : le juge de la mise en état doit être saisi et c'est lui qui appréciera la nécessité et décidera de ce qui peut être communiqué et sous quelle forme* »<sup>132</sup>.

Une telle solution avait pour avantage de préserver le droit au secret de procédure juridictionnelle. Cependant, la Cour de cassation<sup>133</sup> a censuré une telle solution pour revenir à une lecture plus fidèle du texte légal : « *après avoir retenu que la production de ces lettres était utile à la démonstration qu'entendaient faire les consorts X... de l'intérêt de la publication de ces documents pour mieux comprendre René Y..., quand la production et la reproduction desdites lettres n'étaient pas soumises à l'autorisation du juge de la mise en état* ».

<sup>126</sup> C. Caron, « Secret et relations d'affaires : secret et propriété intellectuelle », D&P 2002 102.

<sup>127</sup> Art. L. 111-1 C. propr. intell.

<sup>128</sup> Art. L. 121-2 C. propr. intell. : « *L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci.*

*Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. À leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir.*

*Ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L. 123-1. ».*

<sup>129</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 fév. 1997 n°95-13.545 Bull. n°73, JCP G 1997 II n°22.873.

<sup>130</sup> Loi n°2007-1544 du 29 oct. 2007.

<sup>131</sup> Art. L. 331-4 C. propr. intell. : « *Les droits mentionnés dans la première partie du présent code ne peuvent faire échec aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure parlementaire de contrôle, juridictionnelle ou administrative prévue par la loi, ou entrepris à des fins de sécurité publique.* ».

<sup>132</sup> F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 janv. 2009 n°07-14.526, arrêt n° 59 FS-D, *RJD com.* 2010 p. 717 ; CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 4 déc. 2009 n° 08/13681 René Char, *RJD A* juill. 2010 p. 392 obs. Sirinelli ; *Com. Com. elec.* 2010 n° 60 p. 293 obs. C. Caron ; *RPI* avr. 2010 p. 713 obs. J.-M. Bruguière.

<sup>133</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 juin 2011 n°10-13.570 Bull. n°109.



Cette décision, si elle est plus fidèle au texte légal, ouvre la porte à des abus procéduraux. En effet, sans le contrôle du juge, l'atteinte au secret d'une œuvre concrétisée par le droit de ne pas la divulguer ne paraît pas légitime. Cette solution est regrettable et témoigne de cette ambiance hostile à la préservation du secret.

1290. – **Rédaction.** Le rédacteur d'un engagement de confidentialité est confronté à la difficulté que les informations confidentielles soient produites en justice, sans pouvoir s'y opposer. Ainsi, il est préférable de prévoir une obligation d'information du titulaire de l'information confidentielle.

■ **Exemple :**

« Dans l'hypothèse où une autorité judiciaire ou administrative demanderait la divulgation d'une information confidentielle, la partie obligée s'engage à en informer l'autre partie dans les 24 heures de la prise de connaissance de ladite demande. Toute inexécution engage la responsabilité de la partie négligente. »

L'intervention du législateur et l'interprétation de la jurisprudence illustrent le recul de la considération du droit au secret dans les valeurs actuelles. Là encore, le secret est malmené. C'est encore le cas concernant le secret de fabrique.

**b. Les limites du secret de fabrique : de l'obligation de stipuler un engagement de confidentialité**

1291. – **Secret de fabrique.** Le législateur s'est intéressé au secret de fabrique qui peut se comprendre comme une forme abrégée du brevet. Il s'agit d'une invention innovante, mais pas assez pour être protégée au titre du droit du brevet. Cette notion est mal définie, il s'agit de « *tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en œuvre par un industriel et gardé secret à l'égard de ses concurrents* »<sup>134</sup>.

1292. – Le législateur s'y est intéressé pour sanctionner sa divulgation illégitime. Ainsi, sa révélation est un délit pénalement sanctionné<sup>135</sup>. Pour autant, la protection pénale ne paraît pas suffisante à plusieurs points de vue.

1293. – **Procédé de fabrication.** D'une part, la notion de « secret de fabrique » est très restrictive, ce qui en limite la portée. La jurisprudence<sup>136</sup> précise que le secret de fabrique correspond à un

<sup>134</sup> Cass. crim. 29 mars 1935, *Gaz. Pal.* 1935 I J. p. 377 : « *Attendu qu'en vertu de son droit moral, l'auteur dispose seul du droit de divulguer son œuvre ; Attendu que pour décider que la production aux débats par M. et Mme Y... et la lecture partielle à l'audience d'un manuscrit inédit de Mme X..., intitulé « Mère amère », ne constituaient pas une violation du droit de son auteur, l'arrêt attaqué retient, par motifs propres et adoptés du jugement, que ces actes ne pouvaient être assimilés ni à une communication de l'œuvre au public, ni à une divulgation à des fins commerciales, au sens de l'article 27 de la loi du 11 mars 1957 (L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle) ; En quoi elle a méconnu le texte susvisé. ».*

<sup>135</sup> Art. L. 621-1 C. propr. intell. : « *Les peines frappant la violation des secrets de fabrique sont prévues à l'article L. 1227-1 du code du travail ci-après reproduit : « Art. L. 1227-1 : Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30.000 euros. La juridiction peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal. ».*

<sup>136</sup> Crim. 29 mars 1935, *Gaz. Pal.* 1935. 1. 928 ; Crim. 12 juin 1974, *Ann.* 1974, p. 97.

procédé technique de fabrication d'un produit. Le champ d'application du secret de fabrique est donc très précis : il ne peut pas être étendu à n'importe quel service ou savoir-faire. La parenté avec la notion de brevet, solution technique à un problème technique, démontre le périmètre restreint du secret de fabrique.

Ledit procédé doit encore être original pour la jurisprudence<sup>137</sup>. Cette condition n'est pas exigée par le législateur, mais l'absence de ce critère est discriminante au regard d'une jurisprudence constante<sup>138</sup>.

Le procédé de fabrication doit en outre être tenu secret. La jurisprudence<sup>139</sup> a adopté une conception souple du secret : le procédé est considéré comme secret dès lors que les titulaires dudit procédé ont mis en place les mesures contractuelles appropriées à sa protection. Implicitement, si la jurisprudence permet la divulgation à des tiers, elle exige la conclusion d'engagement de confidentialité entre le titulaire du secret et les tiers confidents.

L'utilisation de l'engagement de confidentialité apparaît dès lors indispensable à l'efficacité du régime du secret de fabrique, qui n'est pas donc pas une protection autonome.

1294. – **Infraction précise.** D'autre part, l'infraction ne concerne que la divulgation, mais non la simple exploitation du secret par un salarié pour son propre compte<sup>140</sup> ou pour le compte d'un tiers<sup>141</sup>.

Le secret de fabrique n'offre donc pas une protection comparable à celle du brevet, aucun monopole d'exploitation n'étant reconnu.

Le législateur a donc créé un régime de responsabilité pénale pour laquelle la jurisprudence soumet son efficacité à la conclusion d'engagement de confidentialité... pratique dépourvue de reconnaissance légale.

Le secret n'a pas les faveurs du législateur, ce que le droit des sociétés illustre également.

### c. La portée limitée du droit des sociétés

1295. – Le législateur s'est intéressé au secret en matière de droit des sociétés anonymes et plus particulièrement des sociétés cotées en bourse.

1296. – **Conseil d'administration des sociétés anonymes.** Dans le cadre des sociétés anonymes, les administrateurs sont tenus par une obligation de discrétion<sup>142</sup>, de même que les membres du comité d'entreprise<sup>143</sup> et du comité d'hygiène et de sécurité<sup>144</sup>. Cependant, l'obligation de discrétion imposée aux personnes présentes lors des réunions du conseil d'administration ne porte que sur les informations qualifiées de confidentielles par le président du conseil d'administration.

<sup>137</sup> Crim. 20 juin 1973, *Ann.* 1974, p. 85 ; Cass. crim. 19 sept. 2006 n° 05-85.360.

<sup>138</sup> J.-C. Galloux, « La protection du savoir-faire », *RTD com.* 2007 p. 529.

<sup>139</sup> Cass. 8 nov. 1920, S. 1920. I. 129.

<sup>140</sup> CA Paris 31 juill. 1872 et 30 juin 1876, *Ann. propr. ind.* 1876. 197.

<sup>141</sup> Cass. crim. 19 sept. 2006, *RDI* juill.-août 2007 p. 31 note J. Schmidt-Szalewski.

<sup>142</sup> Art. L. 225-37 al.5 C. com. : « Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration. ».

<sup>143</sup> Art. L. 2325-5 C. trav.

<sup>144</sup> Art. L. 4614-9 C. trav.

Cette disposition n'a pas d'équivalent dans les autres formes de société — qui sont pourtant aujourd'hui les plus répandues. Les associés des sociétés ne sont pas soumis à une obligation légale de discrétion alors même qu'ils sont mus par l'intérêt social. Cette obligation légale a été prévue pour protéger spécifiquement la société anonyme et notamment les sociétés cotées en bourse.

La portée du régime légal apparaît dès lors des plus restreintes<sup>145</sup>. Il en résulte que, pour toutes les autres formes de société que la société anonyme, le recours à un pacte d'associés prévoyant un engagement de confidentialité apparaît comme un impératif.

1297. – **Délit de « dîner en ville »**<sup>146</sup>. En droit pénal des affaires boursières, le délit d'initié<sup>147</sup> interdit de communiquer des « *informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé* ». Il s'agit d'une obligation d'abstention aux initiés pendant la période précédant la révélation au public<sup>148</sup>. Ce délit est spécifique au droit boursier. Sa portée est très restrictive et ne concerne là encore que les sociétés anonymes cotées en bourse.

L'intervention du législateur n'est pas motivée par un souci de protection du secret, mais bien par les impératifs du droit boursier et donc des sociétés anonymes.

1298. – **Conclusion.** Le législateur ne s'intéresse qu'exceptionnellement à la protection du secret n'hésitant pas à y apporter des restrictions. Le secret d'affaires considéré par le législateur est cantonné aux secrets professionnels aujourd'hui de plus en plus restreints quant à sa portée.

### ***B. Les atteintes légales au secret professionnel***

1299. – L'opportunité de conclure un engagement de confidentialité est flagrante tant le législateur n'hésite pas à entamer la protection offerte par le secret professionnel.

1300. – **Définition.** La divulgation d'informations couvertes par le secret professionnel est constitutive d'un délit pénal réprimé par l'article 226-13 du Code pénal : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.* »<sup>149</sup>

Le législateur n'a pas listé les personnes astreintes au respect du secret professionnel. Ce sont des textes spéciaux qui viennent préciser la portée de cette infraction, ces textes n'étant toutefois pas exhaustifs.

<sup>145</sup> D. Père, « L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration », *D.* 2004 p. 1786.

<sup>146</sup> « Prévention et répression des opérations d'initiés : droit positif et perspectives » avec les contributions de N. Rontchevsky, Th. Cotty et D. Zadgorska, B. Marpeau, Ph. Lauzeral et C. Rohou, F. Brocard, A. Dethomas et J. Pasternak, *Journal des sociétés* fév. 2012 p. 9.

<sup>147</sup> Art. L. 465-1 CMF.

<sup>148</sup> TGI Paris 11<sup>ème</sup> ch. 28 janv. 1985, *D.* 1985 Jur. p. 357 obs. J.-P. Marchi.

<sup>149</sup> Extrait de l'ancien art. 378. C. pen. (L. 21 fév. 1944, validée par Ord. no 45-1420 du 28 juin 1945) : « *Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 fr. à 15.000 fr.* ».

De tous les secrets, il en est trois qui occupent une place particulière dans la législation : le secret de la confession<sup>150</sup>, le secret professionnel de l'avocat et le secret médical — par comparaison, le secret bancaire a une portée plus restreinte.

Bien que pierre angulaire de la relation de confiance entre le client et l'avocat ou entre le patient et le médecin, le législateur réduit la portée de ces secrets à une peau de chagrin.

1301. – **Secret professionnel en général.** Le secret professionnel perdure en droit français. Cependant, la possibilité de dénoncer certains faits aux autorités publiques se multiplie, menaçant le droit au silence.

Ainsi, si au civil une preuve ne peut être produite en violation du secret professionnel, elle sera accueillie dans le cadre d'un procès pénal. Le secret professionnel cède face aux pouvoirs d'enquête des services de police et de gendarmerie, la sécurité publique étant mise en avant<sup>151</sup>. Le secret professionnel est menacé par les nécessités de poursuites pénales. « *En choisissant d'anéantir le secret professionnel, le législateur prendrait le risque de sacrifier la confiance publique en général et la confiance de chaque citoyen en particulier.* »<sup>152</sup>

1302. – **Obligation de divulguer le secret.** Ainsi, bien que le non-respect du secret professionnel soit constitutif d'un délit pénal, le non-respect de l'obligation de témoigner en justice ou de dénoncer certains faits est également constitutif de délit.

Cette dualité d'infractions se retrouve plus spécifiquement concernant le secret professionnel de l'avocat (1) et le secret médical (2).

### ***1. Les atteintes au secret professionnel de l'avocat***

1303. – **Lien entre l'avocat et la vie des affaires.** L'avocat a un rôle clé dans la pratique des affaires. C'est un interlocuteur privilégié des parties. Il est amené à être tour à tour l'auditeur d'un contrat, le rédacteur d'un contrat, le conseil dans la négociation d'affaires et enfin le plaideur chargé de débattre de la validité ou de l'exécution du contrat. La préservation du lien de confiance entre l'avocat et son client est donc primordiale.

1304. – **Secret professionnel de l'avocat.** La relation entre l'avocat et le client est juridiquement protégée. Le principe qui préside à tous les échanges est la préservation du secret professionnel. L'avocat a le droit de ne révéler aucune information sans l'accord préalable de son client.

Cependant, le législateur a porté une atteinte à ce principe par l'obligation pour l'avocat d'effectuer une déclaration de soupçon sur son client dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le terrorisme (a). L'avocat est ainsi confronté à deux obligations antagonistes : l'obligation au secret professionnel et l'obligation de déclaration de soupçon, chacune de ces obligations, lorsqu'elle n'est pas respectée, étant constitutive d'un délit pénal (b).

---

<sup>150</sup> Circulaire relative au secret professionnel des ministres du culte et aux perquisitions et saisies dans les lieux de culte du 11 août 2004 n°JUSD0430163C ; disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/3-dacg95c.htm>.

<sup>151</sup> Art. 132-22 C. pen. ; Art. 74-1 et 560 C. pr. pen. ; art. 16 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

<sup>152</sup> B. Py, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AF Pénal* 2004 p. 133.

## a. Déclaration de soupçon *versus* secret professionnel

1305. – **Normes.** Les articles 2<sup>153</sup>, 2 bis<sup>154</sup> et 3<sup>155</sup> du R.I.N.<sup>156</sup> réglementent le secret professionnel de l'avocat, le secret de l'enquête, le secret de l'instruction et la confidentialité des correspondances entre avocats.

<sup>153</sup> Art. 2 R.I.N. : « *Principes 2.1 L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.*

*Etendue du secret professionnel 2.2 Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ; les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle ; les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ; le nom des clients et l'agenda de l'avocat ; les règlements pécuniaires et tous managements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ; les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client). Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable. Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise. Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.*

*Structure professionnelle, mode d'exercice et secret professionnel 2.3 L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises. Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession. ».*

<sup>154</sup> Art. 2 bis R.I.N. : « *L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du Code de procédure pénale. ».*

<sup>155</sup> Art. 3 R.I.N. : « *Principes 3.1 Tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique...), sont par nature confidentiels. Les correspondances entre avocats, quel qu'en soit le support, ne peuvent en aucun cas être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité.*

*Exceptions 3.2 Peuvent porter la mention officielle et ne sont pas couverts par le secret professionnel, au sens de l'article 66.5 de la loi du 31 décembre 1971 : une correspondance équivalant à un acte de procédure ; une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels. Ces correspondances doivent respecter les principes essentiels de la profession définis par l'article 1<sup>er</sup> du présent règlement.*

*Relations avec les avocats de l'Union européenne 3.3 Dans ses relations avec les avocats inscrits à un barreau d'un Etat Membre de l'Union européenne, l'avocat est tenu au respect des dispositions de l'article 5-3 du Code de déontologie des avocats européens, ci-après article 21.*

*Relations avec les avocats étrangers 3.4 Dans ses relations avec un avocat inscrit à un barreau en dehors de l'Union Européenne, l'avocat doit, avant d'échanger des informations confidentielles, s'assurer de l'existence, dans le pays où le confrère étranger exerce, de règles permettant d'assurer la confidentialité de la correspondance et, dans la négative, conclure un accord de confidentialité ou demander à son client s'il accepte le risque d'un échange d'informations non confidentielles. ».*

<sup>156</sup> Décisions à caractère normatif du Conseil national des Barreaux n°2007-001 du 28 avril 2007, n°2008-



1306. – **Atteinte au secret professionnel.** Socle de la relation entre le client et l’avocat, le droit au secret a cédé devant d’autres impératifs. Aujourd’hui, l’avocat est astreint à une obligation de délation dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le terrorisme. Cette obligation de déclaration de soupçon a été âprement débattue.

Ainsi, la profession d’avocat a exercé un recours contre le décret n° 2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux transposant une directive européenne<sup>157</sup> que le Conseil d’État<sup>158</sup> a partiellement annulé comme n’étant pas conforme au respect du secret professionnel de l’avocat.

S’en est suivie la transposition<sup>159</sup> de la troisième directive européenne anti-blanchiment<sup>160</sup>, également objet d’un recours par la profession d’avocat qui a obtenu un écho favorable auprès de la C.J.C.E.<sup>161</sup> et du Conseil d’État<sup>162</sup>.

Le législateur français n’a donc pas hésité à manifester une hostilité au secret professionnel, hostilité telle que l’intervention européenne a été nécessaire pour rétablir le respect du secret professionnel de l’avocat.

1307. – **Déclaration de soupçon.** Il ressort de ces réajustements légaux<sup>163</sup>, le souci de mettre en place un équilibre entre deux impérieuses nécessités. En effet, le secret professionnel ne peut être sacrifié purement et simplement au bénéfice de la lutte contre la criminalité.

Les avocats sont soumis à une obligation de vigilance et de déclaration sous réserve de respecter leurs normes déontologiques.

Il a été décidé de restreindre la portée de l’obligation de vigilance et de déclaration au cadre d’une « relation d’affaires ». Cette relation n’est pas considérée comme établie dans le cadre d’une simple procédure juridictionnelle ou d’une seule consultation juridique — sauf si le client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux.

La déclaration de soupçon de l’avocat n’est pas adressée directement à l’organisme Tracfin<sup>164</sup>, mais au bâtonnier de son ordre. Le bâtonnier vérifie alors que les conditions de la déclaration de soupçon sont remplies et décide de transmettre ou non ladite déclaration à Tracfin. Tracfin ne peut pas demander directement à l’avocat auteur de la déclaration la communication d’informations et de pièces : toutes les communications se font par l’intermédiaire du bâtonnier. Le bâtonnier, autorité déontologique, fait ici figure de gardien du secret professionnel.

De son côté, l’avocat a l’obligation de tenter de dissuader son client de prendre part à une activité illégale. S’il ne peut pas avertir son client de la déclaration de soupçon dont il fait l’objet, il peut

---

002 du 12 déc. 2008 n°2009-001 du 4 avril 2009, n°2009-002 du 16 mai 2009, n°2010-001 du 10 avril 2010, n°2010-002 du 8 mai 2010, n°2010-003 du 24 sept. 2010, n°2011-001 du 12 fév. 2011 et n°2011-002 du 18 juin 2011.

<sup>157</sup> Directive n°2001/97/CE du 4 déc. 2001.

<sup>158</sup> C.E. 10 avril 2008 Req. n°296.845.

<sup>159</sup> Ord. n° 2009-104 du 30 janv. 2009 relative à la prévention de l’utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

<sup>160</sup> Directive n° 2005/60/CE du 26 oct. 2005.

<sup>161</sup> CJCE n° C. 305-05 du 26 juin 2007.

<sup>162</sup> CE n°296.845 du 10 avril 2008.

<sup>163</sup> Art. L. 561-5 et suiv. CME.

<sup>164</sup> L’organisme Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins est la cellule française de la lutte anti-blanchiment créée en 1990 à la suite du G7.



en informer les avocats membres de son cabinet ainsi que ses confrères intervenants dans le cadre d'une même transaction.

1308. – **Immunités.** La difficulté tient au fait que la déclaration de soupçon viole le secret professionnel. Or, la violation du secret professionnel est un délit pénal<sup>165</sup>. Il a donc été décidé que l'avocat ayant effectué de bonne foi une déclaration de soupçon alors qu'il n'y avait pas lieu bénéficiait de l'immunité pénale, civile et disciplinaire.

Il en résulte que le secret professionnel de l'avocat n'est plus intouchable.

### **b. L'enjeu de ce débat<sup>166</sup>**

1309. – **Intérêts publics contraires.** D'une part, le secret professionnel de l'avocat est d'intérêt public<sup>167</sup> : il ne s'agit pas seulement de protéger des intérêts particuliers, mais aussi de permettre à l'avocat de défendre son client au travers des confidences qu'il a pu recevoir. Il s'agit tout à la fois d'un droit et d'une obligation.

D'autre part, la lutte contre le terrorisme et ses modes de financement est aussi d'intérêt public.

La difficulté tenait au fait que l'avocat commettait nécessairement un délit soit en respectant le secret professionnel soit en effectuant la déclaration de soupçon.

1310. – **Évolution.** Dans la pratique professionnelle, il est de plus en plus courant que lorsque les relations entre l'avocat et son client sont formalisées par un contrat, une clause de confidentialité soit insérée rappelant les obligations et les droits de l'avocat en matière de secret professionnel.

Le fait de porter atteinte au secret professionnel de l'avocat, qui est placé au rang des secrets les mieux garantis par la législation, témoigne aujourd'hui de la tendance à remettre en cause la portée du secret dans ses différents aspects.

De même que le secret professionnel de l'avocat a été amputé, le secret médical est aujourd'hui attaqué.

## ***2. La complexité du secret médical***

1311. – **Débats doctrinaux.** Gage de confiance comparable au secret professionnel de l'avocat, le secret médical est au point de rencontre du droit privé et du droit public. Il suscite de vifs débats au sein de la doctrine. « *La doctrine, pour abondante qu'elle soit, a lourdement failli à son devoir d'interprétation en ne clarifiant pas les problèmes, voire en contribuant à les obscurcir.* »<sup>168</sup> Il convient de déterminer quelles sont les informations couvertes par le secret médical (a) pour établir l'opposabilité de celui-ci (b).

<sup>165</sup> Art. 226-13 C. pen.

<sup>166</sup> M. Stasi, « La transposition en France de la directive du 4 déc. 2001 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, la loi et le secret », *Gaz. Pal.* 19 mars 2004 p. 7.

<sup>167</sup> H. Ader et A. Damien, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz Action 2006/2007 ; R. Martin, *Déontologie de l'avocat*, Litec 2007.

<sup>168</sup> M.-L. Rassat, « Dossier le Secret — Le secret médical », *DéP* 2002 102.

## a. Les informations couvertes par le secret médical

1312.– **Quelles sont les informations couvertes par le secret médical ?** Faut-il adopter une conception étendue comme la jurisprudence<sup>169</sup> ou restreinte comme le nouveau Code pénal<sup>170</sup> ?

1313.– **Jurisprudence.** Ainsi, la jurisprudence de 1925 considérait qu'était couverte par le secret toute information apprise dans l'exercice de sa fonction. Cette conception est très vaste et inclut tant la confiance que le raisonnement du médecin à partir de la confiance.

1314.– **Législation.** Le Code pénal restreint quant à lui le secret aux « *informations à caractère secret* », ce qui n'est pas une définition très précise, mais semble exclure tout ce que le professionnel a pu apprendre ou comprendre par l'exercice de son entendement. M.-M. Rassat<sup>171</sup> relève une incertitude quant au point de savoir si la manière par laquelle le médecin a appris une information est un élément de qualification ou non : l'information a-t-elle dû être confiée par le patient pour être qualifiée d'information couverte par le secret ? À ce jour, le secret médical sous la garde du médecin est réduit à certaines informations spécifiques non précisément déterminées ce qui expose le médecin à une incertitude juridique. En pratique, il lui revient de déterminer quelles sont les informations couvertes par le secret médical.

Autre difficulté : à qui le médecin doit-il opposer le secret médical ?

## b. Opposabilité du secret médical

1315.– **Entre les parties.** Le secret médical n'est pas opposable par le médecin au patient. Si cette affirmation paraît de prime abord évidente, dans la pratique, elle ne l'est pas. Ainsi, un malade peut contraindre un médecin à tout lui révéler sur son état de santé<sup>172</sup>. Le malade est créancier de l'information médicale obtenue d'après ses confidences. À l'inverse, il peut refuser qu'il soit porté à sa connaissance le diagnostic du médecin.

La question se complique en fonction de la capacité du patient<sup>173</sup>, ce qui exige alors de « *distinguer le client et le malade* »<sup>174</sup>. Pour le médecin, il convient donc d'être bien attentif à qui est dans la confiance ou non, le malade pouvant être exclu alors même que c'est de lui que proviennent les informations couvertes par le secret médical.

1316.– **Envers les tiers.** Si le patient a le droit d'user de ses informations comme bon lui semble<sup>175</sup>, le médecin est lui tenu de ne divulguer d'informations qu'au seul patient.

---

<sup>169</sup> Trib. civ. Pau 20 juin 1925, *Gaz. Pal.* 1925 2 J. p. 723 : « *celui qui est astreint au secret professionnel est dans l'obligation de garder un mutisme complet non seulement sur ce qui lui est confié, mais encore sur tout ce qu'il a pu voir, entendre, comprendre ou même déduire, de l'exercice de sa profession* ».

<sup>170</sup> Loi n°92-686 du 22 juill. 1992.

<sup>171</sup> M.-L. Rassat, « Dossier le Secret — Le secret médical », *DéP* 2002 102.

<sup>172</sup> CA 1<sup>er</sup> avril 1957, *D.* 1957 J. p. 336 ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 28 janv. 1966, *D.* 1967 J. p. 447.

<sup>173</sup> Le client est le représentant légal du mineur, de l'incapable majeur, ou de la personne décédée. C'est le client et non le malade qui est créancier des informations.

<sup>174</sup> M.-L. Rassat, « Dossier le Secret — Le secret médical », *DéP* 2002 102.

<sup>175</sup> M.-L. Rassat, « Dossier le Secret — Le secret médical », *DéP* 2002 102 : « *par « communiqué de presse, affiches, tracts et plus fréquemment [comme] un argument auprès d'un organisme social, d'une compagnie d'assurance, et même d'une juridiction* ».

Il est donc intéressant de déterminer qui est détenteur de l'information protégée et qui est en droit d'en exiger communication, et ce même dans les rapports entre les parties.

1317. – Il en ressort que le secret professionnel, bien que fondamental, connaît lui aussi des atteintes de plus en plus nombreuses au nom du droit à l'information et du droit au savoir. La préservation du secret est aujourd'hui un véritable enjeu, le législateur n'hésitant pas à y apporter des restrictions toujours plus nombreuses.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La pratique offre au rédacteur de contrat de multiples solutions pour adapter au mieux l'engagement de confidentialité aux attentes des parties. Chaque engagement doit donc être personnalisé en fonction des intérêts en présence. Il existe différents modèles de clauses de confidentialité<sup>176</sup>.

Il convient de distinguer une simple clause de confidentialité, d'un véritable contrat autonome qualifié d'accord de confidentialité. Le rédacteur de contrat doit prévoir :

- la définition du projet du contrat principal envisagé ;
- la définition des informations confidentielles ;
- les modalités de l'obligation de confidentialité : secret ou simple obligation de discrétion ?
- éventuellement les moyens pour conserver la confidentialité ;
- l'identité du ou des bénéficiaires des informations confidentielles ;
- les éventuels droits de propriété intellectuelle découlant des informations confidentielles ;
- et surtout, la durée de l'obligation de confidentialité.

### ■ Clause de confidentialité

*« Les parties ont pour projet [à compléter]. Pour cela, diverses informations d'ordre technique, commercial, financier ou juridique pourront être communiquées au partenaire.*

*Les parties s'engagent à prendre toutes les précautions nécessaires pour maintenir la stricte confidentialité des informations confidentielles.*

*Les parties sont pleinement responsables d'elles-mêmes, et du fait de leurs associés, dirigeants, salariés, mandataires, représentants, fournisseurs, sous-traitants et clients finaux.*

*L'obligation de confidentialité perdurera après la cessation de la relation contractuelle entre les parties. L'obligation de confidentialité deviendra caduque si les informations deviennent publiques en dehors de toute intervention de la partie qui aura reçu l'information ou si l'information confidentielle est entrée dans le domaine public sans faute de la partie qui aura reçu l'information.*

*Dans l'hypothèse où une autorité judiciaire ou administrative demanderait la divulgation d'une information confidentielle, la partie obligée s'engage à en informer l'autre partie dans les 24 heures de la prise de connaissance de ladite demande. Toute inexécution engage la responsabilité de la partie négligente. »*

<sup>176</sup> F.-X. Testu, *Clauses de confidentialité*, Dalloz Action Contrats d'affaires 2011 ; W. Dross, *Clausier — Confidentialité*, Litec 2<sup>ème</sup> éd. p. 153 et 160 et s. ; *Lamy Droit du Contrat* éd. 2011 Partie 1 Titre 1 Étude 115 n°115-58.

## ■ Accord de confidentialité

« Entre : le titulaire de l'information et le partenaire,

Ci-après ensemble désigner « les parties », et individuellement la « partie ».

Après avoir rappelé ce qui suit

Le titulaire de l'information a pour projet [à compléter]. Ce projet constitue un savoir-faire particulier.

Le partenaire a pour activité [à compléter].

Il est intéressé par ce projet et souhaiterait entrer en pourparlers pour négocier un éventuel contrat de [à compléter].

Les parties se sont donc rapprochées et se sont entendues pour conclure le présent contrat de confidentialité concernant le projet (ci-après l'« accord »).

Ceci ayant été exposé, les parties ont convenu les termes contractuels suivants :

Article 1 : Désignation du projet

Le titulaire de l'information a pour projet [à compléter].

Pour cela, diverses informations d'ordre technique, commercial, financier ou juridique pourront être communiquées au partenaire et ce par quelque mode de transmission que ce soit ainsi notamment à titre indicatif et non limitatif, par écrit, verbalement, par un moyen informatique, sous la forme d'échantillons, modèles ou autres (ci-après les « informations confidentielles »).

Article 2 : Obligation de confidentialité

Le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à prendre toutes les précautions nécessaires pour maintenir la stricte confidentialité des Informations confidentielles ce qui inclut le savoir-faire, les perfectionnements, les éventuels brevets.

En conséquence, le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à ne pas divulguer les informations confidentielles à quelque tiers que ce soit et sous aucune forme que ce soit.

Le partenaire s'engage à limiter la transmission des informations confidentielles aux seuls salariés, conseillers et consultants qui ont besoin d'en avoir connaissance à condition que ces derniers soient tenus à des obligations de confidentialité similaires à celles des présentes et que lesdits salariés, conseillers et consultants aient été expressément informés de leurs obligations de confidentialité à l'égard desdites informations confidentielles.

Le partenaire s'engage à n'utiliser les informations confidentielles que dans le cadre de leurs relations contractuelles et à n'effectuer aucune reproduction, duplication, copie sans l'autorisation préalable, expresse et spécifique du titulaire de l'information.

Le partenaire s'engage à utiliser un système informatique sécurisé permettant d'assurer la sécurité des informations confidentielles en sa détention.

Le partenaire est pleinement responsable de lui-même et du fait de ses salariés et représentants, de ses mandataires, fournisseurs, sous-traitants, de ses clients finaux, de ses actionnaires, associés, et dirigeants.

Article 3 : Durée de l'obligation de confidentialité

Cette obligation de confidentialité est valable à compter de la signature de l'accord :

- pendant toute la durée des présents pourparlers ;
- pendant toute la durée des relations contractuelles éventuelles ;
- après la rupture des pourparlers ou après la cessation des relations contractuelles pendant une durée de 24 mois.

L'obligation de confidentialité deviendra caduque si les informations deviennent publiques en dehors de toute intervention de la partie qui aura reçu l'information ou si l'information confidentielle est

entrée dans le domaine public sans faute de la partie qui aura reçu l'information.

Dans l'hypothèse où une autorité judiciaire ou administrative demanderait la divulgation d'une information confidentielle, la partie obligée s'engage à en informer l'autre partie dans les 24 heures de la prise de connaissance de ladite demande. Toute inexécution engage la responsabilité de la partie négligente.

Article 4 : Territoire de l'obligation de confidentialité

L'obligation de confidentialité est valable pour le monde entier.

Article 5 : Obligation du titulaire de l'information

En contrepartie de cette obligation, le titulaire de l'information s'engage à communiquer au partenaire l'ensemble des informations confidentielles pertinentes pour la réalisation du projet.

Article 6 : Droit de propriété intellectuelle

Aucun droit de propriété commerciale, industrielle ou intellectuelle, aucune licence d'utilisation ne sont concédés au partenaire.

Les parties conviennent que, si le partenaire effectue des recherches et développements afin de permettre l'aboutissement du projet, l'ensemble des développements ainsi effectués et les résultats des études menées par le partenaire deviendront la propriété exclusive du titulaire de l'information qui pourra en disposer comme bon lui semble, sauf à ce que ces développements reposent sur des technologies ou des systèmes déjà brevetés ou déjà exploités par le partenaire auprès de ses autres clients.

Tous les documents et études remis au partenaire ainsi que tous les droits qui y sont attachés, seront considérés comme des Informations confidentielles relevant de la propriété exclusive du titulaire de l'information. Le partenaire ne pourra prétendre à aucun droit de quelque nature que ce soit sur le projet.

Article 7 : Restitutions

À la cessation des relations entre les parties (rupture des pourparlers ou article 3 des présentes), le partenaire s'engage, sur simple demande du titulaire de l'information, à :

- Restituer au titulaire de l'information sans en garder copie physique ou dématérialisée, ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents remis par cette dernière aux fins de réalisation du projet ;
- Restituer au titulaire de l'information sans en garder copie physique ou dématérialisée ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents relatifs aux recherches et développements réalisés par le partenaire aux fins de réalisation du projet.

Afin de s'assurer de la parfaite exécution des présentes, le partenaire informera le titulaire de l'information de la date à laquelle elle entend effacer les copies en sa possession, et accepte que le titulaire de l'information assiste à la destruction des informations relatives au projet ou qu'un expert mandaté par le titulaire de l'information soit présent lors de cette destruction.

Article 8 : Divers

Le titulaire de l'information pourra librement transférer le présent accord à toute personne morale constituée pour la réalisation du projet. Il devra le notifier au partenaire par lettre recommandée avec accusé de réception dans les meilleurs délais. La personne morale substituée sera tenue de poursuivre l'exécution de l'accord dans toutes ses dispositions.

Fait à Lyon en 2 exemplaires,

Le 07 juin 2014 »

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 3

1318.– **Création de la pratique.** L'engagement de confidentialité est une création de la pratique dont la validité a été reconnue par la jurisprudence. Il s'agit d'un mécanisme très largement répandu, seul moyen de protéger le secret d'affaires. La pratique s'est montrée particulièrement innovante en adaptant ce mécanisme au plus proche des enjeux du milieu des affaires. Cette convention fait l'objet de peu de contentieux.

1319.– **Résistance légale.** Le législateur refuse de consacrer une existence au secret d'affaires et se montre hostile à la préservation du secret. La société d'aujourd'hui privilégie la transparence, laissant le secret d'affaires démuné juridiquement.

À ce jour, les informations confidentielles ne sont pas reconnues comme un bien. Le projet de réforme du droit des biens gagnerait en créant une nouvelle catégorie de chose faisant l'objet du droit de propriété intellectuelle : les biens informationnels. Cette reconnaissance permettrait d'offrir la protection légale dont a tant besoin le secret d'affaires.

1320.– **Enjeu.** Les engagements de confidentialité sont donc plus que jamais nécessaires et l'objet d'un véritable enjeu.



## CHAPITRE 2 : LA NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLE

### INTRODUCTION

*C'est la concurrence qui met un prix juste aux marchandises et qui établit les vrais rapports entre elles.*

*Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748*

1321. – **De l'égalité à la liberté.** Le terme de « concurrence » a pris une dimension toute particulière dans le paysage économique et juridique. Il est taché par les opinions politiques ; sa prise en compte par le droit varie au gré des courants.

Sujet de préoccupations, l'idée de la concurrence est associée à celle d'une « économie juste ». La garantie d'une bonne concurrence entre professionnels (par opposition aux consommateurs ou aux particuliers) semble un moyen de préserver l'équilibre économique.

Le terme de « concurrence » a plusieurs sens qui révèlent la complexité de la notion<sup>1</sup> : si la concurrence est la « *prétention de plusieurs personnes à un même objet* », révélant une « *rivalité entre marchands ou fabricants ou entrepreneurs* », elle est aussi un terme d'« *égalité de droit, de position et d'ordre* ». Selon cette conception, l'idée de concurrence associe donc la rivalité à l'égalité. Le souci d'égalité conduit à la mise en place d'un régime juridique protecteur, et de ce fait contraignant.

Dans une conception plus actuelle, l'égalité a cédé la place à la liberté. Il a ainsi pu être affirmé que « *Le principe même de la liberté dans l'activité économique [qui] est la racine du droit de la concurrence.* »<sup>2</sup> Cette conception invite à octroyer à la volonté individuelle une place plus importante. Le régime juridique a alors vocation à être assoupli.

La libre concurrence est ainsi devenue un enjeu économique et juridique faisant l'objet d'un droit de la concurrence aux nombreuses ramifications. Elle répond au phénomène de la mondialisation<sup>3</sup> ainsi qu'à celui plus récent de la régionalisation. Le développement des très petites entreprises et des petites entreprises (T.P.E. et P.M.E.) ravive l'importance économique de ce droit.

La possibilité de contractualiser la concurrence entre anciens partenaires illustre cette ambivalence entre le souci de liberté et d'égalité, entre un régime souple et un régime protecteur.

1322. – **Liberté du commerce et de l'industrie.** La liberté du commerce et de l'industrie est reconnue en 1791. La loi des 2-17 mars 1791 dispose à l'article 7 : « *À compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

<sup>1</sup> E. Littré, *Dictionnaire Le Littré*, v. Définition de « Concurrence », Disponible sur : <http://francois.gannaz.free.fr/Littré/xmlittré.php?requete=concurrence&submit=Rechercher>

<sup>2</sup> *Droit économique*, Lamy 2011, Partie 2 Titre 1 n°775.

<sup>3</sup> N. Kroes, « La libre concurrence n'est pas une fin en soi », *Concurrences* n°3-2007 p. 1.

Il est intéressant de relever dans cet article que la liberté d'entreprendre et la liberté du travail sont deux facettes de la liberté du commerce et de l'industrie. Or, dans le milieu des affaires, on parle plus volontiers de la seule liberté d'entreprendre. La liberté fondamentale du commerce et de l'industrie se trouve dès lors amputée d'un de ses aspects ; ce deuxième aspect de la liberté du travail lui étant même parfois opposé.

La liberté du commerce et de l'industrie doit s'exercer dans le respect de la législation – notamment dans le respect du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence se veut à la fois un moyen de préserver cette liberté fondamentale et à la fois un moyen de la contrôler. Le rédacteur de contrat est tiraillé par ces considérations qui font l'armature du droit de la concurrence.

1323. – **Le droit de la concurrence.** Si le droit communautaire s'intéresse à la concurrence en veillant au respect du principe de la libre concurrence, le droit interne français s'intéresse davantage au concept de concurrence loyale par le biais d'une jurisprudence abondante<sup>4</sup>.

Le droit de la concurrence a pour particularité de formuler des règles « négatives » : pour respecter le principe de la libre concurrence, les parties ne doivent pas abuser de leur position dominante, elles ne doivent pas s'entendre de telle sorte que le marché en soit paralysé, elles ne doivent pas être déloyales dans leurs pratiques. Il s'agit d'une succession d'obligations de ne pas faire.

Le droit français est étonnamment marqué par la place prépondérante qu'occupe la jurisprudence, le législateur ayant abandonné une part importante de son pouvoir de réglementation au pouvoir judiciaire. Ainsi, la concurrence déloyale est élevée au rang de délit civil sanctionné sous le couvert des articles 1382 et 1383 du Code civil selon un régime jurisprudentiel élaboré<sup>5</sup>. Le législateur n'a pas cru bon intervenir.

L'importance de la jurisprudence tire sa légitimité de la vivacité de la pratique. Le droit de la concurrence est un enjeu pour le développement des entreprises. Le législateur français s'en remet pour l'essentiel au droit communautaire et pour partie aux magistrats, n'intervenant que ponctuellement et plus spécifiquement en matière de droit de la distribution.

Le rédacteur de contrat est donc obligé de s'informer régulièrement de l'évolution de la jurisprudence, celle-ci variant, s'affinant, se modifiant perpétuellement.

1324. – **La clause de non-concurrence.** La clause de non-concurrence apparaît dans ces circonstances à contretemps de la construction du droit de la concurrence. Loin de préserver la libre concurrence, elle vient la circonscrire. Il est admis que « *le préjudice concurrentiel est en principe licite* »<sup>6</sup>, seule la déloyauté pouvant être sanctionnée.

Or, la clause de non-concurrence a pour objet de protéger l'entreprise de la concurrence de personnes avec qui elle entretient ou a entretenu une relation contractuelle. Pendant la relation contractuelle, une telle restriction à la libre concurrence peut facilement être admise en raison des principes de bonne foi qui régissent les rapports entre les cocontractants participant à une entreprise commune. Par contre, après la cessation de la relation contractuelle, cette restriction apparaît pour le moins contraire à la liberté du commerce et de l'industrie. L'admission d'une telle clause post-contractuelle n'est pas sans surprendre. Le rédacteur de contrat est confronté à une véritable incertitude et

<sup>4</sup> *Droit économique*, Lamy 2011 Partie 2 Titre 1 n°775.

<sup>5</sup> Cass. com. 22 oct. 1985 n°83-15.096 Bull. n°245, *D.* 1986 I.R. p. 339 obs. Y. Serra : « *Attendu que si la libre recherche de la clientèle est de l'essence même du commerce, l'abus de la liberté au commerce causant, volontairement ou non un trouble commercial, constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite* », arrêt rendu au visa de la loi des 2 et 17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie, ensemble les art. 1382 et 1383 C. civ.

<sup>6</sup> J. Azéma, *Le droit française de la concurrence*, P.U.F. 1989 n°132.

doit faire preuve de la plus grande vigilance non seulement lorsque la clause de non-concurrence post-contractuelle est consentie, mais encore durant la vie du contrat en fonction des revirements de jurisprudence.

Pour autant, cette clause est très couramment utilisée et tend à continuer à se répandre dans les relations contractuelles, quelles qu'elles soient. Se pose dès lors la question de la validité de cette clause dont la nécessité soulève des interrogations (**Section 1**). Le régime de la clause de non-concurrence post-contractuelle est essentiellement jurisprudentiel et tend à toujours plus de rigueur (**Section 2**).

## SECTION 1 : UNE NÉCESSAIRE VALIDITÉ

(SECTION 2 : UN RÉGIME RIGoureux)

1325. – La clause de non-concurrence s'est depuis longtemps imposée comme une clause type dans le cadre de différents contrats.

1326. – **Définition.** Elle peut se définir comme la « *clause d'un contrat par laquelle une des parties s'interdit, dans certaines limites de temps et de lieu d'exercer une activité professionnelle déterminée susceptible de faire concurrence à l'autre partie.* »<sup>7</sup>.

La clause de non-concurrence est un engagement contractuel. Elle n'existe qu'à travers une relation contractuelle, elle en est l'un de ses accessoires. Elle prend une importance toute particulière après la cessation de cette relation contractuelle : alors que l'obligation principale du contrat a été exécutée, que l'objet du contrat a été réalisé, que la relation a cessé, survit entre les anciens partenaires cette obligation de non-concurrence.

La clause de non-concurrence a pour objet de rétablir l'équilibre économique entre les anciens partenaires devenus rivaux. Elle apparaît indispensable tant à la bonne exécution des conventions qu'à la bonne gestion de l'après-contrat (§1). La clause de non-concurrence post-contractuelle est une clause qui présente de réelles spécificités tant au regard de la loi que de la pratique (§2).

### §1. La clause de non-concurrence : une clause indispensable

1327. – **Généralisation de la clause de non-concurrence.** La clause de non-concurrence s'est imposée dans le paysage juridique principalement dans les contrats de travail, dans les contrats de cession de fonds de commerce et dans les contrats de distribution. Elle tend aujourd'hui à s'insérer dans tous les rapports contractuels dans lesquels s'échangent un savoir, une compétence, des idées, mais aussi des services ou des biens.

La clause de non-concurrence vient s'ajouter à l'obligation d'exercer une concurrence loyale. La loyauté s'affirme de plus en plus comme une norme générale de comportement (A), norme dont s'est emparé le praticien pour limiter la libre concurrence entre les anciens partenaires devenus rivaux (B).

---

<sup>7</sup> R. Guillien et J. Vincent sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, D. 13<sup>ème</sup> éd. 2001 v. « Clause de non-concurrence ».

## ***A. Une norme de comportement : la loyauté dans la concurrence***

1328.– **Obligation générale.** Tous les acteurs économiques sont soumis à une obligation d'exercer une concurrence loyale. Même en l'absence de clause de non-concurrence post-contractuelle, les anciens partenaires sont tenus par cette obligation générale de comportement qui ne tient pas compte de l'existence d'une relation contractuelle passée (1). Le non-respect d'une telle obligation de comportement engage la responsabilité des acteurs (2).

À la différence de la norme générale qu'est la concurrence loyale, les clauses de non-concurrence instaurent une norme particulière : elles stipulent une obligation de ne pas faire qualifiée de « *concurrence interdite* »<sup>8</sup>.

### ***1. L'obligation générale d'exercer une concurrence loyale***

1329.– **Norme de comportement.** La jurisprudence et le législateur posent une norme générale de comportement entre tous les acteurs économiques sans considération des éventuels engagements de non-concurrence : la concurrence — qu'elle soit libre ou restreinte contractuellement — doit être loyale sous peine d'engager la responsabilité du contrevenant. Le rédacteur de contrat ne peut y déroger : il s'agit d'un régime impératif qui se cumule avec la clause de non-concurrence. Il appartient au conseil des commerçants, professionnels ou artisans d'attirer leur attention sur ces obligations générales et sur les risques que comporte leur infraction.

1330.– **Théories doctrinales.** Longtemps, le législateur français a refusé de définir ce qu'était un comportement déloyal, laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de s'en charger. Le doyen Roubier<sup>9</sup> a proposé une classification en divisant les comportements déloyaux en quatre rubriques :

- (1) les moyens de confusion<sup>10</sup>,
- (2) le dénigrement<sup>11</sup>,
- (3) la désorganisation interne d'une entreprise rivale,
- (4) et enfin la désorganisation générale du marché<sup>12</sup>.

À cette classification, on peut encore retenir les faits constitutifs de contrefaçon<sup>13</sup>. À présent, le parasitisme s'ajoute à la concurrence déloyale<sup>14</sup>. Le parasitisme consiste à essayer de profiter de la réputation, ou de la communication, ou des produits et services d'un concurrent. Cette division a été largement reprise par la jurisprudence.

---

<sup>8</sup> Distinction élaborée par le Doyen Roubier (P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, éd. S. 1952 n°104) et remise en cause par J. Azéma comme étant une distinction purement formelle (J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, PUF 1989 n°131).

<sup>9</sup> P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1 éd. S. 1952 n°110.

<sup>10</sup> La confusion consiste à imiter un concurrent ou ses produits ou services ou de ses moyens de communication.

<sup>11</sup> Le dénigrement est défini comme le fait de « *jeter le discrédit sur un concurrent en répandant à son propos ou au sujet de ses produits ou services des informations malveillantes* », *Droit économique*, Lamy 2011, Partie 2 Titre 8 n°2576.

<sup>12</sup> La désorganisation peut consister à la divulgation de savoir-faire ou de secret de fabrique, le fait de débaucher le personnel de son concurrent ou d'utiliser son fichier clientèle.

<sup>13</sup> Cass. com. 12 juin 2007 n°05-17.349.

<sup>14</sup> Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et agissements parasitaires », *RIPICA* 1956, p. 19.

1331.– **Définition légale.** Régime jusqu'alors jurisprudentiel, le législateur français<sup>15</sup> s'est trouvé dans l'obligation de transposer la directive communautaire sur les pratiques commerciales déloyales et trompeuses<sup>16</sup>.

La concurrence déloyale est définie par l'article L. 120-1 du Code de la consommation qui dispose : « Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. »

Les articles L. 120-1<sup>17</sup>, L. 121-1<sup>18</sup>, L. 121-1-1 et L. 213-1 du Code de la consommation issus de la loi de 2008<sup>19</sup> procèdent à une énumération des pratiques déloyales. Essentiellement, ils reprennent

<sup>15</sup> Loi n°2008-3 du 3 janv. 2008.

<sup>16</sup> Dir. Parl. Et Cons. CE n°2005/29 du 11 mai 2005 JOUE 11 juin n°149.

<sup>17</sup> Article L. 120-1 C. conso. : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1. ».

<sup>18</sup> Article L. 121-1 C. conso. : « I.- Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ; e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ; f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ; g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ; 3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.

II.- Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ; 2° L'adresse et l'identité du professionnel ; 3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ; 4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ; 5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

III.- Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels. ».

<sup>19</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite loi L.M.E.

la jurisprudence applicable et les théories doctrinales, cela sans innovation. Au titre des pratiques sanctionnées, sont mentionnés la confusion et le dénigrement.

Il est intéressant de noter que cette législation s'applique aux consommateurs, mais également entre les professionnels alors même qu'il s'agit de dispositions incluses dans le Code de la consommation. Il eût été préférable de les insérer au sein du Code civil afin de leur donner leur véritable portée de régime de droit commun de la concurrence loyale.

1332. – **Portée limitée de la législation.** Malgré l'existence de ces dispositions légales, aujourd'hui encore, la construction jurisprudentielle et doctrinale prédomine. Ceci peut s'expliquer par le fait que le texte légal concerne principalement la concurrence trompeuse, délit pénal<sup>20</sup> à la différence de la concurrence déloyale qui reste un délit civil.

1333. – **Rédaction.** Tous les acteurs économiques sont soumis à ces normes de comportement. Il peut être intéressant pour le rédacteur de conditions générales au sein des contrats de consommation notamment d'ajouter une stipulation précisant le respect de la législation. Le préambule permet de telles stipulations dont la portée juridique réelle est limitée, mais pouvant être un argument commercial.

#### ■ Exemple :

*« Ces C.G.U. ont été édictées dans le respect de la législation afin d'assurer un service de qualité par l'utilisation de pratiques concurrentielles loyales et transparentes. »*

Le non-respect de l'obligation d'exercer une concurrence déloyale engage la responsabilité de son auteur.

## ***2. La responsabilité civile pour comportement déloyal***

1334. – **Responsabilités.** Même en l'absence de clauses spécifiques, les anciens partenaires devenus rivaux sont protégés par cette norme générale de comportement imposant une concurrence loyale et non trompeuse. Tout acte contrevenant à cette norme engage la responsabilité soit civile, soit pénale, de son auteur.

La responsabilité pénale reste résiduelle. Il lui est largement préféré l'action civile<sup>21</sup> portée soit devant les juridictions commerciales soit devant les juridictions de droit commun.

Le choix de la voie civile s'impose en raison de diverses considérations. Les parties dirigent l'action civile et non l'action pénale. Les indemnisations obtenues en réparation des préjudices sont réputées être plus généreuses devant les juridictions civiles. Quant à la charge de la preuve incombant à la victime du délit, la voie pénale n'apporte pas de véritables avantages par rapport à la voie civile.

<sup>20</sup> Article L. 213-1 C. conso : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers : 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ; 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ; 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. ».

<sup>21</sup> Cass. com. 12 janv. 1999 n°97-13.801, *D.* 1999 IR p. 114 ; Cass. com. 30 janv. 2001 n°98-21.359 Bull. n°28.



1335. – **Responsabilité civile.** La jurisprudence<sup>22</sup> fonde l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, instaurant ainsi une véritable norme de comportement — indépendamment de toute relation contractuelle préexistante.

Les actions en responsabilité pour concurrence déloyale ou parasitisme sont proches : le plaideur a souvent intérêt à agir tout à la fois sur le fondement de la concurrence déloyale et sur le fondement du parasitisme, l'appréciation des faits pouvant être difficiles voire confuses.

1336. – **Rédaction.** Les parties ne peuvent, en aucun cas, déroger contractuellement à ce régime de responsabilité. La stipulation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle est indifférente à la responsabilité pour concurrence déloyale.

1337. – **Conclusion.** L'objet de l'action en concurrence déloyale et de la clause de non-concurrence diverge : dans un cas, la concurrence est interdite parce qu'elle est déloyale, dans l'autre, une restriction supplémentaire est portée à liberté du commerce et de l'industrie. Les parties conviennent que, même si la concurrence devait être loyale, elle est interdite. L'obligation de non-concurrence va non plus les protéger de la seule déloyauté, mais de toute forme de concurrence même loyale.

## ***B. Une norme contractuelle : l'interdiction limitée de la concurrence***

1338. – **Validité de principe.** La clause de non-concurrence post-contractuelle porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Elle ajoute à la condition légale et morale de loyauté. L'admission (1) puis la généralisation (2) de la validité d'une telle clause ne vont pas a priori de soi en raison de l'atteinte portée à une liberté fondamentale.

Cette validité de principe tient compte de la réalité économique. La préexistence de relation d'affaires fausse nécessairement le jeu de la concurrence entre les anciens partenaires devenus rivaux. « *La clause de non-concurrence, comme son nom l'indique, vise essentiellement à préserver l'entreprise qui en est le bénéficiaire d'une éventuelle déloyauté d'un partenaire avec lequel elle est en relation d'affaires.* »<sup>23</sup> Cette forme de déloyauté particulière provient des échanges précédents leur donnant une connaissance particulière sur leur nouveau concurrent.

La clause de non-concurrence déploie tout son intérêt dans ces effets post-contractuels. Elle vient interdire la concurrence entre deux anciens partenaires qui ne sont plus liés par aucune obligation de bonne foi fondée notamment sur l'article 1134 du Code civil. La norme générale de comportement loyal apparaît nécessaire, mais insuffisante.

### ***1. L'affirmation de la validité de la clause de non-concurrence***

1339. – **Une validité de principe.** Le terrain initial de la clause de non-concurrence est le contrat de travail. C'est la chambre sociale de la Cour de cassation, qui la première, a affirmé la validité de la clause de non-concurrence (a). Rapidement, cette solution de principe a été reprise dans les diverses branches de droit pour s'affirmer comme une règle générale (b). Cette solution est nécessaire et procède d'un pragmatisme juridique.

<sup>22</sup> Cass. com. 6 mai 1986 n°84-16.537 Bull. n°78 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> déc. 1987 n°86-12.976.

<sup>23</sup> « Clause de non-concurrence en droit commercial : Pourquoi ? Comment ? », *Cah. Dr. entr.* 2009 n°2 p. 54.

## a. L'origine : la chambre sociale de la Cour de cassation

1340. – **Conventions collectives.** Les clauses de non-concurrence ont, dans un premier temps, intéressé davantage les relations de travail entre l'employeur et son salarié. Les conditions de validité et le régime de ces clauses ont été élaborés par la chambre sociale de la Cour de cassation avant d'être transposés dans les autres domaines du droit<sup>24</sup>.

Pendant la durée d'exécution du contrat de travail, la clause de non-concurrence paraît facultative, le salarié étant tenu envers l'employeur par une obligation légale de loyauté<sup>25</sup>. Ainsi, pendant toute la durée du contrat de travail, le salarié ne pourra pas exercer une activité concurrente à celle de son employeur<sup>26</sup> et cela même pendant les périodes de suspension de son contrat de travail<sup>27</sup>.

À la fin du contrat de travail, l'obligation de loyauté cesse<sup>28</sup>. En effet, « *en l'absence d'une clause de non-concurrence, le salarié recouvre à l'expiration de ses fonctions une pleine et entière liberté qui l'autorise notamment à reprendre pour son compte une activité similaire et à utiliser le carnet d'adresses qu'il s'était personnellement constitué dans son ancien emploi.* »<sup>29</sup>

Les clauses de non-concurrence se sont dès lors imposées pour préserver l'employeur de l'arrivée sur le marché d'un nouveau concurrent, son ancien salarié, qui connaîtrait toutes les arcanes de son fonds de commerce.

Ce sont les conventions collectives qui ont en premier affirmé la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles. Pour consacrer leur validité, la Cour de cassation se référait dans un premier temps aux conditions négociées par ces conventions<sup>30</sup>.

1341. – **Cour de cassation.** C'est en 1967 que la chambre sociale de la Cour de cassation pose le principe général de validité des clauses de non-concurrence par plusieurs arrêts<sup>31</sup> sans faire de référence aux conventions collectives. La chambre sociale de la Cour de cassation entreprit par la suite

<sup>24</sup> M.-A. Moreau, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *D&P* 1999, Dossier Question de Concurrence.

<sup>25</sup> La jurisprudence fonde l'obligation de loyauté sur art. 1134 C. civ. et art. L. 1221-1 C. trav. (Cass. soc. 9 déc. 2009 n°08-41.213). Elle est considérée comme une obligation accessoire du salarié. Il en est de même de l'obligation de non-concurrence pendant l'exécution du contrat de travail ; Cass. soc. 28 avril 1994 n°89-45.691 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu, par motifs propres et adoptés, que Mme X... avait constitué, en décembre 1986, une société spécialisée dans le travail temporaire et avait exercé, alors qu'elle était toujours salariée de la société Atot, cette activité identique à celle de son employeur ; Qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les termes du litige, a relevé que ces faits constituaient une violation des obligations résultant du contrat de travail d'une importance telle qu'elle rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant le délai de préavis et caractérisé une faute grave ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé.* ».

<sup>26</sup> Cass. soc. 30 avril 1987 n°84-40.936 Bull. n°237.

<sup>27</sup> Cass. soc. 10 mai 2011 n°99-40.584 Bull. n°159 : « *le fait pour un salarié d'effectuer une formation au sein d'une société concurrente de son employeur constitue un manquement à l'obligation de loyauté auquel le salarié est tenu envers son employeur, même pendant les périodes de suspension de son contrat de travail et caractérise une faute* ».

<sup>28</sup> Cass. com. 16 oct. 1972 n°71-10.777 Bull. n°250.

<sup>29</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 §13.

<sup>30</sup> Cass. soc. 3 juill. 1967 Bull. n°535.

<sup>31</sup> Cass. soc. 4 oct. 1967 Bull. n°604 ; Cass. soc. 12 oct. 1967 Bull. n°637 ; Cass. soc. 6 déc. 1967 Bull. n°761.

d'élaborer un véritable régime de validité de la clause de non-concurrence, affinant les conditions au fil des contentieux<sup>32</sup>.

Cette solution n'a jamais été remise en question depuis lors. Bien au contraire, elle s'est généralisée.

## **b. L'affirmation de la validité de la clause de non-concurrence dans tous les domaines du droit**

1342.– **Généralisation.** Les clauses de non-concurrence se sont aujourd'hui largement répandues dans tous les secteurs du droit. La jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation a admis le principe de leur validité en se référant à la position de la chambre sociale de la Cour de cassation. Le législateur est peu ou pas intervenu laissant aux juges le soin de préciser ces conditions de validité.

Très souvent stipulée au sein des contrats de cession de fonds de commerce, leur généralisation a été favorisée par la patrimonialisation de la clientèle<sup>33</sup>. Le développement des cessions de clientèles civiles a ainsi participé à l'essor de la clause de non-concurrence.

De manière générale, le principe de validité de la clause de non-concurrence est admis sauf à ce que la clause ne prévoit une interdiction de concurrence générale et absolue. La clause de non-concurrence « *n'est incompatible avec le principe général de la liberté du commerce et de l'industrie et avec le droit de la concurrence que dans la mesure où cette liberté n'est pas supprimée, mais seulement restreinte* »<sup>34</sup>.

1343.– Cette validité de principe repose sur des raisons plus politiques que juridiques : cette clause apparaît opportune parce qu'elle permet au marché de la libre concurrence de se réguler lui-même.

## **2. La validité de la clause de non-concurrence généralisée au regard de sa raison d'être**

1344.– **Encadrement de la validité.** Si la jurisprudence a très tôt admis la validité des clauses de non-concurrence (a), le droit communautaire soumet l'admission de la validité de cette technique contractuelle à certaines restrictions rigoureuses (b).

### **a. La validité de la clause de non-concurrence en droit interne**

1345.– **Trouble concurrentiel anormal.** La validité de la clause de non-concurrence a été admise en droit interne au regard de sa raison d'être, c'est-à-dire en prenant en compte la cause de cet engagement. « *L'obligation ayant pour raison d'être de protéger son créancier contre un trouble concurrentiel, sa mise en œuvre paraît logiquement être subordonnée à la démonstration de la réalité ou de l'imminence de celui-ci* »<sup>35</sup>.

Ce trouble concurrentiel est considéré comme anormal : en raison du passé contractuel qui les a liés, ce nouveau concurrent bénéficie d'un avantage certain qui menace directement l'autre partie. « *La force obligatoire de la clause se limite en général à ce que commande sa raison d'être* »<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Cf. Thèse Partie 3 Titre 2 Chapitre 2 « Section 2 : Un régime rigoureux », p. 446.

<sup>33</sup> *Droit Economique*, Lamy 2011 Partie 2 Titre 7 n°2441.

<sup>34</sup> DC n°93 D.-11 4 mai 1993 Société Quantel et Continum, BOCCRF 1<sup>er</sup> juill. p. 180.

<sup>35</sup> Ph. Stofel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1§18.

<sup>36</sup> Ph. Stofel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1§18.

1346. – « **Restitutions immatérielles** ». Une des causes de la clause de non-concurrence a été explicitée par Ph. Stoffel-Munck qui considère que « *la clause de non-concurrence paraît [...] régler les “restitutions immatérielles” de l’après-contrat. Il s’agit apparemment de contraindre l’ancien partenaire à abandonner le savoir-faire et les autres connaissances à lui transmises à l’occasion du contrat.* »<sup>37</sup> La clause de non-concurrence existerait notamment parce que pendant l’exécution du contrat un savoir-faire, une compétence, une clientèle, des secrets ont été transmis : après la cessation de cette relation, cette transmission se trouve « indue ». La clause de non-concurrence vient rétablir cet équilibre rompu.

Cette analyse permet d’expliquer une partie de l’aura de la clause de non-concurrence. Bien que les informations ne fassent pas l’objet d’un droit de propriété<sup>38</sup>, elles sont essentielles dans la vie économique. La rupture de la relation contractuelle crée un déséquilibre : l’ancien salarié a appris auprès de son ancien employeur les arcanes de l’activité, arcanes qu’il va pouvoir reproduire, copier et utiliser à son encontre. La clause de non-concurrence post-contractuelle a alors un double intérêt :

- elle est un gage de la bonne exécution pendant la durée de la relation, les partenaires n’ayant pas à s’inquiéter des conséquences de la fin de leur contrat ;
- l’ancien partenaire est protégé par l’obligation de non-concurrence post-contractuelle.

Mais s’y opposent la liberté du travail et la liberté d’entreprendre.

1347. – **Clause post-contractuelle**. Si la validité de la clause de non-concurrence a été admise lorsque « *la restriction de la liberté de concurrence n’est pas une fin en soi, mais un moyen pour parvenir à une fin légitime* »<sup>39</sup> — l’absence de déséquilibre concurrentiel — son effet post-contractuel a été discuté.

La liberté contractuelle permet de considérer que le contrat puisse prévoir des effets après sa cessation<sup>40</sup>. Certains ont analysé la clause de non-concurrence comme une convention autonome similaire à la clause compromissoire<sup>41</sup>. L’intérêt d’une telle analyse est de préserver l’effet obligatoire de la clause de non-concurrence même en cas de nullité ou de résolution rétroactive du contrat. Ainsi, la clause de non-concurrence ne suivrait plus le sort du contrat qui la contient et son efficacité serait préservée.

Cependant, une telle analyse se fonde davantage sur l’importance que peut revêtir l’obligation post-contractuelle de non-concurrence que sur son origine. La clause de non-concurrence ne peut être considérée comme valable que parce qu’elle est un accessoire d’un contrat. Elle n’est pas autonome du contrat, mais une simple conséquence de celui-ci. Elle fait partie de l’après-contrat. En ce sens, elle ne paraît pas pouvoir être analysée comme une clause autonome du contrat qui la cause<sup>42</sup>. Sa validité est dépendante de son support, le contrat.

L’admission de la validité de la clause de non-concurrence est encore soumise au regard du droit communautaire, gardien de la liberté du commerce et de l’industrie.

<sup>37</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L’après-contrat », *RDC* 04/1§15.

<sup>38</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 2 Chapitre 1 «La titularité des informations confidentielles», p. 388.

<sup>39</sup> S. Schiller, « Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux », *D. soc.* 2002 C. p. 4 n°25.

<sup>40</sup> B. Savelli, *L’exercice illicite d’une activité professionnelle*, PUAM 1995 préf. J. Mestre n°115-116.

<sup>41</sup> M. Gomy, *Essai sur l’équilibre de la convention de non-concurrence*, PU Perpignan 1999, préf. Y. Serra, n°281.

<sup>42</sup> cf. Thèse Partie 3 Titre 1 Chapitre 1 «Section 2 : Vers un principe d’autonomie des clauses post-contractuelles ?», p. 339.

## b. La validité de la clause de non-concurrence en droit communautaire

1348. – **L'impact sur le marché.** Au regard au droit communautaire, la validité de la clause de non-concurrence est loin d'être évidente. Il convient de distinguer selon que l'accord entre les parties soit d'importance mineure ou susceptible d'avoir un impact réel sur le marché.

Dans le premier cas, la clause de non-concurrence est valable et n'est pas soumise au droit communautaire de la concurrence<sup>43</sup>. Cette appréciation est soumise au contrôle de la Cour de cassation<sup>44</sup> qui vérifie si effectivement le contrat en cause entraîne ou non un blocage du marché.

Dans le second cas, la clause de non-concurrence est soumise au droit communautaire de la concurrence. Les acteurs ayant un impact réel sur le marché au sens du droit communautaire sont soumis aux restrictions de l'article 101 du T.F.U.E.<sup>45</sup> qui prohibe les accords affectant le marché en restreignant la libre concurrence.

1349. – **Accords de distribution.** Initialement, la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles était prévue par trois règlements d'exemption différents applicables :

- aux accords de distribution exclusive<sup>46</sup> ;
- aux accords d'achat exclusif<sup>47</sup> ;
- et au contrat de franchise<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> La commission européenne a défini la notion d' « effet insuffisamment sensible » pour exempter les accords sans effet anti-concurrentiel sur le marché (Déc. Comm. n° 64/233/CEE du 11 mars 1964 Grosfilex-Fillistorf, JOCE 9 avril ; Déc. Comm. n° 86/507/CEE du 30 sept. 1986 Irish Bank's Standing Committee, JOCE 18 oct., n° L 295 ; Rép. min. à QE n° E-2717/95, JOCE 27 mars 1996 n° C 91).

<sup>44</sup> Cass. com. 17 nov. 1998 n° 96-15.138, *RCD* 1999 n° 13 et n° 801 obs. P. Storrer.

<sup>45</sup> Art. 101, 1 du TFUE (ancien art. 81, 1 CE) : « 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. 2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et *FRC* 83/88 *Journal officiel de l'Union européenne* 30.3.2010, - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. ».

<sup>46</sup> Règlement n° 1983/83/CEE de la Commission du 22 juin 1983.

<sup>47</sup> Règlement n° 1984/83/CEE de la Commission, du 22 juin 1983.

<sup>48</sup> Règlement n° 4087/88/CEE de la Commission du 30 nov. 1988 et Cass. com. 22 fév. 2000 n°97-15.560, *JCP* E 2000 p. 1429 obs. L. Leveneur ; *CCC* 2000 comm. 99 obs. S. Poillot-Peruzzetto.

Ces trois règlements d'exemption ont été remplacés par un règlement unique<sup>49</sup> dans un souci de simplification. Ainsi, des dispositions communes ont été prévues concernant les accords de distribution. La clause de non-concurrence est exemptée de prohibition à quatre conditions<sup>50</sup> :

- (1) que les biens ou services soient en concurrence ;
- (2) que la clause soit limitée aux locaux et aux territoires concernés pendant la durée d'exécution du contrat ;
- (3) que la clause soit indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré ;
- (4) et que l'obligation de non-concurrence post-contractuelle soit limitée à une durée d'une année.

Ces quatre conditions sont particulièrement rigoureuses. Il a été substitué au caractère « *nécessaire* » de la protection du savoir-faire, le caractère « *indispensable* ». Pour la doctrine<sup>51</sup>, cette terminologie a un effet dissuasif quant à l'utilisation d'une clause de non-concurrence par la difficulté de prouver un tel caractère.

1350.– **Rédaction.** Le rédacteur d'une clause de non-concurrence est ici confronté à une véritable difficulté. Il paraîtrait opportun que la clause de non-concurrence post-contractuelle mentionne une déclaration des parties reconnaissant le caractère indispensable de cette protection. Même si une telle déclaration ne liera pas le juge, elle sera un commencement de preuve.

#### ■ Exemple :

« Les parties reconnaissent que l'engagement de non-concurrence post-contractuel est indispensable à la protection du savoir-faire de [partie détentrice] transmis pour permettre la bonne exécution de la convention. »

1351.– **Conclusion.** Le principe de la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle est admis depuis une jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation transposée dans tous les aspects du droit. Le droit communautaire, de même que le droit français, a admis le caractère « *indispensable* » d'une telle clause. Cependant, cela ne peut faire oublier l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, le législateur a prévu des restrictions à la validité de principe de la clause de non-concurrence post-contractuelle dans certaines situations spécifiques.

## §2. La clause de non-concurrence post-contractuelle : ses spécificités

1352.– **Intervention du législateur et réaction de la pratique.** Confronté à la généralisation de la clause de non-concurrence post-contractuelle, le législateur est intervenu ponctuellement afin de prévoir certaines restrictions à la validité de principe de ce mécanisme (A). Très vite, la pratique a élaboré des clauses mettant en place des obligations similaires de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle, mais moins invasives (B).

<sup>49</sup> Règlement n°2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999.

<sup>50</sup> Règlement n°330/2010/UE du 20 avril 2010 remplaçant le Règlement n°2790/1999 de la Commission du 22 déc. 1999.

<sup>51</sup> H. Bensoussan, « La « clientèle du franchisé », faveur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001 p. 2498.



## ***A. Les restrictions légales aux clauses de non-concurrence post-contractuelles***

1353.– **Interventions légales.** Face à la prolifération des clauses de non-concurrence post-contractuelles, le législateur est intervenu de deux manières (1) :

- soit, par l'encadrement des conditions de validité ;
- soit par l'interdiction pure et simple de la stipulation de telle clause.

Le législateur a encore délégué son pouvoir en permettant à certaines professions réglementées de prévoir elles-mêmes l'encadrement des clauses de non-concurrence post-contractuelles (2).

### ***1. Encadrement et interdictions légales***

1354.– **Restrictions légales.** Malgré l'absence d'un véritable régime légal de droit commun de la clause de non-concurrence, le législateur intervient exceptionnellement afin de restreindre (a) voir d'interdire (b) de telles stipulations.

#### **a. La clause de non-concurrence réglementée**

1355.– **Agents commerciaux.** En matière de droit de la distribution, les agents commerciaux sont soumis à un régime particulier concernant la stipulation de clauses de non-concurrence post-contractuelles. Le législateur affirme leur validité de principe au premier alinéa de l'article L. 134-14 du Code de commerce : « *Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat.* » Celles-ci sont donc valables sous réserve de respecter les conditions prévues à l'article L. 134-14 du Code de commerce<sup>52</sup>. Le législateur a eu le souci de protéger l'agent commercial à la fin de son engagement. Il a ici privilégié la liberté de l'agent sur le mandant.

La jurisprudence ne se contente pas de ce régime spécifique au titre des conditions de validité. Elle ajoute à la loi en soumettant la clause de non-concurrence au régime qu'elle a elle-même élaboré au visa de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>53</sup>. La législation n'était donc pas suffisante : la jurisprudence demeure la gardienne du régime des clauses de non-concurrence.

Le rédacteur de contrat devra donc veiller à respecter à la fois l'ensemble des prescriptions légales spécifiques aux agents commerciaux et à la fois l'ensemble de la jurisprudence applicable aux clauses de non-concurrence en général.

1356.– **Distribution.** Le législateur est encore intervenu pour encadrer la stipulation des clauses de non-concurrence post-contractuelles à l'article L. 442-6 II e du Code commerce<sup>54</sup> issu de la loi

<sup>52</sup> Art. L. 134-14 C. com. : « *Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat. Cette clause doit être établie par écrit et concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation aux termes du contrat. La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat.* ».

<sup>53</sup> Cass. com. 4 juin 2002 n°00-14.688 Bull. n°98, *RJD* 2002 n° 52 n°3318 obs. M. de Laparre ; *D.* 2002 p. 2328 obs. E. Chevrier ; *CCC* 2002 comm. 153 ; *RJD* 2002 n°1133 ; *JCP E* 2002 Cah. dr. entr. n°5 p. 33 n°9 obs. Ph. Grignon ; *JCP G* 2003 II n°10164 note F.-X. Licari ; *LP* 3 juill. 2003 p. 35 note L. Etnier ; *D.* 2003 p. 904 obs. Y. Picod ; *RJD com.* 2003 p. 159 obs. B. Bouloc.

<sup>54</sup> Art. L. 442-6 II e C. com. : « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence* ».

L.M.E. n° 2008-776 du 4 août 2008. Ainsi, il ressort de ces dispositions que la clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut être conclue pour une durée supérieure à deux ans à l'endroit d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés.

1357.– Ces interventions législatives ont peu de cohérence et ne se comprennent qu'à travers le prisme de la jurisprudence. Elles reflètent les carences du droit français sur un sujet qui mériterait une politique d'ensemble.

## **b. La clause de non-concurrence interdite**

1358.– **Intérim.** Le législateur est intervenu pour interdire le recours à la clause de non-concurrence en matière de contrat de travail avec une entreprise de travail temporaire. Le salarié intérimaire peut ainsi accepter tout contrat de travail dans les entreprises pour lesquelles il a effectué une mission, et ce sans aucune restriction<sup>55</sup>.

L'objectif du législateur est de favoriser la conclusion de contrat de travail à durée indéterminée, les clauses de non-concurrence étant ici clairement contraires à ce type de situation, par définition précaire. En effet, le salarié intérimaire qui a effectué une mission dans une entreprise pourrait se voir proposer un contrat à durée indéterminée si l'entreprise est satisfaite de sa prestation. L'agence d'intérim ne doit pas pouvoir s'y opposer.

Outre les rares dispositions légales, s'ajoutent les normes professionnelles venant encadrer la validité de la clause de non-concurrence.

### **2. Les normes déontologiques des professions réglementées**

1359.– **Délégation de pouvoir.** Le législateur a délégué son pouvoir de réglementation aux ordres professionnels chargés d'organiser leurs règles professionnelles concernant la concurrence au sein de leur profession.

1360.– **Professions médicales.** L'ordre des médecins a mis en place un régime spécifique encadrant la concurrence entre médecins. L'obligation de non-concurrence est ici obligatoire dans le cadre de l'installation professionnelle des médecins<sup>56</sup>. Le médecin membre d'une société civile a l'interdiction d'exercer son activité en parallèle pour son propre compte<sup>57</sup>.

Cette obligation de non-concurrence est considérée comme nécessaire pour préserver la clientèle du médecin. Elle est tempérée par le principe fondamental du libre choix du médecin par les patients<sup>58</sup>.

---

*post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans. »*

<sup>55</sup> Art. L. 1251-16 7° C. trav. : « 7° La mention selon laquelle l'embauche du salarié par l'entreprise utilisatrice à l'issue de la mission n'est pas interdite. ».

<sup>56</sup> Art. R. 4127-86 C. sant » publ. : « Un médecin ou un étudiant qui a remplacé un de ses confrères pendant trois mois, consécutifs ou non, ne doit pas, pendant une période de deux ans, s'installer dans un cabinet où il puisse entrer en concurrence directe avec le médecin remplacé et avec les médecins, qui, le cas échéant, exercent en association avec ce dernier; à moins qu'il n'y ait entre les intéressés un accord qui doit être notifié au conseil départemental. À défaut d'accord entre tous les intéressés, l'installation est soumise à l'autorisation du conseil départemental de l'ordre. ».

<sup>57</sup> Art. 4 Loi n°66-879 du 29 nov. 1966.

<sup>58</sup> Art. 1110-8 C. santé publ. et art. 162-2 C. séc. Soc. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 mars 1995 n°93-15.150 Bull. n°145.

Bien souvent, les contrats de remplacement contiennent une clause de non-concurrence reprenant les dispositions réglementaires.

1361. – **Avocature.** À l'inverse, l'ordre des avocats interdit la stipulation de clauses de non-concurrence post-contractuelles, et plus généralement toute limitation de la libre installation de l'avocat qu'il soit collaborateur ou salarié<sup>59</sup>. Cette interdiction est justifiée par le statut particulier de l'avocat collaborateur, mais indépendant. Celui-ci est considéré comme un professionnel travaillant pour un autre avocat, mais ayant le droit de développer sa propre clientèle. Une clause de non-concurrence le mettrait dans l'impossibilité de pouvoir s'installer à son compte dans le secteur géographique au sein duquel il a développé cette clientèle propre.

1362. – **Comparaison.** L'ordre des médecins et l'ordre des avocats ont adopté une position fondamentalement différente à l'égard de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Cette opposition entre les professions médicales et les professions juridiques montre la spécificité de chacune et l'impossibilité de mettre en place un régime unifié, les impératifs déontologiques divergeants. Que ce soit l'avocat ou le médecin, tous deux bénéficient de la liberté d'installation. Pourtant, l'un a pour souci de se protéger contre la concurrence à la différence de l'autre qui a pour souci de préserver la liberté d'installation. À ce jour, aucune unification n'est ni envisagée ni envisageable, chaque ordre professionnel conservant jalousement ses prérogatives.

1363. – **Conclusion.** Quelques rares dispositions éparses encadrent, restreignent ou favorisent la clause de non-concurrence. L'ensemble du régime de validité et d'exécution de la clause de non-concurrence est jurisprudentiel. La pratique a élaboré des clauses similaires à la clause de non-concurrence, mais moins invasives pour tenter d'échapper à la rigueur du juge.

## ***B. Les alternatives contractuelles***

1364. – **Innovation de la pratique.** La pratique, cherchant à échapper aux restrictions légales et jurisprudentielles, a vu se développer des dérivés de la clause de non-concurrence que sont la clause de non-sollicitation d'une part (1) et les clauses de non-réaffiliation et de non-rétablissement d'autre part (2)<sup>60</sup>.

### ***1. La clause de non-sollicitation : palliatif incertain à la clause de non-concurrence***

1365. – La pratique a cherché à contourner la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation imposant une contrepartie financière au bénéficiaire du salarié débiteur d'une obligation de non-concurrence post-contractuelle. Elle a alors trouvé une solution innovante.

1366. – **Débauchage.** « *Étonnante inventivité de la pratique !* »<sup>61</sup> La protection de l'employeur, indirecte, se veut ainsi soustraite au régime de la clause de non-concurrence ! En effet, la clause

<sup>59</sup> Art. 7 al. 5 Loi n°971-1130 du 31 déc. 1971 : « *Le contrat de collaboration ou le contrat de travail ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié.* ».

<sup>60</sup> M. Dépincé, « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RJD com.* 2009 p. 259 ; J. Beckard-Cardoso et M. Desplais, « Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question », *JCP E* 2010 1157.

<sup>61</sup> Ph. Stoffel-Munck, « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », *Com. Com. élec.* 2006 n°2 comm. 26.

de non-sollicitation, à la différence de la clause de non-concurrence, ne lie pas l'employeur à son ancien salarié. Elle porte sur les rapports contractuels entre l'employeur et ses partenaires afin de se prémunir contre le risque de débauchage de ses salariés. Elle intègre la jurisprudence en matière de concurrence déloyale puisque le débauchage permet d'établir la réalité de ce délit.

Ces clauses sont de plus en plus courantes dans les contrats de prestation de service ou en matière d'échange d'informations confidentielles ou de savoir-faire. Pour autant, elles ne vont pas sans soulever d'interrogations.

1367. – **Distincte de la clause de non-concurrence ?** Si la Cour de cassation<sup>62</sup> distingue bien la clause de non-concurrence de la clause de non-sollicitation quant à leur définition, elle a rapproché leur régime. La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré en effet que la clause de non-sollicitation constituait une restriction de la liberté du salarié qui souhaiterait changer d'emploi : il y a une perte de chance éventuelle. La Cour de cassation considère dès lors que « *le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière* »<sup>63</sup>. Elle précise encore : « *en exécution de la clause de non-sollicitation conclue entre son employeur et la société Sophis, le salarié n'avait pas pu être engagé par cette dernière jusqu'en février 2008, en a exactement déduit que cette clause avait porté atteinte à sa liberté de travailler et que son employeur devait l'indemniser du préjudice qu'il lui avait ainsi causé* »<sup>64</sup>.

Ainsi, l'indemnisation du salarié serait due à l'atteinte portée à sa liberté de travailler, cette atteinte devant être prouvée par le salarié. Cela résultera notamment de la multiplication des clauses de non-sollicitation par l'employeur auprès de ses partenaires.

1368. – **Critique.** La clause de non-sollicitation a ceci de particulier qu'il s'agit d'un engagement entre l'employeur et ses clients ou fournisseurs. En vertu du principe de l'effet relatif des conventions, le salarié n'est pas lié par une telle clause. Il ne devrait donc pas pouvoir s'en prévaloir. Il en résulte qu'en principe, aucune réparation financière ne devrait être due au salarié puisqu'il n'y a pas de préjudice direct.

L'effet relatif des conventions ne veut pas dire que les tiers ne peuvent pas invoquer une convention lorsque tel est leur intérêt<sup>65</sup>. I. Beyneix affirme : « *Certes, les tiers n'ont pas à exécuter une obligation contractuelle, mais ils sont tenus de s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution desdites prestations contractuelles. Il pèse donc sur eux une obligation de ne pas faire, celle de respecter la situation née du contrat.* »<sup>66</sup>

Cependant, le salarié n'est soumis à aucune obligation : il peut solliciter le débiteur de l'obligation de non-sollicitation. La Cour de cassation ne fonde pas sa décision sur la liberté constitutionnelle de travailler, mais sur l'article 1134 du Code civil. Cette jurisprudence est contestable au regard de son fondement.

Elle ignore en outre l'obligation de concurrence loyale : une telle clause pourrait être parfaitement proportionnée aux intérêts de l'employeur.

---

<sup>62</sup> Cass. com. 11 juill. 2006 n°04-20.438 : « *la clause de non-sollicitation [qui] ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci* » ; CCC 2006 comm. 232 obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP G* 2006 I 176 obs. P. Grosser.

<sup>63</sup> Cass. com. 10 mai 2006 n°04-10.149 Bull. n°116.

<sup>64</sup> Cass. soc. 2 mars 2011 n°09-40.547.

<sup>65</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, D. 9<sup>ème</sup> éd. 2005 spéc. n° 495.

<sup>66</sup> I. Beyneix, « Clause de non-sollicitation : atteinte à la liberté de travailler », *JCP S* n°15 2011. 1181.

La lecture de la jurisprudence fait penser à une stipulation pour autrui nécessitant le versement d'une indemnisation au salarié ne devant pas être débauché. Cependant, une telle analyse n'est pas envisageable, le salarié n'ayant pas à consentir à une restriction de sa liberté de travailler. Il ne peut ici bénéficier d'un avantage pour une obligation à laquelle il n'est pas tenu. Dès lors, on peut s'interroger : faudra-t-il indemniser le salarié même non débauché ? Reste au salarié à prouver son préjudice.

La boucle est bouclée : l'employeur qui croyait pouvoir éviter la jurisprudence sur les clauses de non-concurrence imposant une contrepartie financière au profit du salarié, est tenu de prévoir une réparation du préjudice né de la perte d'une chance pour un accord dans lequel le salarié n'est pas parti, auquel le salarié n'a pas consenti, alors même que ce salarié ne sera peut-être jamais débauché.

1369. – **Quelle sanction ?** La réparation financière semble une condition d'efficacité de la clause de non-sollicitation et non une condition de validité<sup>67</sup>. L'employeur engage sa responsabilité envers le salarié, mais n'est pas sanctionné par la nullité de la clause.

Cette solution semble heureuse et amoindrit les conséquences de l'obligation d'indemnisation. La nullité pour absence de réparation financière serait contestable juridiquement et protégerait de manière disproportionnée le salarié sans tenir compte de la protection de l'employeur. En outre, elle ouvrirait la porte à la mauvaise foi du débiteur de l'obligation de non-sollicitation : celui-ci n'aurait qu'à faire intervenir le salarié à l'instance judiciaire pour obtenir la nullité de la clause. S'il y a nullité de la clause de non-sollicitation, il ne peut plus être reproché au débiteur de l'obligation de non-sollicitation aucune inexécution. Alors qu'elle est un gage de rapports contractuels sereins, une telle sanction pourrait *a fortiori* durcir les conditions de preuve de la concurrence déloyale en cas de débauchage.

1370. – **Efficacité relative.** L'efficacité de la clause de non-sollicitation est donc toute relative. Bien que non soumise aux conditions de validité de la clause de non-concurrence, et plus particulièrement à l'obligation de contrepartie financière, son régime jurisprudentiel en entame l'intérêt. Ainsi, la contrepartie financière est déclassée du rang de condition de validité à celui de condition d'efficacité. L'efficacité d'une telle clause est encore démentie lorsque l'employeur cherche à chiffrer le montant de l'indemnisation en cas de débauchage. Il s'agirait alors d'une clause pénale soumise au pouvoir de modération du juge en vertu de l'article 1152 du Code civil<sup>68</sup>.

### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** Le rédacteur de contrat devra prendre toutes les précautions pour stipuler une clause de non-sollicitation et veiller à ne pas créer de confusion avec la clause de non-concurrence, au risque de voir sa clause requalifiée<sup>1</sup>.

Il devra veiller notamment à justifier de l'importance de cette clause envers son partenaire.

Il est à déconseiller une clause trop générale visant tous les salariés de l'employeur sans distinction. En effet, une réparation financière pouvant être demandée par tous les salariés, confère à la clause une portée telle qu'elle serait susceptible de créer un risque financier pour l'employeur.

<sup>67</sup> CA Paris 1<sup>er</sup> juill. 2004, *JCP E* 2004 1803.

<sup>68</sup> Ph. Stoffel-Munck, « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », *Com. Com. élec.* 2006 n°2 comm. 26.



Il est à conseiller de prévoir la possibilité pour l'employeur de déroger à l'interdiction d'embauche stipulée par la clause par son accord exprès et préalable. Une telle option limite le risque d'indemnisation du salarié en fonction des intérêts en cause.

En outre, il est opportun de prévoir les conséquences pécuniaires de l'inexécution d'une telle obligation par l'autre partie. Il s'agit alors d'une clause pénale.

#### ■ Clause de non-sollicitation :

*« Les parties déclarent que la bonne exécution de la convention nécessite une relation de confiance particulière. [à préciser]*

*Sauf accord exprès et préalable de l'autre partie, chacune des parties s'interdit expressément de solliciter en vue d'une embauche, ou d'embaucher directement ou indirectement, même si la sollicitation initiale est suscitée par le membre du personnel lui-même, les membres du personnel de l'autre partie ayant participé à l'exécution du contrat / selon la liste annexée ci-après et dirigeant ou associé de l'autre partie.*

*Cette interdiction s'applique pendant toute la durée de la relation contractuelle et les deux années suivants la cessation de la relation contractuelle, quelle que soit la cause de la fin de la relation contractuelle. »*

La pratique a innové et a trouvé un succès limité avec la clause de non-sollicitation. Elle a trouvé un autre palliatif à la clause de non-concurrence par la stipulation de clause de non-réaffiliation ou de non-rétablissement.

### ***2. Les clauses de non-réaffiliation et de non-rétablissement : simples résumés de la clause de non-concurrence***

1371. – **Autre innovation de la pratique.** Pour tenter d'échapper à la jurisprudence sur la clause de non-concurrence, la pratique a développé deux clauses proches : la clause de non-réaffiliation en matière de contrat de franchise (a) et la clause de non-rétablissement dans le cadre de contrats de cession de fonds de commerce ou de clientèle (b). La jurisprudence n'a pourtant pas été plus favorable envers ces clauses qu'envers la clause de non-concurrence.

#### **a. Clause de non-réaffiliation versus clause de non-concurrence**

1372. – **Clause de non-réaffiliation.** La clause de non-réaffiliation est issue de la pratique de la distribution. Dérivée de la clause de non-concurrence, cette clause stipule une obligation particulière au distributeur : à la fin du contrat, celui-ci s'engage à ne pas s'affilier à un réseau concurrent de celui qu'il vient de quitter. Elle est principalement utilisée dans les contrats de franchise et dans le secteur de l'alimentaire et de l'automobile<sup>69</sup>. Cette clause soulève des difficultés particulières.

1373. – **Distinction.** La jurisprudence la distingue de la clause de non-concurrence : « la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau »<sup>70</sup>. Par cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît la différence entre ces deux clauses. Si elles participent du même esprit, la clause de non-réaffiliation est moins contraignante.

<sup>69</sup> *Droit de l'entreprise*, Lamy 2007-2008 p. 522 n°1034.

<sup>70</sup> Cass. com. 28 sept. 2010 n°09-13.888 Bull. n°145, *D.* 2010, p. 2357 obs. E. Chevrier ; *JCP É* 2010. 1943 note N. Dissaux ; *CCC* 2010 comm. 271 obs. M. Malaurie-Vignal ; *RJDA* 2011 n° 135 ; *RDL* 2011 n° 1 p. 121 note N. Eréséo ; *RDC* 2011 187 obs. M. Béhar-Touchais.



Si cette distinction relève du bon sens, en pratique, elle est souvent bien théorique. L'obligation de non-réaffiliation équivaut la plupart du temps pour le franchisé à une grave restriction de sa liberté d'entreprendre, l'adhésion à un réseau régional, national ou international étant une condition de survie économique.

1374. – **Différence de régime ?** La différence de définition n'implique pas une différence de régime. En effet, le régime de ces deux clauses n'est pas clairement différencié par la jurisprudence. L'autorité de la concurrence considère que cette assimilation entre le régime de la clause de non-réaffiliation et celui de la clause de non-concurrence est nécessaire<sup>71</sup> : « *dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce en compromettant sa rentabilité* ». Elle procède à une appréciation factuelle<sup>72</sup>.

La jurisprudence impose les mêmes conditions de validité que la clause de non-concurrence à savoir l'obligation de limiter la clause dans le temps et dans l'espace, et d'être justifiée et proportionnée aux intérêts du créancier<sup>73</sup>. Cependant, la Cour de cassation<sup>74</sup> atténue sa jurisprudence en refusant d'imposer une contrepartie financière et affirmant même la possibilité d'exercer une activité concurrente.

Cette assimilation est particulièrement contraignante. Si les conditions d'intérêt légitime, de proportionnalité et de limitation temporelle paraissent justifiées, la condition de limitation dans l'espace paraît peu adaptée aux contrats de franchise auxquels elle s'adresse<sup>75</sup>. Cette clause a pour objet la protection d'un savoir-faire, sans considération géographique. Il est regrettable que la jurisprudence n'ait pas affiné sa position.

1375. – **Rédaction.** La rédaction d'une clause de non-réaffiliation est un véritable enjeu : elle doit conjuguer les intérêts en présence avec la jurisprudence. Il est conseillé d'ajouter le sort réservé à l'exploitation commerciale par internet, celle-ci n'étant pas comprise dans les limitations territoriales. Il peut être opportun de prévoir une clause pénale en cas de non-respect de cette obligation.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de non-réaffiliation :

*« À la cessation de la relation contractuelle entre les parties, le franchisé s'engage expressément à ne pas s'affilier, adhérer, ou participer de quelques manières que ce soit, à une chaîne concurrente du franchiseur ou en créer une lui-même, et ce sans contrepartie financière. Cette obligation sera applicable pour une durée d'une année sur tout le secteur géographique accordé au franchisé durant l'exécution du contrat et sur internet. Les parties conviennent que cette interdiction est justifiée et*

<sup>71</sup> Aut. conc. avis n° 10-A-26 7 déc. 2010, *RJC* 2011/27 n°1776 note V. Sélinsky.

<sup>72</sup> Aut. Conc. déc. n°11-D-03 15 fév. 2011, *RJC* 2011/27 n°1791 obs. V. Sélinsky.

<sup>73</sup> Cass. com. 22 fév. 2000 n°97-15.560 ; Cass. com. 31 janv. 2012 n°11-11.071 Bull. n°17 ; *D.* 2012 p. 501 obs. E. Chevrier ; *JCP E* 2012 1143 obs. N. Dissaux ; *JCP E* 2012 1205 note M. Malaurie-Vignal ; *CCC* 2012 comm. 83 obs. L. Leveneur.

<sup>74</sup> Cass. com. 31 janv. 2012 n°11-11.071 Bull. n°17.

<sup>75</sup> M. Malaurie-Vignal, « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », *JCP E* n°25 2012 1402.

*proportionnée au regard du savoir-faire du franchiseur. Le non-respect d'une telle clause engage la responsabilité du franchisé ».*

1376.– La clause de non-rétablissement n'a pas trouvé un écho plus favorable que la clause de non-réaffiliation auprès de la jurisprudence.

### **b. Clause de non-rétablissement : forme particulière de clause de non-concurrence**

1377.– **Clause de non-rétablissement.** La clause de non-rétablissement prévoit l'impossibilité pour le débiteur de l'obligation de s'installer à proximité de son précédent lieu d'activité. Elle n'est qu'une forme particulière de clause de non-concurrence. Loin de prévoir une obligation générale de ne pas concurrencer son ancien partenaire, elle vise à garantir l'objet du contrat. Ces clauses sont considérées comme une simple contractualisation de la garantie légale d'éviction du fait personnel<sup>76</sup>. La Cour de cassation<sup>77</sup> affirme ainsi : « *l'obligation de garantie comporte pour le vendeur d'un fonds de commerce l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé.* » À la différence de la clause de non-concurrence, la clause de non-rétablissement ne porte pas atteinte à la liberté fondamentale du commerce et de l'industrie. Elle garantit le transfert du droit de propriété, droit fondamental.

La portée de la clause de non-rétablissement peut être modulée en fonction de la négociation des parties. Les mêmes conditions de validité sont appliquées par la jurisprudence<sup>78</sup>.

Cette clause est souvent utilisée en matière de cession de clientèle, de cession de fonds de commerce, dans les contrats de location-gérance, ou encore dans les pactes d'associés. Ainsi, le cédant de fonds, de clientèle ou de titres, s'engage à ne pas avoir d'activité concurrente à la suite de la cession. Le contrat de travail ne semble pas concerné par une telle clause.

Les dispositions légales ne rendent pas moins indispensable la stipulation de la clause de non-concurrence ou de non-rétablissement, ces clauses permettant de définir précisément l'étendue de l'obligation légale de garantie qui apparaît insuffisamment déterminée<sup>79</sup>.

1378.– **Rédaction.** Le rédacteur de la clause de non-rétablissement doit prévoir l'étendue de la garantie légale. Il doit notamment préciser :

- sa transmissibilité aux acquéreurs successifs du fond, de la clientèle ou des titres ;
  - que cette obligation ne garantit pas le succès commercial de l'acquéreur et la fidélité de la clientèle.
- Il sera intéressant d'écarter toute contrepartie financière en considération du fait que cette obligation a pour contrepartie le prix de cession. Il est aussi possible de le préciser contractuellement que le cadre de la ventilation du prix de cession.

<sup>76</sup> Art. 1625 et 1626 C. civ.

<sup>77</sup> Cass. civ. 11 mai 1898, *S.* 1898 1 p. 265.

<sup>78</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mai 1999 n°97-14.493 Bull. n°156.

<sup>79</sup> *Droit économique*, Lamy 2011, Partie 2 Titre 7, n°2456 ; G. Ripert et R. Roblot, *Droit commercial*, t. 1, 17<sup>ème</sup> éd. Y. Serra, *La non-concurrence*, D. 1991 n°29 ; F. Violet, « Quels rapports entre obligation de garantie et obligation de non-concurrence dans la vente d'un fonds de commerce ? », *Defrénois* 2006 art. 38351.

## ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

### ■ Clause de non-rétablissement :

« Le cédant s'interdit :

- d'exercer directement ou indirectement une activité concurrente ou connexe à celle de la société / du fonds de commerce / de la clientèle que ce soit comme salarié, associé ou commanditaire ;
- d'exercer une quelconque fonction de direction ou de prendre une participation dans une société dont l'activité, ou l'activité du groupe auquel elle appartient, est similaire ou connexe à celle de la société / du fonds de commerce / de la clientèle.

Cette interdiction s'exerce pendant une durée d'une année à compter de la cession, sur le secteur géographique suivant [à compléter] sans contrepartie financière.

Le cédant s'oblige envers le cessionnaire ou ses ayants cause éventuels.

En cas d'inexécution par le cédant de son obligation, l'acquéreur se réserve le droit de demander la fermeture de l'établissement ouvert au mépris de cette obligation.

Les parties s'entendent pour considérer que l'obligation de non-rétablissement n'emporte pas garantie de la fidélité de la clientèle et que les résultats du fonds vendu sont de la seule responsabilité des acquéreurs. »

La clause de non-rétablissement apparaît donc comme une simple clause de non-concurrence particulière. Elle n'a pas pris son autonomie.

1379. – **Conclusion.** La clause de non-concurrence a su s'imposer dans le paysage contractuel et devenir indispensable. Sa validité a été consacrée par le législateur français et européen ainsi que par la jurisprudence. La clause de non-concurrence ne concerne plus seulement les contrats de travail, mais également les contrats de distribution, de cession de clientèle civile ou de fonds de commerce ou encore, les pactes d'actionnaires, les contrats de mandat, de partenariat, de cessions d'actions, les apports en société, les contrats de propriété intellectuelle... Si le législateur reste discret, la jurisprudence a établi un véritable régime de la clause de non-concurrence obéissant à des conditions de validité strictes afin de lui garantir une grande efficacité.

## SECTION 2 : UN RÉGIME RIGoureux

1380. – **Équilibre.** La jurisprudence a construit un régime de la clause de non-concurrence tenant compte de deux impératifs contradictoires : d'une part, la préservation de la liberté du travail et d'entreprendre et d'autre part, la protection des intérêts légitimes du créancier. Ph. Stoffel-Munck<sup>80</sup> affirme « La force obligatoire de la clause se limite en général à ce que commande sa raison d'être. [...] L'obligation ayant pour raison d'être de protéger son créancier contre un trouble concurrentiel, sa mise en œuvre paraît logiquement être subordonnée à la démonstration de la réalité ou de l'imminence de celui-ci. »

<sup>80</sup> Ph. Stoffel-Munck, « L'après-contrat », *RDC* 04/1 §18.

Pour ce faire, la clause de non-concurrence obéit à des conditions de validité strictes dans un souci de préservation de la liberté du débiteur de l'obligation (§1) tandis que l'efficacité de la clause valablement stipulée assure une bonne protection au créancier de l'obligation (§2).

## **§1. Les conditions de validité de la clause de non-concurrence**

1381.– **Construction des conditions de validité.** La clause de non-concurrence a pour spécificité que ses conditions de validité et son régime ont été élaborés par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, jurisprudence qui a été transposée en partie dans l'ensemble des domaines du droit. Sur ces questions, le législateur est transparent, voire inexistant.

Trois arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 10 juillet 2002<sup>81</sup> ont fait évoluer le régime actuel de la clause de non-concurrence applicable au salarié : « *Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

Outre, la condition du consentement à la clause, traditionnellement, il est considéré que la clause de non-concurrence obéit à un triptyque :

- la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace ;
- la clause doit être justifiée et proportionnée aux intérêts légitimes du créancier par rapport aux spécificités de la situation du débiteur ;
- la clause doit comporter une contrepartie financière – condition propre au droit du travail, mais dont l'extension à d'autres domaines du droit est posée.

Il ressort cependant de la lecture de la jurisprudence que ce triptyque est apprécié *in concreto* par la prise en compte de la proportionnalité générale de la clause de non-concurrence.

La clause de non-concurrence est soumise au respect de conditions générales de validité que son le consentement et la proportionnalité (A). Elle est encore soumise à des conditions particulières de validité que sont la limitation dans le temps et dans l'espace et la contrepartie financière (B).

### ***A. Les conditions générales de validité de la clause de non-concurrence***

1382.– **Conditions générales de validité.** La clause de non-concurrence obéit à des conditions générales de validité. Elle doit à titre liminaire être consentie (1). Se pose dès lors la question de l'exigence d'un écrit. La clause de non-concurrence doit surtout être proportionnée entre d'une part l'activité interdite au débiteur de l'obligation et d'autre part les intérêts légitimes du créancier de l'obligation (2).

#### ***1. Le consentement à la clause de non-concurrence***

1383.– **Enjeu.** La rédaction d'une clause de non-concurrence est essentielle à un double point de vue : d'une part, le consentement à la clause de non-concurrence mérite un écrit (a), d'autre part, la jurisprudence opère une interprétation restrictive de la clause de non-concurrence (b). Ces deux considérations obligent le rédacteur d'une clause de non-concurrence à une particulière rigueur.

<sup>81</sup> Cass. soc. 10 juill. 2002 n°99-43.334 Bull. n°239, n°99-43.335 Bull. n°239, n°99-43.336 Bull. n°239.

### a. Le consentement : exigence d'un écrit ?

1384. – **Intérêt de l'écrit.** La clause de non-concurrence doit être librement consentie par les parties. La jurisprudence vérifie ainsi que la clause a fait l'objet d'une acceptation expresse par les parties. À défaut d'une telle acceptation, la clause de non-concurrence n'est pas considérée comme ayant été contractée.

1385. – **Droit des sociétés.** La question de l'acceptation expresse a été posée notamment en droit des sociétés. Dans un premier arrêt, les statuts d'une société comprenaient une clause de non-concurrence à l'égard des associés et gérants de la société. En cours de vie sociale, un nouveau gérant non associé avait été désigné. À la suite de sa démission, cet ancien gérant a créé une activité concurrente. La société a alors agi pour non-respect de la clause de non-concurrence. Or la Cour de cassation a considéré : « *Mais attendu que la cour d'appel, après avoir constaté que si le premier gérant de la société Granitière et Funéraire de l'Agenais était intervenu à l'acte constitutif de la société et l'avait signé, a relevé que cette entreprise ne justifiait pas que le successeur, M. X..., qui n'était pas associé et avait été désigné en 1985 en qualité de gérant salarié avait expressément accepté la clause statutaire litigieuse de non-concurrence.* »<sup>82</sup>

Dans cet arrêt, il en ressort que la seule acceptation des fonctions de gérant est insuffisante pour considérer comme acceptée la clause de non-concurrence statutaire. Une acceptation expresse était nécessaire.

Cette solution est à approuver. En effet, les statuts constituent le socle de l'affectio societatis par lequel les associés s'engagent à la réalisation de l'intérêt social. Le gérant non associé en acceptant ses fonctions ne fait qu'accepter une responsabilité de direction et de gestion de la société, mais n'adhère pas pour autant aux statuts. Il n'y a pas à lui imposer de restrictions à sa liberté sans son consentement.

Dans un second arrêt, la clause de non-concurrence a été écartée comme n'ayant pas été consentie par l'unanimité des associés. En effet, le droit des sociétés impose que toute décision accroissant les engagements des associés soit prise à l'unanimité. Or, la jurisprudence a qualifié la clause d'engagement individuel des associés, elle est donc soumise à l'accord unanime des associés. La clause de non-concurrence décidée en assemblée générale extraordinaire à la majorité qualifiée des associés a été jugée inapplicable<sup>83</sup>.

Cette solution est également à approuver. En effet, la clause de non-concurrence constitue une atteinte à une liberté fondamentale, celle du commerce et de l'industrie. Une telle atteinte à une liberté individuelle requiert un accord exprès.

Bien que la jurisprudence n'exige pas expressément la rédaction d'un écrit au titre des conditions de validité, celui-ci semble un élément essentiel et indispensable à la clause de non-concurrence *ad probationem*.

1386. – **Le consentement tacite.** Le consentement à la clause de non-concurrence n'a pas à être nécessairement exprès. En droit du travail, la jurisprudence n'a pas hésité à écarter une telle nécessité. Prenant le contre-pied du droit des sociétés, la chambre sociale est allée jusqu'à considérer que l'écrit que constituait la convention collective était suffisant, le contrat de travail n'ayant pas à rappeler les termes de la clause de non-concurrence tant qu'il renvoyait à l'application des disposi-

<sup>82</sup> Cass. com. 12 nov. 1996 n°94-16.216.

<sup>83</sup> Cass. com. 26 mars 1996 n°93-21.250 Bull. n°94.

tions de ladite convention. Ainsi, le salarié était tenu par les dispositions de la convention collective, dispositions qui se suffisent à elles-mêmes<sup>84</sup>.

Cette jurisprudence isolée est contestable : le salarié doit consentir expressément à une telle atteinte à sa liberté de travailler et d'entreprendre. Or, le seul renvoi du contrat de travail à la convention collective semble insuffisant pour s'assurer du consentement libre et éclairé du salarié à la clause de non-concurrence. De plus, la généralité de la convention collective semble contraire aux autres conditions de validité de la clause de non-concurrence imposant une proportionnalité de la stipulation eut égard à l'emploi particulier du salarié et aux besoins spécifiques de l'employeur.

### b. L'interprétation restrictive de la clause de non-concurrence

1387. – **Quelle interprétation ?** L'interprétation de la clause de non-concurrence n'est pas sans soulever de difficulté :

- les magistrats doivent-ils opérer une interprétation restrictive comme protectrice de la liberté du commerce et de l'industrie ? C'est ce qu'affirme une partie de la doctrine<sup>85</sup>.
- les magistrats doivent-ils interpréter la clause de non-concurrence en recherchant la commune intention des parties et en préservant l'équilibre contractuel ? C'est ce que considère une autre partie de la doctrine<sup>86</sup>.

Ces questions primordiales se posent aux parties lorsque la rédaction de la clause de non-concurrence est imprécise.

1388. – **Hésitations jurisprudentielles.** La jurisprudence<sup>87</sup> semble opérer une interprétation restrictive de ces clauses et a pu affirmer : « *une clause de non-concurrence qui apporte une restriction au principe de la liberté du travail est d'interprétation stricte et ne peut être étendue au-delà de ses prévisions* ».

Pourtant, certains arrêts n'hésitent pas à préciser le sens de la clause de non-concurrence en se référant à la commune intention des parties. Ainsi, il a été décidé : « *une clause de non-concurrence interdisant à un salarié d'une entreprise, après son départ de travailler dans un secteur géographique déterminé pendant une période limitée, fait obstacle à ce que ce dernier, même s'il est employé dans une entreprise située en dehors de la zone d'interdiction, effectue des travaux commandés par des clients de son ancienne société résidant dans le secteur géographique visé par la clause de non-concurrence* »<sup>88</sup>. La Cour de cassation opère ici une interprétation extensive de la clause de non-concurrence.

La jurisprudence est incertaine quant à l'interprétation de la clause de non-concurrence. Il serait souhaitable d'opérer une interprétation stricte, mais non restrictive de la clause de non-concurrence : il est important de préserver la liberté de travailler, mais aussi de respecter les prévisions des parties dès lors qu'elles sont équilibrées.

<sup>84</sup> Cass. soc. 8 janv. 1997 n°93-44.009 Bull. n°8 : « *les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en mesure d'en prendre connaissance* ».

<sup>85</sup> D. 1969, jur. p.692 note M. Despax.

<sup>86</sup> Y. Serra, « L'obligation de non-concurrence », S. 1970 p. 174.

<sup>87</sup> Cass. soc. 29 juin 1999 n°97-40.082 Bull. n°309, JCP E 1999 p. 1516 ; Cah. dr. entr. 2000 som. p. 318 obs. Y. Picod ; LPA 19 juillet 2000 p. 15 ; Cass. soc. 13 déc. 2000 n°98-45.043 ; LPA 18 juill. 2001 p. 19 note M.-R. Garcia ; Cass. soc. 17 janv. 2006 n°04-41.038 ; RLC 2006/7 n°526 obs. M. Chagny ; Cass. soc. 5 avril 2006 n°04-43.593.

<sup>88</sup> Cass. com. 9 fév. 1999 n°96-15.834 Bull. n° 42 ; LPA 23 mars 1999 p. 7 ; JCP G 1999 IV n°1611 ; Cah. dr. entr. 2000 som. p. 32 obs. Y. Auguet.



1389.– **Rédaction.** Là encore, le travail du rédacteur est primordial afin d'éviter toute nécessité d'interprétation. Le rédacteur devra veiller à bien retraduire l'ensemble des conditions de validité et des modalités d'exécution du contrat pour éviter tout débat judiciaire.

#### ■ Exemple :

« *Après la cessation de la relation contractuelle et pendant une durée de [mois, années] à compter de la notification de la rupture de ladite relation, le [débiteur de l'obligation de non-concurrence] s'engage envers le [créancier de l'obligation de non-concurrence] directement ou indirectement seul, ou en association avec des tiers, pour son compte en qualité d'actionnaire, d'associé, de dirigeant, mandataire social, salarié, conseil ou prestataire, à :*

- *ne pas exercer une activité concurrente, connexe ou similaire à celle du [créancier de l'obligation de non-concurrence] ;*
- *ne pas accepter une quelconque fonction de direction ou prendre une participation dans une société dont l'activité, ou l'activité du groupe auquel elle appartient est similaire ou connexe à celle exercée par le [créancier de l'obligation de non-concurrence]. »*

La validité clause de non-concurrence, une fois consentie, est appréciée au travers de la condition de proportionnalité.

## 2. L'importance de la condition de proportionnalité de la clause de non-concurrence

1390.– **Contrôle global de proportionnalité.** La Cour de cassation exige une double condition :  
- d'une part, la clause doit être adaptée à l'activité du débiteur (a) ;  
- d'autre part, la clause doit être fondée sur les intérêts légitimes du créancier (b).

Il apparaît dès à présent que les juges<sup>89</sup> s'attachent davantage à un contrôle global de la proportionnalité de la clause, les autres conditions de validité étant des indicateurs de l'équilibre mis en place entre les intérêts en présence<sup>90</sup>.

### a. La clause de non-concurrence cantonnée à une activité précise du débiteur de l'obligation

1391.– **Détermination de l'activité.** La clause de non-concurrence interdit au débiteur de l'obligation d'exercer une activité. La jurisprudence vérifie que la clause de non-concurrence précise quelle activité est concernée par la clause. Une formulation générique telle que « toute activité professionnelle » serait illicite. L'activité ne peut pas être indéterminée. Cette limitation a été affirmée très tôt par la jurisprudence<sup>91</sup>. Ainsi, il a été décidé que : « *la vie professionnelle de M. Le Gall dépendant totalement de ses aptitudes commerciales dans un secteur spécifique de l'activité économique, l'interdiction générale de «s'intéresser directement ou indirectement, professionnellement ou financièrement», à une quelconque entreprise de production ou de commercialisation des vins et des spiritueux, et qui, de caractère «universel», ne comportait aucune limitation dans l'espace, «brisait» effectivement pendant une durée de cinq ans toute activité professionnelle du salarié »<sup>92</sup>.*

<sup>89</sup> Cass. com. 4 janv. 1994 n°92-11.061, *D.* 1994 J. p. 205 obs. Y. Serra.

<sup>90</sup> R. Vatinet, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998 p. 534.

<sup>91</sup> Cass. req. 17 mai 1911 ; *DP* 1913, I p. 342 ; S. 1913 chro. p. 253.

<sup>92</sup> Cass. soc. 27 juin 1984 n°81-42.932 Bull. n°269.

Il ressort de cette décision que l'activité déterminée était tellement large qu'elle interdisait toute activité professionnelle au débiteur pendant toute la durée de la clause. Cette interdiction absolue a été annulée au double motif de l'indétermination de l'activité et du non-respect de la limitation dans l'espace.

1392. – **Proportionnalité de l'interdiction.** La jurisprudence vérifie encore que cette activité interdite ne soit pas trop étendue de telle sorte que le débiteur de l'obligation se trouve dans une situation d'inemployabilité ou d'impossibilité d'entreprendre<sup>93</sup> par rapport à ses compétences — ce qui était le cas dans l'arrêt précité<sup>94</sup>.

La jurisprudence<sup>95</sup> s'intéresse ainsi aux compétences du salarié et aux différentes branches d'activités dans lesquelles il pourra déployer ses compétences.

1393. – La difficulté d'une telle condition est qu'en pratique, les clauses stipulées ont un domaine très large. D'où la question de leur validité quant à la détermination de l'activité. Si la clause est par ailleurs limitée dans le temps et dans l'espace, de telle sorte que l'activité interdite ne soit pas absolue, l'activité ne sera pas considérée comme indéterminée. De même, une importante contrepartie financière peut permettre de justifier l'étendue de l'interdiction. Les conditions de validité ne se comprennent que les unes par rapport aux autres et non indépendamment.

1394. – **Exception.** À cette détermination de l'activité du débiteur de l'obligation de non-concurrence, la jurisprudence admet une exception concernant les baux commerciaux. Ainsi, l'activité peut être indéterminée du fait de la possibilité pour le preneur de modifier son activité<sup>96</sup>. En effet, le preneur d'un bail commercial a un droit de déspecialisation<sup>97</sup>. Si la clause de non-concurrence détermine précisément l'activité sans tenir compte du droit de déspecialisation, le créancier de la clause de non-concurrence risque de se trouver privé de la protection de la clause. Le régime légal du bail commercial l'emporte sur le régime de validité jurisprudentielle de la clause de non-concurrence.

1395. – **Rédaction.** Cependant la clause doit être suffisamment précise : toute activité non prévue par la clause n'est pas incluse dans l'interdiction puisque la clause est *a priori* interprétée restrictivement.

#### ■ Exemple pour une interdiction étendue :

« Le [débiteur de l'obligation de non-concurrence] s'interdit directement ou indirectement, seul, ou en association avec des tiers, pour son compte, en qualité d'actionnaire, d'associé, d'administrateur, de dirigeant, de mandataire social, de salarié, de conseil ou de prestataire, toute exploitation, fabrication et vente de produits/services conformes ou similaires à ceux du [créancier de l'obligation de non-concurrence] ».

<sup>93</sup> CA Orléans 31 mars 2011 n°10/02384.

<sup>94</sup> Cass. soc. 13 janv. 1998 n°95-40732 Bull. n°7 : « pour être valable, une clause de non-concurrence doit permettre au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. ».

<sup>95</sup> Cass. soc. 18 déc. 1997 n°95-43.409 ; Cass. soc. 27 juin 2001 n°99-44.894.

<sup>96</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 avril 1993 n°91-14.503, *Liasons juridiques et fiscales* 1993 n°720 p. 2.

<sup>97</sup> Art. L. 145-47 à L. 145-55 C. com. (ancien art. 35 du décret n°53-960 du 30 sept. 1953).

Il convient de prendre garde à ce qu'une telle étendue n'interdise pas toute activité professionnelle au débiteur de l'obligation de non-concurrence et que celle-ci soit proportionnée aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation.

### **b. Protection des intérêts légitimes du créancier de l'obligation**

1396. – **Intérêts légitimes.** L'interdiction de l'activité doit être proportionnée au regard des intérêts légitimes du créancier de l'obligation de non-concurrence. La jurisprudence<sup>98</sup> opère ici un contrôle de proportionnalité de l'interdiction de concurrence.

Ce critère illustre le souci de la jurisprudence d'équilibrer l'intérêt légitime du créancier de l'obligation<sup>99</sup> de se protéger d'une concurrence rendue déloyale par le passé contractuel et la liberté du travail et d'entreprendre du débiteur de l'obligation<sup>100</sup>.

Le contrôle de la proportionnalité est effectué au visa de l'article 1131 du Code civil portant sur la cause de l'obligation. Les juges opèrent ici un contrôle des motifs en vérifiant que « *la restriction de la liberté de concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour parvenir à une fin légitime* »<sup>101</sup>.

La difficulté réside dans la définition de la notion des intérêts légitimes du créancier de l'obligation de non-concurrence. Il ressort des différents arrêts que les intérêts légitimes du créancier de l'obligation sont le risque qu'encourt le créancier confronté à la concurrence du débiteur. Il est pris en compte notamment la détention d'un savoir-faire ou d'informations confidentielles<sup>102</sup>, l'expérience du débiteur<sup>103</sup>, la spécificité du domaine d'activité<sup>104</sup>, la durée de la relation contractuelle passées<sup>105</sup>.

1397. – **Proportionnalité.** La recherche de proportionnalité par la jurisprudence est primordiale. Elle est la pierre angulaire du régime de validité de la clause de non-concurrence. La doctrine approuve cette synthèse « *entre la vérification de la légitimité de l'intérêt du créancier de non-concurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de non-concurrence, car il s'agit de mettre concrètement en relation l'intérêt légitime du premier et l'atteinte apportée à la liberté du second* »<sup>106</sup>.

Il convient d'approuver un tel critère de validité à un double point de vue : ce critère préserve toute à la fois le débiteur et le créancier de l'obligation de non-concurrence d'une part, et d'autre part, la

<sup>98</sup> Cass. com. 4 juin 2002 n°00-14.688 Bull. n°98 : « *en se déterminant par ces seuls motifs, par référence à l'étendue territoriale de la clause, sans constater que celle-ci ne se limitait pas au secteur géographique et au type de biens ou services pour lesquels le contrat d'agent commercial avait été conclu et qu'elle n'était pas nécessaire à la protection des intérêts des Etablissements Corbier et sans vérifier de façon concrète si cette clause avait pour effet d'empêcher les anciens agents des Etablissements Corbier d'exercer toute activité professionnelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

<sup>99</sup> Cass. soc. 14 mai 1992 n°89-45.300, Bull. n°309.

<sup>100</sup> F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009 n°25 et 31 p. 52.

<sup>101</sup> S. Schiller, « Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux », *D. sociétés* 2002 C. p. 4 n°25 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, 2<sup>ème</sup> éd. 1995 n°196.

<sup>102</sup> CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 27 sept. 1995 Sté NRJ c/Sté SERC, *D.* 1996 som. p. 245 obs. Y. Serra.

<sup>103</sup> Cass. soc. 14 fév. 1995 n°93-43.898.

<sup>104</sup> Cass. soc. 28 juin 2000 n°98-43.729.

<sup>105</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mai 1999 no97-14.493 Bull. n°156.

<sup>106</sup> F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009, no 25, 31, p. 52.

jurisprudence opère une appréciation *in concreto* de la proportionnalité de la clause de non-concurrence<sup>107</sup> qui garantit une prise en compte de la spécificité de la situation.

1398. – **Rédaction.** Cette jurisprudence, bien qu'elle soit respectueuse de l'ensemble des parties, n'assure pas la sécurité juridique. En effet, l'interprétation judiciaire laisse toujours des incertitudes que le rédacteur de la clause de non-concurrence devra anticiper au mieux. Il faut conseiller de rappeler les motivations de la stipulation d'une telle clause.

#### ■ Exemple :

« *L'obligation de non-concurrence préserve le [créancier de l'obligation de non-concurrence] de toute concurrence du [débiteur de l'obligation de non-concurrence] susceptible de lui porter préjudice ou de lui nuire en raison de [la durée de la relation, la transmission de savoir-faire, la particularité de l'activité].* »

1399. – **Conclusion.** La condition générale de validité de proportionnalité entre la limitation des activités exercées par le débiteur de l'obligation de non-concurrence et les intérêts légitimes du créancier de ladite obligation ne se comprend qu'au travers des conditions particulières de validité.

### ***B. Les conditions particulières de validité de la clause de non-concurrence***

1400. – **Conditions particulières de validité.** Au titre des conditions particulières de validité de la clause de non-concurrence, la jurisprudence impose une limitation dans le temps et dans l'espace de l'obligation de non-concurrence (1). La jurisprudence sociale ajoute une condition supplémentaire à la validité de la clause de non-concurrence qu'est l'existence d'une contrepartie financière. Le droit commun peut être tenté de prévoir une telle contrepartie (2). Le législateur intervient exceptionnellement pour ajouter aux conditions prétoriennes de validité de la clause de non-concurrence (3).

#### ***1. La limitation dans le temps et/ou l'espace : une condition à géométrie variable***

1401. – Limitation dans le temps et l'espace. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation se montre particulièrement protectrice envers le salarié. La jurisprudence considère en matière de droit du travail que, sans limitation de temps et d'espace, la clause porte nécessairement une atteinte disproportionnée à l'exercice normal d'une activité professionnelle pour le débiteur de l'obligation. Cette solution est ancienne<sup>108</sup>.

Cette double limitation de la portée de la clause de non-concurrence est un critère d'appréciation de la condition générale de validité qu'est l'atteinte proportionnée à l'activité du salarié en fonction des intérêts légitimes de l'employeur. « *Cette nouvelle condition relative à la nature de l'activité sert à apprécier si les conditions de temps et de lieu sont suffisantes pour empêcher une atteinte excessive à la liberté du travail, en fonction de la nécessité de laisser au salarié le bénéfice de sa qualification professionnelle* »<sup>109</sup>.

Cette jurisprudence soumet les clauses de non-concurrence à un contrôle de validité très rigoureux qui oblige le créancier de l'obligation à s'intéresser aux conséquences matérielles de la clause de non-concurrence pour le débiteur de l'obligation.

<sup>107</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mai 1999 n°97-14.493 Bull. n°156 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 oct. 2010 n°10-24.158.

<sup>108</sup> Cass. civ. 18 oct. 1952 n°06-173, *JCP G* 1953 II n°7519.

<sup>109</sup> *Droit économique*, Lamy 2011, Partie 2 Titre 7 Chap. 2 n°2524

1402. – **Limite de temps.** La notion de limitation de temps ne pose pas de difficulté particulière. La clause de non-concurrence ne doit pas prévoir une durée trop longue. La jurisprudence sanctionne la clause de non-concurrence post-contractuelle à durée indéterminée<sup>110</sup> ou à durée déterminée, mais d'une durée excessive. Ainsi, il a été jugé qu'une durée de 99 ans était excessive, car étant un « *espace de temps intéressant plusieurs générations* »<sup>111</sup>. Généralement, la pratique prévoit des clauses d'une durée d'un à cinq ans. Le rédacteur de contrat devra s'intéresser aux éventuels usages du domaine concerné.

1403. – **Limitation dans l'espace.** La clause de non-concurrence ne doit pas interdire d'exercer une activité sans limitation d'espace ou sur un territoire excessif au regard de l'activité concernée et de la relation contractuelle passée. Ce territoire excessif peut être, dans certains cas, le monde entier<sup>112</sup> ou même parfois le seul territoire national<sup>113</sup>. La jurisprudence appréciera en fonction du domaine d'activité concerné.

1404. – **Cumul ou non ?** La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>114</sup> est très claire : la limitation dans le temps et dans l'espace est cumulative sous peine de nullité de la clause. Pour les autres domaines du droit par contre, la jurisprudence a considéré dans un premier temps que la limitation dans le temps et dans l'espace était alternative et non cumulative<sup>115</sup>. Ainsi, dans cet arrêt de 1995, la clause de non-concurrence concernait un département de façon illimitée dans le temps. Elle a été déclarée valable, car « *elle ne rendait pas impossible pour M. Y... l'exercice de son activité* ».

Par la suite, la jurisprudence des autres chambres de la Cour de cassation s'est alignée sur celle de la chambre sociale et exige depuis lors une double limitation<sup>116</sup>.

Il convient d'approuver une telle solution : toute clause illimitée dans le temps et/ou l'espace apparaissant comme une restriction nécessairement disproportionnée eut égard aux intérêts du créancier. La position économique du créancier n'étant pas permanente, toute obligation permanente à l'égard du débiteur ne saurait dès lors se justifier.

1405. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat doit veiller à stipuler clairement cette double limitation de la clause de non-concurrence dans le temps et dans l'espace.

---

<sup>110</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mars 1987 n°85-16.171 et 85-16.265 : « *Mais attendu, qu'après avoir relevé que la clause avait pour objet de protéger l'activité commerciale exercée par M. Y... dans un immeuble situé à proximité du terrain vendu, de la concurrence que l'exercice d'un commerce similaire, sur ce terrain, était susceptible de lui apporter, l'arrêt retient à bon droit qu'une telle clause, qui met à la charge de la société Prêtàbail SICO MI et de ses ayants droit une obligation personnelle dont la durée ne comporte aucune limite, est nulle* ».

<sup>111</sup> CA Reims 12 oct. 1976, *D.* 1977 IR p. 278.

<sup>112</sup> CA Paris 7 avril 1980, *Gaz. Pal.* 1980 2 Som. p. 598 ; *JCP G* 1981 II n°19.669 : concernant un associé à la suite d'une cession de parts sociales, la clause qui prévoyait « *dans quelque pays que ce soit, pendant cinq années* » a été annulée car elle lui interdisait d'exercer « *l'activité d'expert dans laquelle il est spécialisé et qui lui est propre* ».

<sup>113</sup> CA Paris 21<sup>ème</sup> Ch. 25 oct. 1994, *D.* 1995 Som. p. 207.

<sup>114</sup> Cass. soc. 31 oct. 2005 n°04-46.219.

<sup>115</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 janv. 1995 n°92-16.519 Bull. n°11.

<sup>116</sup> Cass. com. 15 mars 2011 n°10-13.824 Bull. n°39 ; Cass. com. 24 nov. 2009 n°08-17.650 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 oct. 2010 n°10-24.158.



### ■ Exemple :

« L'obligation de non-concurrence sera exigible à compter de la notification de la cessation de la relation contractuelle et pendant une durée de [mois, années].

Compte tenu du secteur géographique du présent accord, cette interdiction est valable sur les territoires suivants [...]. »

1406. – Il en ressort que la limitation dans le temps et l'espace de la clause de non-concurrence permet aux juges de vérifier dans quelle mesure la clause ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à l'activité du débiteur de l'obligation par rapport aux intérêts légitimes du créancier de l'obligation. Ces conditions d'espace et de temps sont devenues des conditions particulières de la condition de validité générale de proportionnalité.

1407. – La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation impose encore une dernière condition de validité, la contrepartie financière au bénéfice du salarié. Cette condition reste propre au droit du travail malgré une tentation d'en étendre la portée.

## 2. L'exigence d'une contrepartie financière : une condition propre au droit du travail ?

1408. – **Bouleversement.** Initialement, aucune contrepartie financière n'était prévue, que ce soit en droit du travail ou dans les autres domaines (a). Ce revirement de jurisprudence a bouleversé la pratique (b).

### a. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation

1409. – **Revirement de jurisprudence.** Condition de validité consacrée par la Cour de cassation dans un revirement de jurisprudence en 1998 et 2002<sup>117</sup>, il a été décidé que : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

Ce revirement de jurisprudence a fait trembler les employeurs dont les clauses se sont toutes retrouvées nulles. Pour la Cour de cassation, la protection de la liberté constitutionnelle du travail justifiait l'effet rétroactif d'un tel revirement, quelles qu'en soient les conséquences : « l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ; que, loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate »<sup>118</sup>.

1410. – **Contrepartie financière suffisante.** La Cour de cassation considère que la contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie financière et considère que l'appréciation du caractère dérisoire relève du pouvoir des juges du fond<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Cass. soc. 13 janv. 1998 n°95-40.732 Bull. n°7 : « pour être valable, une clause de non-concurrence doit permettre au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. » et Cass. soc. 10 juill. 2002 n°99-43.334, n°99-43.336, n°00-45.135, n°00-45.387 Bull. n°23.

<sup>118</sup> Cass. soc. 17 déc. 2004 n°03-40.008 Bull. n°346.

<sup>119</sup> Cass. soc. 15 nov. 2006 n°04-46.721 Bull. n° 341 ; *JCP S* 2007 1057 note I. Beyneix ; Cass. soc. 3 fév.



1411.– **Extension de la jurisprudence.** Cette jurisprudence s'applique aux salariés, mais pas seulement. Cette solution a été étendue au bénéficiaire du gérant non-salarié de succursale<sup>120</sup> et au salarié associé de la société qui l'employait<sup>121</sup>. Quant au gérant de succursale, une succursale n'est qu'une émanation de la maison mère, elle n'a pas de personnalité morale. Dans ces conditions, le gérant ne représente pas à proprement parler une personne morale. Il est assimilé à un salarié. De même, un associé salarié a une double qualité. Le fait d'être associé ne dispense pas de l'application du droit du travail.

1412.– **Critique.** La clause de non-concurrence est ainsi devenue bilatérale, le salarié y trouvant lui aussi un intérêt. Le fait d'imposer une contrepartie financière était vivement demandé par la doctrine<sup>122</sup>. Le fondement juridique demeure cependant plus qu'incertain : il s'agit vraisemblablement de la cause de l'obligation. Mais si véritablement il n'y a pas de cause en l'absence de contrepartie financière, pourquoi cette solution est-elle limitée au seul contrat de travail ?

1413.– **Indifférence de la faute grave ou lourde.** L'exigence d'une contrepartie financière s'impose, quelles que soient les modalités de cessation du contrat de travail. Ainsi, un employeur<sup>123</sup>, pas plus qu'une convention collective<sup>124</sup> ne peuvent prévoir que la contrepartie financière ne sera pas due en cas de faute grave ou lourde.

Cette solution est justifiée dans la mesure où le bénéfice de la clause de non-concurrence est indifférent au mode de rupture du contrat. La clause de non-concurrence s'applique en raison de la relation contractuelle passée, peu important la manière dont celle-ci a pris fin.

Confrontée à cette sanction jurisprudentielle en cas de suppression de la contrepartie financière pour faute du salarié, la pratique a tenté une clause de minoration de la contrepartie financière en cas de faute du salarié. Là encore, la jurisprudence a sanctionné une telle rédaction<sup>125</sup>.

1414.– **Rédaction.** Le rédacteur du contrat devra prévoir une contrepartie financière au bénéfice du salarié. Il peut être intéressant de justifier des modalités de calcul du montant en cas de contentieux. L'employeur a le choix entre prévoir le versement en une seule échéance d'une somme forfaitaire pour toute la durée de l'obligation de non-concurrence. Cependant, une telle stipulation présente des désavantages : en cas d'inexécution, l'employeur devra demander judiciairement le remboursement de la somme au prorata. Il peut être intéressant de prévoir le versement d'une

---

2010 n°07-44.491 Bull. n°32 ; *JCP S* 2010 1140 note L. Draï ; Cass. soc. 23 juin 2010 n°08-44.160.

<sup>120</sup> Cass. soc. 8 déc. 2009 n°08-42.089 Bull. n°277.

<sup>121</sup> Cass. com. 15 mars 2011 n°10-13.824.

<sup>122</sup> Y. Serra, obs. sous Cass. 9 oct. 1985, *D.* 1986 Som. 420 n°2 ; M. Gomy, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, PU Perpignan 1999 n°236 ; S. Choisez, « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Dr. soc.* 1993 p. 662.

<sup>123</sup> Cass. soc. 10 déc. 2008 n°07-41.791, L.-F. Pignarre, « Clause de non-concurrence et Droits fondamentaux », *D.* 2009 n°18 p. 1256 : « la contrepartie financière de la clause de non-concurrence étant une condition de sa validité, le bénéfice de cette contrepartie ne peut pas être subordonné à l'absence de faute grave ou lourde ».

<sup>124</sup> Cass. soc. 4 juin 2008 n°04-40.609 Bull. n°123, E. Letombe, « La convention collective ne peut pas priver le salarié de contrepartie financière », *JCP S* 2008 n°44-45 p. 26 : « la convention collective ne pouvait déroger à la loi pour interdire, en cas de faute grave, au salarié soumis à une clause de non-concurrence de bénéficier d'une contrepartie financière ».

<sup>125</sup> Cass. soc. 8 avril 2010 n°08-43.056 Bull. n°92 ; *JCP S* 2010 1288 note I. Beyneix ; Cass. soc. 25 janv. 2012 n°10-11.590 Bull. n°20 ; *JCP S* 2012 1208 note I. Beyneix.

somme forfaitaire mensuelle pendant toute la durée de l'obligation de non-concurrence. En cas d'inexécution de son obligation par l'ancien salarié, l'employeur pourra cesser les versements en exerçant l'exception d'inexécution<sup>126</sup>.

#### ■ Exemple :

« En contrepartie, le [débiteur de l'obligation de non-concurrence] percevra mensuellement une indemnité forfaitaire d'un montant de [...] euros.

[préciser les modalités de calcul].

En cas de non-respect de l'obligation de non-concurrence, le [créancier de l'obligation de non-concurrence] cessera de verser la contrepartie financière et pourra agir en justice en exécution forcée et en indemnisation de son préjudice. »

Régulièrement, la portée de cette condition de validité de la contrepartie financière se pose dans les autres branches du droit.

### b. Quelle solution pour le droit commun ?

1415. – **Extension de la jurisprudence sociale ?** La condition de validité de l'existence d'une contrepartie financière au profit du salarié tenu par une obligation de non-concurrence a suscité un contentieux important. En effet, s'est rapidement posée la question de la portée de cette jurisprudence et de son extension à d'autres domaines du droit, notamment au droit de la distribution. Ainsi, tant les juridictions du fond<sup>127</sup> que les autres chambres de la Cour de cassation<sup>128</sup> refusent d'étendre une telle exigence de validité notamment au bénéfice des agents commerciaux pour lesquels les conditions de validité de la clause de non-concurrence ont été prévues par le législateur<sup>129</sup>.

1416. – **Analyse.** La majeure partie de la doctrine approuve le refus de l'extension de la contrepartie financière.

Concernant les contrats de cession, la clause de non-concurrence ou de non-rétablissement est considérée comme une précision de la garantie légale d'éviction. La contrepartie de l'obligation de non-concurrence existe sans contrepartie financière, il s'agit de l'acquisition de l'objet de la cession — clientèle, titre, fonds de commerce...<sup>130</sup>

Il convient d'approuver une telle solution concernant les contrats de cession. La clause de non-concurrence post-contractuelle étant un accessoire du contrat qui la contient, elle ne peut être interprétée qu'au regard des obligations principales. La clause de non-concurrence a pour objet de garantir la cession d'un bien en contrepartie du paiement d'un prix<sup>131</sup>. L'exigence d'une contrepartie financière n'apparaît avoir aucun fondement dans ce contexte contractuel.

<sup>126</sup> Cass. soc. 28 avril 2011 n°09-42.779 ; Cass. soc. 30 mars 2011 n°09-68.986.

<sup>127</sup> CA Reims 9 mai 2005 Juris-Data n°2005-275122, CA Caen 3 nov. 2005 Juris-Data n°2005-296354, CA Aix-en-Provence 19 juin 2006 Juris-Data n°2006-306574, *D.* 2006 p. 2933.

<sup>128</sup> Cass. com. 4 déc. 2007 n°06-15.137 Bull. n°255 : « le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du Code de commerce. » ; Cass. com. 24 nov. 2009 n°08-17.650 ; Cass. com. 4 déc. 2007 n°06-15.137 Bull. n°255.

<sup>129</sup> Article L. 134-14 C.com.

<sup>130</sup> M. Morlaas-Courtiez, « L'exigence d'une contrepartie financière pour la validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'affaires », *RDLA* 2013 78.

<sup>131</sup> Cf. Ci-dessus.

1417.– **Contrats de distribution.** Le problème de la contrepartie financière se pose plus particulièrement au sein des contrats de distribution qui n'ont pas de contrepartie naturelle. Une partie de la doctrine<sup>132</sup> est favorable à la transposition de la jurisprudence de la chambre sociale au bénéfice du franchisé. En effet, pour C. Jamin<sup>133</sup>, la franchise est « *une forme contemporaine de subordination* », le franchisé n'étant pas dans une situation plus favorable qu'un salarié en raison de sa dépendance au réseau. La chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>134</sup> reste indifférente à ces arguments et refuse d'imposer une contrepartie financière.

1418.– **Tentation.** Certains juges du fond<sup>135</sup> ont été tentés d'admettre une telle contrepartie financière au bénéfice du franchisé privé de la clientèle locale dont il était propriétaire durant la relation contractuelle<sup>136</sup>. Là encore, la Cour de cassation<sup>137</sup> reste très ferme et refuse une telle extension. Une évolution a été pressentie dans un arrêt inédit de 2007 non suivi d'une consécration<sup>138</sup>. La portée de cet arrêt apparaît incertaine. Sa lecture ne permet pas d'affirmer un revirement de jurisprudence : en effet, il est ici question d'indemnisation pour perte de clientèle et non de contrepartie financière au titre des conditions de validité de la clause de non-concurrence. Aujourd'hui, la Cour de cassation réaffirme régulièrement l'exclusion de la contrepartie financière n'hésitant pas à sanctionner les décisions contraires des juridictions du fond : « *au regard du caractère exclusivement libéral de l'activité de mandataire de l'intéressé, la validité de la clause litigieuse n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière* »<sup>139</sup>. Le débat a été déplacé par la pratique sur le terrain de l'indemnisation du préjudice que subirait le débiteur de l'obligation de non-concurrence<sup>140</sup>.

1419.– **Analyse.** Le refus de la jurisprudence d'établir l'obligation de contrepartie financière bien que sévère paraît fondé. La clause de non-concurrence post-contractuelle doit être perçue comme un élément d'un ensemble contractuel et non comme un élément isolé. La contestation de la situation du franchisé au regard du principe de justice contractuelle ne trouvera pas de solution globale par la seule clause de non-concurrence. C'est le régime du contrat de franchise qui devrait être repensé ; l'extension opportune d'une jurisprudence ne saurait être une solution fondée juridiquement. Le refus d'admettre une contrepartie financière n'implique pas l'absence de toute contrepartie pour le débiteur de l'obligation. Elle s'inscrit dans une convention générale et doit être comprise et interprétée dans le cadre contractuel qui la contient.

1420.– Si le régime des conditions de validité de la clause de non-concurrence est prétorien, il arrive qu'exceptionnellement le législateur intervienne en ajoutant à la jurisprudence, mais sans s'y substituer.

---

<sup>132</sup> C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003 p. 2878 ; H. Bensoussan, « La clientèle du franchisé, facteur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001 p. 2498.

<sup>133</sup> C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003 p. 2878.

<sup>134</sup> Cass. com. 18 nov. 2008 n°07-18.599.

<sup>135</sup> CA Douai 15 oct. 2001 Hestia c/ société GPPA ; CA Paris 13 nov. 1984, *Gaz. Pal.* 1985 1 Jur. p. 447 note S. Daul.

<sup>136</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 27 mars 2002 n°00-20.732 Bull. n°77.

<sup>137</sup> Cass. com. 7 janv. 2004 n°02-17.091.

<sup>138</sup> Cass. com. 9 oct. 2007 n°05-14.118 ; *D.* 2008 p. 388 obs. D. Ferrier.

<sup>139</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 oct. 2013 n° 12-22.948 Bull. n° NC.

<sup>140</sup> Cf. ci-après.

### 3. Autres conditions spécifiques

1421. – **Intervention légale.** Exceptionnellement, le législateur est intervenu pour ajouter à la jurisprudence.

1422. – **Règlement de copropriété.** Les clauses de non-concurrence insérées dans les règlements de copropriété doivent, en sus des autres conditions, être justifiées par rapport à la destination de l'immeuble<sup>141</sup>. La validité de telles clauses est particulièrement importante concernant les centres commerciaux isolés. M. Gomy dénonce la validité de telles stipulations : les clauses de non-concurrence font parties d'un ensemble « réciproque » imposé aux locataires qui se trouvent être à la fois créancier et débiteur de l'obligation de non-concurrence. « *Or, cela a un nom : la répartition de marchés, pratique condamnée par les autorités chargées d'appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles.* »<sup>142</sup>

1423. – **Baux.** En matière de baux commerciaux et de baux professionnels, la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps à la durée du bail et dans l'espace à l'immeuble loué<sup>143</sup>. Elle doit respecter le droit du preneur à la désécialisation du bail<sup>144</sup>. Le respect du principe de la désécialisation est essentiel. Il prime la clause de non-concurrence<sup>145</sup>.

Pour être valable, la clause de non-concurrence ne doit pas porter atteinte au régime des baux commerciaux et particulièrement au droit de renouvellement du preneur<sup>146</sup>. Ainsi, la clause de non-concurrence ne doit pas empêcher le preneur de changer d'activité.

La prépondérance de la jurisprudence en matière de clause de non-concurrence s'efface derrière le régime légal des baux ce qui est heureux. La jurisprudence ne saurait remettre en question l'armature du droit du bail commercial par la seule clause de non-concurrence. La loi doit primer la jurisprudence.

1424. – **Conclusion.** La jurisprudence a élaboré un régime précis quant aux conditions de validité de la clause de non-concurrence imposant au rédacteur de contrat la plus grande vigilance afin de ne pas voir la clause de non-concurrence frappée de nullité. Si la jurisprudence se montre stricte à l'égard de l'appréciation de la validité de la clause de non-concurrence, la mise en œuvre de la clause de non-concurrence se révèle d'une efficacité certaine pour le créancier de l'obligation.

## §2. L'efficacité de la clause de non-concurrence

<sup>141</sup> Art. 8 al. 2 loi n°65-557 du 10 juill. 1965 : « *Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation.* ».

<sup>142</sup> M. Gomy, « La primauté du droit à la désécialisation partielle sur la clause de non-concurrence », *RJD* 2012 75.

<sup>143</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 avril 1993 n°91-14.503 Bull. n°52.

<sup>144</sup> Art. L. 145-47 à L. 145-55 C. com. (ancien art. 35 du décret n°53-960 du 30 sept. 1953).

<sup>145</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 fév. 2012 n°11-17.213 Bull. n°29.

<sup>146</sup> Art. L. 145-15 C. com. : « *Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37 à L. 145-41, du premier alinéa de l'article L. 145-42 et des articles L. 145-47 à L. 145-54.* ».

1425. – **Protection réelle.** La clause de non-concurrence post-contractuelle assure au créancier de l'obligation une réelle protection. Il convient de s'intéresser aux modalités d'application de la clause de non-concurrence (A) afin d'apprécier l'efficacité de la clause au regard de la sanction de l'inexécution de l'obligation de non-concurrence (B).

### ***A. L'application de la clause de non-concurrence***

1426. – **Applicabilité de la clause.** La clause de non-concurrence crée de lourdes obligations. Le débiteur peut tenter d'échapper à l'application de la clause en invoquant sa nullité. Dans certains cas, ce sera le créancier qui souhaitera renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence (1). L'application de la clause de non-concurrence pose la question de l'identification des créanciers et débiteurs concernés, la clause de non-concurrence pouvant être amenée à circuler (2).

#### ***1. Le refus de la clause de non-concurrence***

1427. – **Inapplicabilité de la clause.** La clause de non-concurrence post-contractuelle lie les parties après la cessation de leur relation contractuelle. Il arrive que chacune des deux parties ait intérêt à faire cesser l'obligation de non-concurrence. Le débiteur de l'obligation, pour tenter d'échapper à ses obligations, peut invoquer judiciairement la nullité de la clause (a). Quant à lui, le créancier de l'obligation pourra renoncer au bénéfice de la clause en informant le débiteur de l'obligation (b).

#### **a. Débiteur de l'obligation de non-concurrence et nullité de la clause**

1428. – **Nullité relative.** Le débiteur de l'obligation de non-concurrence peut tenter d'échapper à son obligation en agissant en nullité de la clause de non-concurrence en invoquant le non-respect des conditions de validité. Il s'agit d'une action en nullité relative pouvant être introduite par le seul débiteur.

Ainsi, il a pu être décidé de la nullité d'une clause, car : « *la convention collective des U.R.P. ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié ; qu'après avoir rappelé que l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des U.R.P. spécifiait que l'interdiction de non-concurrence devait seulement viser le secteur ou les catégories de clients que le U.R.P. était chargé de visiter au moment de la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a constaté que l'interdiction faite à M. X... concernait le département du Nord alors que son secteur d'activité se limitait à «Lille et agglomérations»* »<sup>147</sup>. Alors même que la clause était limitée dans le temps et dans l'espace, la clause n'a pas été déclarée comme valable, car portant atteinte de manière excessive à l'activité de l'ancien salarié par rapport à son activité pour le compte de l'employeur.

La nullité relative apparaît comme une sanction sévère permettant au débiteur d'échapper à ses obligations. Solution radicale, elle n'est pas heureuse, car elle méconnaît la préservation des intérêts du créancier.

1429. – **Restriction.** Confrontés à ce constat portant atteinte aux intérêts du créancier de l'obligation de non-concurrence, les magistrats ont décidé d'épargner la clause de non-concurrence irrégulière lorsqu'elle respecte l'ensemble des conditions de validité, mais qu'elle apparaît pourtant disproportionnée. Ainsi, le juge s'est octroyé le pouvoir de rééquilibrer la clause de non-concurrence : « *le*

<sup>147</sup> Cass. soc. 14 nov. 2007 n°06-44.284.



*juge en présence d'une clause de non-concurrence peut en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »<sup>148</sup>. Un nouvel éventail de sanctions est ainsi offert aux juges au lieu et place de la nullité et de son effet rétroactif<sup>149</sup>.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi sanctionné une clause de non-concurrence prévoyant une minoration de la contrepartie financière du salarié en cas de licenciement, non pas par la nullité de la clause dans son ensemble, mais par l'éradication de la mention de la minoration<sup>150</sup>.

Les juridictions n'hésitent pas à opérer de tel remodelage des clauses de non-concurrence<sup>151</sup> parlant même parfois de clause partiellement réputée non écrite<sup>152</sup>.

1430. – **Préservation de la validité de la clause.** Les juges ont ainsi pleinement conscience de l'importance de préserver l'efficacité de telles clauses : « *une clause qui, abstraitement, pourrait être considérée comme nulle parce qu'elle pourrait aboutir à priver le salarié du droit à l'exercice de sa profession n'en devra pas moins recevoir application lorsqu'il est constaté que concrètement le salarié s'est réinstallé immédiatement dans un lieu proche de celui où il travaillait et a eu une activité concurrentielle effective au détriment de son ancien employeur* »<sup>153</sup>.

1431. – **Analyse.** Ce glissement jurisprudentiel n'est pas sans soulever d'interrogations. La sanction de réfaction du contrat ou de clause réputée non écrite est opportuniste. Une harmonisation de ces sanctions serait souhaitable si on devait reconnaître un tel pouvoir au juge. Bien que contestable juridiquement, la nullité de l'entière clause de non-concurrence paraît disproportionnée au regard de la difficile recherche de l'équilibre des intérêts en présence.

Autant, les conditions de validité posées par la jurisprudence sont strictes, autant la sanction est modulable en fonction de la déloyauté constatée à l'encontre de l'ancien employeur ou partenaire. La réfaction « *paraît avoir été dictée par le souci de sanctionner des débiteurs qui, liés par une clause de non-concurrence géographiquement excessive, l'avait néanmoins violée en se faisant réembaucher dans la ville même où ils avaient exercé leur activité précédente.* »<sup>154</sup>

Les conditions de validité de la clause de non-concurrence posées par la jurisprudence sont gardiennes de l'équilibre contractuel. La nullité ne paraît pas pouvoir préserver cet équilibre entre les intérêts en présence, « *dans cette hypothèse, la réfaction de la clause, en dépit de l'atteinte qu'elle porte à la force obligatoire du contrat, n'est-elle pas, en définitive, la sanction normale de la proportionnalité, en ce qu'elle permet d'éliminer la disproportion affectant le contrat ?* »<sup>155</sup>.

<sup>148</sup> Cass. soc. 18 sept. 2002 n°00-42.904 Bull. n°272.

<sup>149</sup> M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006 p. 1051 et *RDC* 2007 p. 239.

<sup>150</sup> Cass. soc. 8 avril 2010 n°08-43.056 Bull. n°92 ; *JCP S* 2010 1288 note I. Beyneix ; Cass. soc. 25 janv. 2012 n°10-11.590 Bull. n°20 ; *JCP S* 2012 1208 note I. Beyneix.

<sup>151</sup> Cass. soc. 18 sept. 2002 n°00-42.904 Bull. n°272 ; CA Paris Pôle 6 17 fév. 2011 n°10-06069.

<sup>152</sup> Cass. soc. 8 avril 2010 n°08-43.056 Bull. n°92 ; CA Besançon 7 janv. 2011 n°10-01896.

<sup>153</sup> CA Lyon 1<sup>ère</sup> ch. 25 oct. 1979 Sarl Weight Watchers France.

<sup>154</sup> W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec 2011, V° Non-concurrence.

<sup>155</sup> J.D. Pellier, « Appréciation d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de remplacement », *JCP E* 2008 n°39, 2172.



1432. – Parfois, ce n'est pas le débiteur de l'obligation, mais bien le créancier qui souhaitera échapper à la clause de non-concurrence. Il peut alors décider de renoncer à l'application de la clause de non-concurrence.

### **b. Créancier de l'obligation de non-concurrence et renonciation**

1433. – **Renonciation du créancier ?** La clause de non-concurrence post-contratuelle est stipulée *ab initio*, lors de la conclusion du contrat principal entre les parties. Elle anticipe dès lors sur la cessation de la relation contractuelle. La question s'est posée de la renonciation du créancier au bénéfice de la clause.

1434. – **Libre renonciation de l'employeur ?** La difficulté de la renonciation a posteriori est apparue en matière de droit du travail, le salarié ayant un intérêt à l'application de la clause de non-concurrence du fait de l'existence d'une contrepartie financière.

Afin de pouvoir renoncer librement à l'application de la clause de non-concurrence, il convient pour l'employeur d'en prévoir la possibilité *ab initio* dans la clause de non-concurrence<sup>156</sup> à moins que la convention collective n'en prévoie la possibilité<sup>157</sup>. Le rédacteur de contrat devra donc prévoir la possibilité pour l'employeur de renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence, et ce sans justification. Il devra également en préciser les modalités. Dans le silence des parties quant aux modalités de renonciation, la jurisprudence impose le respect d'un délai de prévenance raisonnable<sup>158</sup>. À défaut de telles prévisions, l'employeur devra recueillir l'accord du salarié pour renoncer au jeu de la clause de non-concurrence. Il s'agit alors d'une cessation de l'obligation par *mutuus dissensus*.

1435. – **Extension de la jurisprudence.** Cette jurisprudence s'étend aux autres branches du droit bien que l'intérêt du créancier de renoncer à une clause de non-concurrence soit une question plus théorique que pratique en l'absence de contrepartie financière à verser.

En matière de droit des sociétés, si l'engagement de non-concurrence doit être consenti à l'unanimité des associés, sa suppression peut être décidée à la majorité de ceux-ci. Il a ainsi été décidé qu'il n'y avait pas d'abus de majorité lorsque la minorité s'opposait à une telle suppression qui ne portait pas atteinte aux intérêts de la société<sup>159</sup>.

1436. – **Mise en œuvre de la renonciation.** La renonciation du créancier de l'obligation de non-concurrence doit être expresse et non équivoque<sup>160</sup>. Elle doit intervenir nécessairement avant l'acquisition du droit par le salarié à la contrepartie financière. L'employeur devra notifier son inten-

<sup>156</sup> Cass. soc. 17 fév. 1993 n°89-43.958 Bull. n°57 : « le contrat de travail ne prévoyait aucune possibilité de renonciation à la clause de non-concurrence ; que, d'autre part, cette clause était instituée, non seulement dans l'intérêt de l'employeur, mais également dans celui du salarié qui, d'après les énonciations du jugement attaqué, recevait, en application du contrat, une contrepartie financière ; que c'est donc à bon droit que le conseil de prud'hommes a décidé que l'employeur ne pouvait renoncer unilatéralement à l'exécution de la clause ».

<sup>157</sup> Cass. soc. 13 janv. 1998 n°95-41.629 Bull. n°10.

<sup>158</sup> Cass. soc. 31 janv. 2007 n°04-47.842 Bull. n°18 ; Cass. soc. 13 juin 2007 n°04-42.740 Bull. n°98.

<sup>159</sup> CA Basse Terre, 1<sup>ère</sup> ch. 29 janv. 2007 Centre de Biologie Médicale de Grande Terre c/ Garnier, D. sociétés n°1 2008 comm. 14 obs. J. Monnet.

<sup>160</sup> Cass. soc. 13 oct. 1988 n°85-43.261 Bull. n°493 : « la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer et que, d'autre part, l'indemnité compensatrice de l'interdiction de concurrence se trouve acquise, dès lors que l'employeur n'a pas renoncé au bénéfice de celle-ci dans le délai conventionnel ».

tion de renoncer ou de demander l'exécution de la clause dans les délais prévus par la clause ou à défaut lors de l'entretien préalable de licenciement et notifier sa décision dans la lettre de licenciement. Une notification individuelle à chaque salarié est nécessaire, la simple mention par un plan de licenciement collectif étant insuffisante<sup>161</sup>.

Il est précisé que si l'employeur renonce au bénéfice de la clause de non-concurrence envers ce salarié, il n'en reste pas moins possible d'agir le cas échéant en concurrence déloyale contre le nouvel employeur<sup>162</sup>.

1437. – **Rédaction.** Le rédacteur de contrat devra prévoir le cas échéant la possibilité de renoncer et les modalités de renonciation au bénéfice du créancier de l'obligation.

#### ■ Exemple :

*« Le [créancier de l'obligation de non-concurrence] se réserve la possibilité de renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence sans justification. Il devra alors le notifier au [débiteur de l'obligation de non-concurrence] par lettre recommandée avec accusé de réception lors de la rupture de la relation contractuelle ou au plus tard, dans les [15] jours de la cessation de la relation contractuelle. »*

1438. – **Décès du salarié.** Outre la renonciation de l'employeur à solliciter l'exécution de l'obligation de non-concurrence, le décès du salarié qui met un terme au contrat de travail a pour conséquence de dispenser l'employeur du paiement de la contrepartie financière<sup>163</sup>. L'obligation n'étant pas de fait exécutée, aucune contrepartie n'est due.

Cette solution apparaît équitable pour l'employeur. À la lecture de cette jurisprudence, en cas de décès pendant l'exécution de l'obligation de non-concurrence, la contrepartie financière resterait acquise au salarié sauf à prévoir une indemnité forfaitaire mensuelle et non globale.

1439. – Il apparaît donc que les parties ne peuvent pas échapper facilement à l'application de la clause de non-concurrence une fois consentie. La clause de non-concurrence est un engagement personnel qui tient compte de la relation contractuelle passée entre les parties. La question de sa transmissibilité ne va pas de soi que ce soit d'un créancier au profit d'un tiers, mais surtout d'un débiteur au profit d'un tiers.

## 2. Transmissibilité de la clause de non-concurrence

1440. – La clause de non-concurrence lie les parties qui l'ont consentie en vertu de l'effet relatif des conventions. La question de sa transmissibilité s'est posée concernant les sous-acquéreurs de fonds de commerce.

1441. – **Transmissibilité active.** Prolongement de la garantie d'éviction, la jurisprudence a admis que le sous-acquéreur puisse se prévaloir d'une clause de non-concurrence à l'égard du vendeur du

<sup>161</sup> Cass. soc. 23 sept. 2008 n°07-41.649 et n°07-41.650 ; Cass. soc. 21 oct. 2009 n°08-40.828 Bull. n°228.

<sup>162</sup> Cass. com. 21 oct. 2008 n°07-15.905, G. Blanc-Jouvan, « L'expiration d'une clause de non-concurrence ne constitue pas un obstacle à une action en concurrence déloyale contre le nouvel employeur », *JCP S* 2009 n°11 p. 33.

<sup>163</sup> Cass. soc. 29 oct. 2008 n°07-43.093, *JCP S* 2008 n°46 act. 574 : « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; il en résulte qu'elle n'est pas due en cas de rupture du contrat de travail par suite du décès du salarié. ».

fonds de commerce, le droit personnel du premier acquéreur étant considéré comme transmis avec le fonds de commerce revendu<sup>164</sup>.

Cette solution a été naturellement étendue en matière de cession de clientèle civile<sup>165</sup> : « *la clause de non-concurrence souscrite par un membre d'une profession libérale au profit d'un confrère à l'occasion de la cession des éléments constitutifs de son cabinet, doit être, sauf clause contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le cessionnaire lorsqu'il vient, à son tour, à procéder à la même opération au profit d'un tiers* ».

Aujourd'hui, il s'agit d'une solution de principe admise notamment en matière d'apport en société<sup>166</sup>, ou de plan de cession<sup>167</sup>.

1442. – **Critiques.** Critiquée par la doctrine sur le fondement de l'effet relatif des conventions<sup>168</sup>, cette transmission active est aujourd'hui bien établie en jurisprudence.

Cette solution n'est pourtant pas évidente, les créances et les dettes n'étant pas des éléments du fonds de commerce. Or, l'obligation de non-concurrence est bien une créance. La transmission active de la clause de non-concurrence s'analyse dès lors en une cession de créance. La jurisprudence devrait dès alors appliquer la législation applicable à une telle cession notamment au regard des obligations de notification au débiteur de l'obligation dans les formes légalement prévues, c'est-à-dire par voie d'huissier. Or, un tel formalisme n'est pas exigé par la jurisprudence qui fait fi des dispositions de l'article 1690 du Code civil. Cette solution jurisprudentielle est contestable au regard de son ignorance de la qualification de la transmission. La transmission active de la clause de non-concurrence devrait être soumise au formalisme de droit commun de la cession de créance.

1443. – **Rédaction.** Le rédacteur de la clause de non-concurrence a intérêt à prévoir expressément si la transmissibilité active est possible ou non afin d'éviter toute contestation ultérieure et d'en prévoir les modalités de notification le cas échéant.

#### ■ Exemple :

« *Le [créancier de l'obligation de non-concurrence] pourra transmettre le bénéfice de l'obligation de non-concurrence à [décrire les bénéficiaires]. Dans ce cas, le [créancier de l'obligation de non-concurrence] devra le notifier au [débiteur de l'obligation de non-concurrence] par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai de [15] jours à compter de la transmission du droit.* »

1444. – **Transmissibilité passive ?** À la différence, en principe la transmissibilité passive est exclue par la jurisprudence. Le débiteur de l'obligation ne peut pas transmettre la clause de non-concurrence à d'autres débiteurs qui n'auraient pas accepté expressément un tel engagement restrictif de liberté.

<sup>164</sup> Cass. com. 30 mai 1962 Bull. n°290 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> avril 1997 n°95-12.025 Bull. n°89.

<sup>165</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 déc. 1996 n°95-10.913.

<sup>166</sup> Cass. com. 12 juill. 1976 n°75-10.184.

<sup>167</sup> Cass. soc. 6 déc. 1994 n°91-42.173.

<sup>168</sup> Y. Serra, « L'obligation de non-concurrence », *S.* 1970 p. 144 ; *Droit Économique*, Lamy 2011 Partie 2 Titre 7 n°2545.

1445. – **Ayants cause à titre particulier.** La question s'est posée plus particulièrement concernant les ayants cause à titre particulier<sup>169</sup>. La Haute Juridiction a validé la transmissibilité passive de la clause de non-concurrence au profit des ayants cause à titre particulier, et ce depuis le 19<sup>ème</sup> siècle<sup>170</sup>. Dans un premier temps, le fondement d'une telle solution divergeait selon les chambres de la Cour de cassation.

1446. – **Chambre commerciale.** La chambre commerciale de la Cour de cassation valide expressément la qualification de la clause de non-concurrence en servitude conventionnelle<sup>171</sup> d'un fonds envers un autre fonds<sup>172</sup>. Ainsi, la Cour de cassation<sup>173</sup> affirme : « *l'interdiction faite à l'acquéreur d'un fonds de l'affecter à un usage déterminé peut revêtir le caractère d'une servitude établie par le fait de l'homme attachée au fonds dans l'intérêt d'un autre fonds et est valable pourvu que ce service n'ait rien de contraire à l'ordre public et attendu qu'une convention restreignant sans limitation de temps l'exercice d'une activité commerciale définie est licite si elle est restreinte à un lieu déterminé* ». La chambre commerciale de la Cour de cassation non seulement valide ce mécanisme, mais encore assouplit les conditions de validité de la clause de non-concurrence en n'exigeant plus de limitation dans le temps<sup>174</sup>. Elle accepte donc le principe de perpétuité de l'obligation de non-concurrence.

1447. – **Troisième chambre civile.** À l'inverse, la troisième chambre civile de la Cour de cassation considère que la clause de non-concurrence fait naître un droit personnel et non un droit réel<sup>175</sup>. Elle invalide les droits perpétuels comme non limités dans le temps<sup>176</sup>.

1448. – **Harmonisation.** Depuis lors, les chambres se sont accordées. Aujourd'hui, il est admis par les différentes chambres de la Cour de cassation que la clause de non-concurrence crée une servitude dans le cadre de la transmission passive de la clause de non-concurrence envers les ayants cause à titre particulier : « *l'interdiction faite à l'acquéreur d'un fonds de l'affecter à un usage déterminé peut constituer une charge pour un héritage au profit d'un autre et revêtir ainsi le caractère d'une servitude du fait de l'homme* »<sup>177</sup>.

<sup>169</sup> Cass. com. 18 juill. 1989 n°87-18.023.

<sup>170</sup> Cass. req. 18 mai 1868, *DP* 1869 1 p. 366 ; *S.* 1868 1 p. 246.

<sup>171</sup> Art. 686 C. civ.

<sup>172</sup> Cass. com. 15 juill. 1987 Bull. n°184 ; *D.* 1988 Som. p. 177 obs. Y. Serra ; *D.* 1988 Jur. p. 360 note C. Atias et C. Mouly ; *RTD civ.* 1989 p. 351 obs. F. Zénati.

<sup>173</sup> Cass. com. 15 juill. 1987 n°86-11.272 Bull. n°184 ; *JCP G* 1987 IV p. 331 ; *D.* 1988 som. p. 177 obs. Y. Serra.

<sup>174</sup> Cass. com. 15 juill. 1987 n°86-11.272 Bull. n°184 ; *D.* 1988 som. p. 177 obs. Y. Serra ; *D.* 1988, jur. p. 360 note Ch. Atias et Ch. Mouly ; *RD imm.* 1988 p. 81 obs. J.-L. Bergel ; *RTD civ.* 1989 p. 351 obs. F. Zénati ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n°91-11.690 Bull. n°45 ; *JCP N* 1994 II p. 94 note J.-G. Raffray ; *JCP E* 1994 I n°313 n°14 obs. J. Raynard ; *Defrénois* 1993 art. 35578 p. 771 obs. Defrénois-Souleau ; *RTD civ.* 1993 p. 853 obs. F. Zénati ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 juill. 2001 n°99-14.784 Bull. n°94 ; *D.* 2002 p. 433 note R. Libchaber, *RTD civ.* 2002 p. 125 obs. T. Revet.

<sup>175</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mars 1987 n°85-16.171 et 85-16.265 Bull. n°59 ; CA Paris 7 juill. 1989 ; *D.* 1990 Som. p. 77, obs. Y. Serra.

<sup>176</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mars 1987 n°85-16.171 et 85-16.265 Bull. n°59 ; *D.* 1988 Som. p. 177 obs. Y. Serra.

<sup>177</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n°91-11.690 Bull. n°45 ; *RTD civ.* 1993 p. 853 obs. F. Zénati ; *D.* 1993 Som. p. 306 obs. J. Robert.

1449.– **Critique.** La jurisprudence utilise, ici, la notion de servitude du fait de l'homme pour permettre une transmissibilité passive de l'obligation de non-concurrence et lui assurer ainsi une pleine efficacité. Cette analyse a été approuvée par une partie de la doctrine<sup>178</sup>.

Pourtant, une telle qualification de servitude est contestable. En effet, la notion de servitude est intimement liée à celle de fonds. La servitude se définit comme une « charge établie sur un immeuble pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. Démembrement de la propriété de l'immeuble qu'elle grève (fonds servant), elle est un droit accessoire de la propriété du fonds auquel elle profite (fonds dominant) »<sup>179</sup>. Plus précisément la servitude du fait de l'homme se définit comme : une « servitude dérivant de la volonté de l'homme exprimée par un contrat, un testament, une possession prolongée ou la destination du père de famille »<sup>180</sup>.

La servitude doit profiter au fonds et non à une personne, au propriétaire du fonds et non à l'exploitant<sup>181</sup>. Or, il apparaît purement théorique de considérer que l'obligation de non-concurrence profite au seul fonds. Il faut à la fois un fond servant et un fond dominant, il s'agit d'un cas très exceptionnel qui relève plus d'un cas d'école que d'une situation concrète.

1450.– **Clause de concurrence et théorie de l'accessoire.** La clause de non-concurrence ne saurait être considérée en dehors du contexte économique qui la motive. Elle est bien un droit personnel. « Puisque, en l'absence d'activité professionnelle localisée sur le fonds, le service de non-concurrence ne présente pas d'utilité pour celui-ci, il n'est jamais l'expression d'un lien nécessaire entre deux fonds objectivement considérés, et la servitude qui l'établit doit être frappée de nullité. »<sup>182</sup> Il est regrettable que la Cour de cassation puisse qualifier la clause de non-concurrence de droit réel<sup>183</sup>. Fondamentalement, cette clause fait naître un droit personnel<sup>184</sup>.

Il est préférable de fonder la transmissibilité passive de la clause de non-concurrence aux ayants cause à titre particulier sur la théorie de l'accessoire, le droit personnel suivant le fonds par contrat<sup>185</sup> et d'imposer à cette obligation de non-concurrence l'ensemble des conditions de validités élaborées par la jurisprudence.

Il apparaît que la condition de validité de l'intérêt légitime du créancier ne serait plus remplie en cas de transmissibilité passive de l'obligation de non-concurrence : bien souvent, il existe un échange intuitu personae entre les parties qui justifie la restriction portée aux libertés individuelles. Les ayants cause universels ou à titre universel n'ont aucun lien avec le créancier, et ne sauraient à ce titre lui causer une concurrence déloyale.

<sup>178</sup> C. Atias et C. Mouly, note sous Cass. com. 15 juill. 1987 n°86-11.272 Bull. n°184 ; *RTD civ.* 1989 p. 351 ; F. Zénati, *RTD civ.* 1993 p. 853 et *RTD civ.* 1999 p. 659 ; Contra E. Moreau, « La « servitude de non-concurrence », étude critique », *D.* 1994 Chron. p. 331.

<sup>179</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>180</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>181</sup> J.-F. Astruc, « La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier », *D.* 2002 p. 908.

<sup>182</sup> J.-F. Astruc, « La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier », *D.* 2002 p. 908.

<sup>183</sup> Droit réel : « droit qui porte directement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>184</sup> Droit personnel : « relatif à un droit de créance, à une obligation, caractérise le droit pour le créancier d'exiger du débiteur (*jus ad personam*) l'exécution de son engagement », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF 9<sup>ème</sup> éd. 2011.

<sup>185</sup> W. Dross, « La perpétuité des droits réels sui generis », *JCP G* 2012 n°36 930.



1451.– **Conclusion.** L'application de la clause de non-concurrence aux parties se révèle d'une grande efficacité du fait des sanctions en cas d'inexécution de la clause de non-concurrence. Le créancier de l'obligation de non-concurrence pourra solliciter soit l'exécution forcée, soit demander l'indemnisation de son préjudice.

### ***B. La sanction de l'inexécution de l'obligation de non-concurrence***

1452.– **Responsabilité contractuelle.** Le contentieux de l'exécution des obligations post-contractuelles, bien qu'étant postérieur au contrat, relève du régime de la responsabilité contractuelle. En effet, ces obligations sont nées d'un contrat bien qu'elles lui survivent<sup>186</sup>.

Le nouvel employeur qui embauche un salarié tenu par une clause de non-concurrence en connaissance de cause engage sa responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale en raison du débauchage<sup>187</sup> ou sa responsabilité contractuelle en cas de clause de non-sollicitation.

Du fait de la violation de la clause de non-concurrence, le créancier peut demander l'exécution forcée (1) et l'indemnisation de son préjudice (2). L'inexécution de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle ne semble pouvoir donner lieu à la résolution que si les parties ont prévu une contrepartie financière. À défaut, la sanction n'apparaît pas adaptée, le créancier n'ayant aucun intérêt à libérer le débiteur de son obligation de ne pas le concurrencer.

#### ***1. L'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence***

1453.– Admission de l'exécution forcée. Le créancier victime de l'inexécution de l'obligation de non-concurrence peut demander judiciairement l'exécution forcée. La jurisprudence se fonde sur les articles 1142 et 1143 du Code civil pour admettre l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence.

Selon l'article 1142 du Code civil, l'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts et non par l'exécution forcée. Ce fondement jurisprudentiel est donc contestable. La jurisprudence adopte là encore une position opportuniste forçant les dispositions légales.

1454.– **Illustrations.** En vertu de cette jurisprudence, le créancier de l'obligation de non-concurrence peut demander au juge la fermeture sous astreinte du fonds de commerce ouvert en contradiction avec la clause de non-concurrence<sup>188</sup>. Il a ainsi été décidé « *qu'en sollicitant le prononcé d'une mesure visant à interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris par la société Michel Lafon en méconnaissance de ses engagements, la société LGF n'avait fait qu'user de la faculté reconnue à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible, de sorte que le prononcé d'une telle mesure, en ce qu'elle tendait à l'exécution forcée de la convention, relevait des pouvoirs du juge du fond, la cour d'appel a violé par fausse application l'article 1142 du code civil et par refus d'application les autres textes* »<sup>189</sup>. L'exécution forcée a pour objectif de permettre au créancier de l'obligation de non-concurrence d'obtenir le respect de l'obligation pour l'avenir.

<sup>186</sup> G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *Traité de droit civil* sous la direction de J. Ghestin, 2<sup>ème</sup> éd. 1995, n°196.

<sup>187</sup> Art. L. 1237-3 C. trav. ou art. 1382 C. civ.

<sup>188</sup> Cass. civ. 21 fév. 1862, *DP* 1862 1 185 ; Cass. com. 26 oct. 1993 n°91-21.044.

<sup>189</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 janv. 2007 n°06.13.983 Bull. n°19.



1455. – **Absence de nécessité d'une stipulation contractuelle.** La question s'est posée de savoir si la clause de non-concurrence devait stipuler la possibilité de demander l'exécution forcée. Notamment, lorsque la clause de non-concurrence stipule l'octroi de dommages et intérêts en cas de violation de la clause de non-concurrence, mais non l'exécution forcée, devait-on considérer que cette dernière sanction pouvait être demandée en justice ?

Les juges du fond ont décidé que la clause de non-concurrence n'avait pas à prévoir la possibilité d'en solliciter l'exécution forcée<sup>190</sup> : « *la stipulation de dommages et intérêts en cas de non-respect de l'interdiction de réinstallation ne fait donc pas obstacle à ce que le créancier de l'obligation poursuive l'exécution de la convention, nonobstant l'absence de disposition contractuelle l'y autorisant expressément* ». Cette solution garantit l'efficacité des clauses de non-concurrence dont le non-respect est soumis au droit commun de l'inexécution. Dès lors que cette clause est valablement stipulée et consentie, les parties y sont tenues dans les mêmes conditions que toutes autres obligations. Il n'y a pas lieu de préciser tout le panel légal des sanctions qui s'offrent en cas d'inexécution fautive. « *Il est refusé de considérer que le droit à l'exécution forcée d'une obligation de non-concurrence puisse être subordonné à l'existence d'une stipulation contractuelle en ce sens* »<sup>191</sup>.

1456. – **Rédaction.** Pour autant, rien n'interdit au rédacteur de la clause de non-concurrence de le rappeler. Il peut même être opportun de mentionner la possibilité de demander une astreinte en cas d'inexécution.

#### ■ Exemple :

*« En cas de violation de l'obligation de non-concurrence, [le créancier de l'obligation de non-concurrence] pourra agir en justice en exécution forcée, en indemnisation de son préjudice et faire ordonner sous astreinte la cessation de l'activité concurrentielle. »*

Outre l'exécution forcée, le créancier de l'obligation victime de l'inexécution peut solliciter l'indemnisation de son préjudice causée par la concurrence interdite du débiteur.

## ***2. L'indemnisation du préjudice en cas d'inexécution de l'obligation de non-concurrence***

1457. – **Indemnisations croisées.** Le débiteur de l'obligation de non-concurrence engage sa responsabilité contractuelle en n'exécutant pas son obligation. Le créancier pourra obtenir la réparation intégrale de son préjudice (a). À l'inverse, le débiteur de l'obligation de non-concurrence a pu également rechercher la responsabilité du créancier de l'obligation en cas de renonciation à la clause de non-concurrence (b).

### **a. Indemnisation du préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence**

1458. – **Obligation de résultat et existence du préjudice.** La clause de non-concurrence impose une obligation de ne pas faire qui, lorsqu'elle n'est pas respectée, ouvre droit à la réparation du préjudice subi sur le principe du droit commun de la responsabilité contractuelle.

<sup>190</sup> C.A. Bordeaux 11 déc. 2007 SELARL des Docteurs Giraudeau et Paricio c/ D'Agata.

<sup>191</sup> M.-L. Coquelet, « Proportionnalité et exécution forcée de l'obligation contractuelle de non-concurrence », *D. sociétés* n°6 juin 2008 comm. 115.

Il appartient alors au créancier de prouver l'existence de son préjudice en lien causal avec la concurrence interdite qu'il subit et d'en évaluer le montant<sup>192</sup>.

L'obligation de non-concurrence est une obligation de résultat. La simple constatation de l'inexécution contractuelle ouvre droit à réparation, un préjudice résultant nécessairement de cette inexécution<sup>193</sup>.

1459. – **Postes d'indemnisation.** La jurisprudence indemnise les différents postes de préjudice, dont le préjudice moral<sup>194</sup>, sous réserve d'en justifier le *quantum*. Cependant, le seul constat de l'inexécution suffit à ouvrir droit à indemnisation même en l'absence de préjudices commercial ou moral. Une partie de la doctrine dénonce une telle indemnisation considérant qu'il s'agit de dommages et intérêts punitifs déguisés<sup>195</sup>. La Cour de cassation<sup>196</sup> ne se détache pas du droit commun de la responsabilité, mais bien au contraire considère qu'un préjudice résulte nécessairement de la violation de l'obligation de non-concurrence.

Il convient d'approuver une telle jurisprudence qui préserve l'efficacité de l'obligation de non-concurrence. L'inexécution d'une telle obligation de résultat ne peut rester sans sanction. Il ne s'agit pas de punition, mais de la nature même de l'obligation de non-concurrence, obligation de résultat. Il appartient dès lors au débiteur de l'obligation de non-concurrence de prouver une cause exonératoire de responsabilité<sup>197</sup>.

1460. – **Période à indemniser.** L'indemnisation demandée peut l'être pour la période d'inexécution passée. Elle peut l'être pour la période restant à courir par la clause de non-concurrence dès lors que le créancier de l'obligation de non-concurrence ne demande pas l'exécution forcée.

Outre la responsabilité du débiteur de l'obligation de non-concurrence, il arrive que ce soit le créancier de l'obligation de non-concurrence qui voit sa responsabilité engagée.

## **b. L'existence d'un préjudice subi par le débiteur de l'obligation de non-concurrence ?**

1461. – Le débiteur de l'obligation non salarié, faute de pouvoir obtenir une contrepartie financière, a cherché satisfaction dans l'action indemnitaire.

1462. – **Indemnisation de perte de clientèle.** Confrontée au refus de la jurisprudence d'ériger l'existence d'une contrepartie financière en condition de validité de la clause de non-concurrence, le débiteur de l'obligation de non-concurrence a tenté d'obtenir une indemnisation de son préjudice.

<sup>192</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 26 fév. 2002 n°99-19.053 Bull. n°68.

<sup>193</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 10 mai 2005 n°02-15.910 Bull. n°201 : « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages intérêts par le seul fait de la contravention* » ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 mai 2007 n°05-19.978 Bull. n°212.

<sup>194</sup> Cass. com. 15 mai 2012 n°11-10.278 Bull. n°NC.

<sup>195</sup> V. Wester-Ouisse, « Préjudice moral des personnes morales : « quand la perversion de la cité commence par la fraude des mots » », *JCP G* 2012 1012 n°39.

<sup>196</sup> Cass. com. 9 oct. 2001 n° 99-16.512 ; *RTD civ.* 2002 p. 304 obs. P. Jourdain ; M. Fabre-Magnan, *Droit civil, Les obligations*, PUF 2005 n° 225.

<sup>197</sup> Le cas de la force majeure semble théorique. La faute du créancier de l'obligation de non-concurrence paraît une cause exonératoire de responsabilité efficace.

Dans un premier arrêt, la Cour de cassation avait admis que la contrepartie financière due à un salarié représentant de commerce se cumulait avec l'indemnité de perte de clientèle en raison de la différence de nature de ces deux créances<sup>198</sup>.

Dans le même sens concernant un franchisé privé de contrepartie financière, la Cour de cassation a rendu un curieux arrêt non publié<sup>199</sup> octroyant une indemnité pour perte de clientèle au profit du franchisé au visa de l'article 1371 du Code civil, article concernant les quasi-contrats<sup>200</sup>.

Par cet arrêt, la Haute Juridiction affirme : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

La Cour de cassation ne constate pas l'enrichissement corrélatif du franchiseur lié à la perte de clientèle du franchisé, étant précisé que la nature de la clientèle propre dudit franchisé n'est pas établie<sup>201</sup>. Cet arrêt parle de responsabilité contractuelle et non de quasi-contrats.

1463.– **Critique.** Cette décision apparaît prise en opportunité, mais semble mal fondée juridiquement. Elle illustre l'ambivalence de la Cour de cassation face à la clause de non-concurrence, à la recherche d'un équilibre entre la protection du créancier de l'obligation de non-concurrence et la préservation de la liberté d'entreprendre et de travailler du débiteur de l'obligation de non-concurrence.

En l'espèce, l'indemnité pour perte de clientèle ne rentre pas dans le domaine de la clause de non-concurrence qui protège le créancier de l'obligation de non-concurrence d'un avantage concurrentiel indu qu'aurait le débiteur de l'obligation de non-concurrence du fait des relations contractuelles passées.

Dès lors que la clause est valable, constater un « préjudice » du seul fait de la stipulation de cette clause revient à imposer une contrepartie financière qui ne porte pas son nom.

1464.– **Fondement.** Le fondement de l'arrêt au visa des quasi-contrats surprend. L'exécution d'une obligation, fut-elle post-contractuelle, est contractuelle. Elle est fondée par le contrat qui la contient, même si celui-ci a cessé entre les parties. Il subsiste un lien entre les anciens partenaires par la force obligatoire. Là encore, l'absence de théorisation de l'après-contrat est notable.

Cet arrêt non publié reste cependant isolé et de portée plus qu'incertaine. La solution n'est donc pas établie. Mais elle laisse espérer les défenseurs du franchisé, considéré en position de faiblesse de façon comparable au salarié.

<sup>198</sup> Cass. soc. 6 juin 1990 n°87-44.104 Bull. n°271 : « *la cour d'appel a à bon droit décidé que l'indemnité de clientèle, qui a pour objet de réparer le préjudice causé au représentant par la perte de la clientèle qu'il avait créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur, pouvait se cumuler avec la contrepartie de la clause de non-concurrence destinée à compenser le dommage résultant, après l'expiration des relations de travail, de la restriction apportée à l'activité du salarié, et qui répare un préjudice différent* ».

<sup>199</sup> Cass. com. 9 oct. 2007 n°05-14.118 Inédit, Ph. Stoffel-Munck, « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », *Comm. Comm. élec.* n°2008 comm. 42 ; N. Dissaux, « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », *JCP E* n°1 2008 1020.

<sup>200</sup> Art. 1371 C. civ. : « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.* ».

<sup>201</sup> Ph. Stoffel-Munck, « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », *Comm. Comm. élec.* n° 2008 comm. 42.

1465. – **Indemnisation pour la nullité de la clause de non-concurrence.** Par ailleurs, le salarié peut agir en indemnisation à l'encontre de son ancien employeur du fait de la nullité de la clause de non-concurrence et alors même qu'il n'aura pas à exécuter l'obligation de non-concurrence. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>202</sup> estime que la nullité de la clause de non-concurrence cause nécessairement un préjudice au salarié. Cette solution semble pouvoir être étendue aux autres branches du droit. En effet, elle ne fait que reprendre le droit commun de la nullité. Cette jurisprudence est à approuver dès lors que l'indemnisation n'est pas automatique, mais repose bien sur la preuve d'un préjudice en lien de causalité avec la faute. Il y a lieu d'appliquer le régime de responsabilité de droit commun : sans préjudice pas d'indemnisation. La seule nullité d'une clause de non-concurrence ne saurait causer en elle-même un préjudice indemnisable au profit du débiteur de l'obligation. La jurisprudence doit veiller à ne pas se montrer trop favorable au salarié afin de ne pas ouvrir la porte à la mauvaise foi de celui-ci. Il en ressort que la responsabilité du créancier de l'obligation de non-concurrence pour le préjudice que subit le débiteur de l'obligation du fait de l'existence de la clause reste isolée. La clause de non-concurrence apparaît comme une clause efficace dont l'inexécution engage la responsabilité contractuelle du débiteur.

### ÉLÉMENTS RÉDACTIONNELS

**Conseils de rédaction.** La rédaction d'une clause de non-concurrence nécessite le plus grand soin et une véritable adaptation à la situation des parties. Les modèles ne sont que des trames à adapter.

En matière de cession de clientèle, W. Dross<sup>203</sup> a proposé un modèle de clause, tandis qu'en matière de droit du travail, D. Jourdan<sup>204</sup> a proposé un autre modèle.

<sup>202</sup> Cass. soc. 30 mars 2011 n°09-70.306.

<sup>203</sup> W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec 2011, V° Non-concurrence : « *Le vendeur s'interdit d'exploiter, soit directement, soit indirectement, notamment par personne interposée, sous forme individuelle ou sociale, tout fonds de commerce ayant une activité similaire à celui cédé. Il s'interdit de même de se faire embaucher en qualité de salarié dans ce secteur d'activité. Toute participation autre que purement financière à une société exploitant un fonds de commerce de même nature est pareillement interdite.*

*La présente interdiction lie le vendeur pour une durée de ..... années, et uniquement dans le secteur géographique constitué par la commune de ..... et les communes limitrophes. ».*

<sup>204</sup> D. Jourdan, « Rédaction d'une clause de non-concurrence », *JCP S* 2006 n°48, 1943 : « *Compte tenu des fonctions de M. .... (des spécificités techniques mises en œuvre dans l'entreprise, du marché très concurrentiel sur lequel intervient l'entreprise, ..... ) il est convenu qu'en cas de rupture du présent contrat pour quelque cause et à quelque époque que ce soit (ou, au-delà de la période d'essai), M. .... s'interdira de s'intéresser à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, à toute activité de ..... dans le(s) secteur(s) d'activité de la société.*

*Cette interdiction est limitée à la durée de ..... an(s) à compter de la date de rupture définitive du contrat et au secteur géographique suivant : .....*

*En contrepartie de cette obligation de non-concurrence, M. .... percevra*

*Soit : la contrepartie dans les conditions prévues par la convention collective ;*

*Soit : à la date de rupture du contrat de travail, une indemnité forfaitaire brute d'un montant correspondant à ..... fois le salaire moyen brut des trois derniers mois ;*

*Soit : à compter de la date de rupture du contrat de travail et pendant la durée d'application de la clause, une*

Le modèle suivant peut être encore adapté aux différentes situations juridiques :

### ■ Clause de non-concurrence avec contrepartie financière :

« 1. Après la cessation de la relation contractuelle et pendant une durée de 6 mois / 2 ans à compter de la notification de la rupture de ladite relation, le débiteur de l'obligation de non-concurrence s'engage envers le créancier de l'obligation de non-concurrence directement ou indirectement seul, ou en association avec des tiers, pour son compte en qualité d'actionnaire, d'associé, de dirigeant, mandataire social, salarié, conseil ou prestataire, à :

- ne pas exercer une activité concurrente, connexe ou similaire à celle du créancier de l'obligation de non-concurrence ;
- ne pas accepter une quelconque fonction de direction ou prendre une participation dans une société dont l'activité, ou l'activité du groupe auquel elle appartient est similaire ou connexe à celle exercée par le créancier de l'obligation de non-concurrence.

Compte tenu du secteur géographique du présent accord, cette interdiction est valable sur les territoires suivants [à compléter].

Cette obligation est justifiée au regard de la relation contractuelle [à préciser].

2. Le créancier de l'obligation de non-concurrence se réserve la possibilité de renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence sans justification.

Il devra alors le notifier au débiteur de l'obligation de non-concurrence par lettre recommandée avec accusé de réception lors de la rupture de la relation contractuelle ou au plus tard, dans les 15 jours de la cessation de la relation contractuelle.

3. Le créancier de l'obligation de non-concurrence pourra transmettre le bénéfice de l'obligation de non-concurrence à [décrire les bénéficiaires].

Dans ce cas, le créancier de l'obligation de non-concurrence devra le notifier au débiteur de l'obligation de non-concurrence par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai de 15 jours à compter de la transmission du droit.

4. En contrepartie, le débiteur de l'obligation de non-concurrence percevra mensuellement une indemnité forfaitaire d'un montant de xxx euros.

[préciser les modalités de calcul].

En cas de non-respect de l'obligation de non-concurrence, le créancier de l'obligation de non-concurrence cessera de verser la contrepartie financière et pourra agir en justice en exécution forcée, en indemnisation de son préjudice et faire ordonner sous astreinte la cessation de l'activité concurrentielle. »

---

indemnité mensuelle brute d'un montant égale ..... % du salaire moyen brut des trois derniers mois.

Éventuellement :

Ce montant sera réduit de moitié (par exemple) en cas de rupture du contrat de travail consécutive à une démission.

L'entreprise se réserve le droit de libérer M. .... de son obligation de non-concurrence sans que celui-ci puisse prétendre au paiement d'une quelconque indemnité ; notification sera alors faite par lettre recommandée avec AR, dans les ..... jours de la notification de la rupture, quel qu'en soit l'auteur.

Éventuellement

En cas de violation de cette interdiction, M. .... s'exposera au paiement, par infraction constatée d'une indemnité forfaitaire égale à la rémunération de ses ..... derniers mois d'activité sans préjudice du droit pour la société de faire cesser ladite violation par tout moyen et de demander réparation de l'entier préjudice subi. »

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2 DE LA PARTIE 3

1466.– **Une clause indispensable.** La clause de non-concurrence s'est imposée dans le paysage juridique comme un mécanisme indispensable à toute relation contractuelle :

- qu'elle concerne un échange instantané tel que la cession d'action, la cession de fonds de commerce ou de clientèle, ou encore le contrat d'apport ;
- ou qu'elle se fonde sur la durée comme c'est le cas pour les contrats de distribution, les contrats de travail, de partenariat, ou encore les pactes d'actionnaires

Forme d'interdiction de concurrence, la clause de non-concurrence vient restreindre la liberté du commerce et de l'industrie. Clause encadrée par le droit communautaire, le législateur a abandonné son pouvoir de réglementation aux magistrats qui ont élaboré un véritable régime de la clause de non-concurrence. Celle-ci obéit à de strictes conditions de validité obligeant le rédacteur de la clause à la plus grande rigueur. L'efficacité de la clause de non-concurrence est assurée par la jurisprudence qui n'hésite pas à constater la responsabilité du débiteur de l'obligation de non-concurrence qui s'est inexécuté.

1467.– **Conflit de libertés fondamentales.** Tout le régime mis en place par la jurisprudence traduit le conflit qui existe entre la liberté d'entreprendre et de travailler d'une part et la nécessité de protéger le créancier de l'obligation contre une concurrence faussée en raison de l'existence d'un passé contractuel d'autre part.



## CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 3

« *De leurs ennemis, les sages apprennent bien des choses.* »

*Aristophane*, Les Oiseaux, (414) avant J.-C.

1468. – **Outils de protection.** La mort du contrat n'est pas la mort de la relation. Les anciens partenaires restent liés par une connaissance mutuelle qui rompt l'égalité sur le marché. Les deux principaux outils à la disposition des parties sont : la clause de confidentialité d'une part et la clause de non-concurrence d'autre part.

Ces deux clauses sont complémentaires : ainsi, l'ancien partenaire ne pourra pas tirer parti des informations qu'il détient soit en les divulguant soit en les exploitant.

La reconnaissance d'un bien informationnel permettrait de donner une portée nouvelle à ces mécanismes leur assurant une plus grande efficacité.

1469. – **Innovation de la pratique.** Que ce soit le législateur ou les juges, ceux-ci se montrent réticents face à de telles clauses qui portent atteinte à l'évolution de la société vers la transparence et la libre concurrence. Confrontée à de nombreuses restrictions, la pratique fait preuve d'une véritable innovation, adaptant les mécanismes contractuels qui apparaissent comme une véritable nécessité à la vie des affaires.

### CONCLUSION DE LA PARTIE 3

*« L'idée de l'avenir est plus féconde que l'avenir lui-même. »*

*Henri Bergson, Essai sur les données immédiates de la conscience, 1889*

1470. – **La fin du contrat n'est pas la fin de la relation.** L'ironie veut que pour éteindre une relation contractuelle, il faille non seulement rompre le contrat, mais surtout lui faire survivre des obligations post-contractuelles.

Le contrat n'est plus, mais il est encore. Alors même que les parties ont souhaité rompre leur relation, celles-ci restent liées par le passé. Afin de retrouver leur pleine liberté d'agir à l'avenir, le maintien de liens s'impose.

Le rôle de la clause de confidentialité et de la clause de non-concurrence est éloquent : sans ces clauses, les anciens partenaires devenus rivaux disposent d'avantages indus l'un envers l'autre. Ces clauses permettent de garantir la loyauté et la bonne foi, dépourvues que sont les parties du recours à l'article 1134 al. 3 du Code civil.

1471. – **Les obligations post-contractuelles, une nécessité.** Si ces obligations post-contractuelles sont des enjeux indispensables à une séparation harmonieuse, le droit les ignore ne leur reconnaissant aucun fondement et témoignant même dans certaines situations de son hostilité.

La rupture sèche et quasi immédiate n'est pas suffisante pour effacer les relations qu'ont entretenues les anciens partenaires. Les obligations post-contractuelles sont une nécessité. La difficulté tient à l'absence de justification théorique. Pourtant, la force obligatoire est un fondement suffisant : la volonté des parties justifie le maintien partiel du contrat. Il s'agit d'une période de temps intermédiaire de liquidation du contrat.

S'impose dès lors la notion de relation contractuelle entre les parties. La relation contractuelle précède le contrat, englobe la succession de contrats, et survit au contrat. Il conviendrait de lui offrir la reconnaissance juridique qu'elle mérite à la bonne compréhension des rapports contractuels.

Les relations contractuelles sont avant tout des relations entre des hommes. Elles en revêtent les mêmes qualités, mais aussi les mêmes défauts. Parler de contrat, c'est avant tout parler de personne.

---

## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

« *On vit de mort, on meurt de vie* »

*Héraclite*

### *Le temps de l'après-contrat*

1472.– **Construction théorique de l'après-contrat.** Parler de l'après-contrat, c'est parler de la liberté contractuelle. S'il est un domaine du droit dans lequel le législateur brille par son absence, il s'agit bien de l'après-contrat. Ses interventions ponctuelles ne sauraient masquer le manque de théorisation de la matière.

La pratique, sous le contrôle de la jurisprudence, s'est emparée de l'après-contrat pour en tisser les mailles conceptuelles. Elle a fait preuve d'initiative, modifiant les concepts traditionnels et en innovant par l'affirmation de nouvelles notions.

1473.– **Temps de l'après-contrat.** Il ne devrait pas être question de la fin du contrat, mais des fins du contrat. En effet, les fins du contrat sont diverses. La fin du contrat peut être retardée par le biais de la prorogation du contrat. La fin peut être prématurée : soit qu'elle soit brutale et définitive par le biais de la clause résolutoire sanctionnant les fautes du partenaires ; soit qu'elle soit due à la perte d'un de ses éléments essentiels durant son exécution par le biais de la clause de caducité. La fin du contrat peut encore être ponctuelle par la survenance du terme extinctif. La fin peut n'être qu'un passage vers un autre contrat par le biais de la reconduction. Il en ressort un flou théorique

nécessitant une construction juridique. Il peut être proposé de scinder le temps de l'après-contrat en trois périodes.

La première période porte sur les modes d'extinction du contrat, que ces modes résultent de la nature même du contrat ou d'un acte de volonté en cours de contrat.

La deuxième période peut être désignée comme la période de liquidation du passé contractuel comprenant deux séries de clauses : celles réglant le passé contractuel et celles s'intéressant à l'avenir post-contractuel.

Enfin, le troisième temps peut être désigné comme la clôture définitive de la relation contractuelle par la cessation de toutes les obligations post-contractuelles et de leur conséquence.

1474. – **Premier temps – l'extinction naturelle du contrat.** Traditionnellement, s'intéresser à la rupture du contrat, c'est s'intéresser à la nature du contrat : est-ce un contrat à exécution instantanée qui s'éteint par le paiement ? Ou est-ce un contrat à exécution successive, à durée déterminée ou indéterminée ?

Si le contrat était conclu à durée déterminée, il avait vocation à prendre fin par la survenance du terme extinctif. Les parties peuvent toutefois décider de proroger le contrat en allongeant temporairement sa durée. Elles pouvaient décider de reconduire le contrat par la conclusion tacite ou express d'un clone imparfait du premier contrat à durée déterminée.

Si le contrat était conclu à durée indéterminée, il avait vocation à prendre fin par l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale, principe faisant échapper ces contrats à la prohibition des engagements perpétuels.

Cette armature traditionnelle des contrats est aujourd'hui mise à mal. La pratique entend penser un régime d'extinction du contrat qui soit détaché de ces considérations traditionnelles pour s'attacher à la cause de la rupture, quelle que soit la nature du contrat en cause.

Ainsi, diverses clauses tendent à gommer les divergences de régime pouvant exister entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée. Il s'agit notamment des conventions de *mutuus dissensus*, des clauses de force majeure ou encore des clauses de résiliation unilatérale.

L'intervention récente du législateur créant le délit civil de rupture brutale des relations commerciales établies vient consacrer cette évolution.

La rupture du contrat s'émancipe de la nature de celui-ci pour devenir une notion autonome que l'on considère globalement en fonction de sa cause.

1475. – **Premier temps – l'extinction volontaire du contrat.** La pratique s'est emparée des modes d'extinction du contrat conférant aux parties un véritable droit de rompre le contrat. Il convient désormais de s'intéresser au fondement de l'extinction du contrat.

L'un des fondements d'extinction des contrats porte sur l'inexécution fautive du débiteur. Traditionnellement, le pouvoir de sanction était réservé au pouvoir judiciaire. Désormais, la clause résolutoire confère au créancier le pouvoir de sanctionner le débiteur par le biais de la rupture du lien contractuel.

Les autres fondements de l'extinction du contrat illustrent le fait que la pratique se soit emparée du pouvoir de rupture. Ainsi, l'extinction du contrat peut être imposée aux parties du fait de l'éventuelle survenance d'un événement incertain par le jeu de la condition résolutoire. L'extinction du contrat peut encore être imposée aux parties par la disparition d'un élément essentiel en cours de contrat par le jeu de la clause de caducité.

Enfin, de façon plus surprenante, il est admis que l'extinction du contrat soit imposée à une partie par une autre par le retrait du consentement en cours de contrat. Il s'agit du jeu de la clause de dédit.

1476. – **Deuxième temps – liquidation du contrat.** La mort juridique du contrat n'est pas le néant ; le contrat reste en vie. Il ressuscite, se transforme, meurt et demeure. Nietzsche disait : « *La vie consiste, pour nous, à transformer sans cesse tout ce que nous sommes en clarté et en flammes, et aussi tout ce qui nous touche.* »<sup>1</sup>

La fin du contrat n'est pas la fin de la relation contractuelle. La fin du contrat est le début de la phase d'exécution des obligations post-contractuelles, outils indispensables à une véritable séparation paisible des parties. Ces obligations permettent de neutraliser les effets du contrat dans l'avenir contractuel tout en soldant le passé contractuel.

Les obligations post-contractuelles peuvent être appréhendées en deux séries d'obligations :

- Les clauses stipulant des obligations assurant la pérennité du résultat économique du contrat : il s'agit des obligations de garantie telles que les obligations de garantie légale et contractuelle, les clauses de responsabilité, ou encore les clauses de restitutions ;
- Les clauses d'avenir créant de nouvelles obligations neutralisant les effets du contrat sur l'avenir : les deux principales étant les clauses de non-concurrence et les clauses de confidentialité.

Les clauses de confidentialité et de non-concurrence ont ceci de particulier qu'elles sont à contre-courant de l'évolution de la société qui promeut le « tout transparent » et la libre concurrence. Ces obligations sont pour autant indispensables aux anciens partenaires devenus rivaux. La reconnaissance juridique de l'existence d'un bien informationnel serait un terreau favorable pour repenser la protection offerte aux parties.

La doctrine peine à trouver un fondement théorique à la survivance de ces obligations. Leur fondement réside dans la force obligatoire du contrat. La volonté des parties suffit à ouvrir cette période de temps intermédiaire. Le contenu non obligationnel du contrat s'accompagne ici d'un contenu obligationnel.

1477. – **Troisième temps — l'extinction de la relation contractuelle.** Une fois les obligations post-contractuelles exécutées, les contentieux résolus, le passé liquidé, le lien entre les parties prend définitivement fin. La relation contractuelle cesse.

La notion de relation contractuelle permet de comprendre cette extinction du contrat par étapes entre les parties.

Considérer que l'extinction du contrat est instantanée ne permet pas d'appréhender la réalité pratique. Parce que la relation a duré, le temps d'extinction du contrat peut s'inscrire dans le temps.

### *Rôle du praticien*

1478. – **Liberté contractuelle.** L'après-contrat est dominé par la grande liberté contractuelle des parties. Le sort du contrat leur est livré, le législateur faisant preuve d'un véritable désintéressement. Aujourd'hui, on a assisté à la consécration du droit des parties de rompre leur contrat. Les interventions législatives n'entravent que peu leur liberté ; elles favorisent même les initiatives contractuelles, la pratique faisant parfois preuve de créativité. Ainsi lorsque le contrat ne peut être prorogé, il est reconduit.

Si l'après-contrat est dominé par la pratique, on peut penser qu'ainsi sont préservées les nécessités économiques de célérité et d'efficacité.

1479. – **Rédacteur de contrat.** La pratique joue un rôle primordial dans la construction de l'après-contrat. La rédaction des clauses de fin de contrat invite à la plus grande vigilance. Le rédacteur

---

<sup>1</sup> F. Nietzsche, *Le Gai Savoir*, Préface de la seconde édition, § 3, Paris, Société du Mercure de France, Paris, 1901.

doit adapter les clauses à la situation particulière des parties. A. Schopenhauer<sup>2</sup> énonce : « *Il ne faut jamais prendre modèle sur un autre pour ce qu'on veut faire ou ne pas faire, car les situations, les circonstances, les relations ne sont jamais les mêmes et parce que la différence de caractère donne aussi une tout autre teinte à l'action ; c'est pourquoi duo cum faciunt idem, non est idem (quand deux hommes font la même chose, ce n'est pas la même chose). Il faut, après mûre réflexion, après méditation sérieuse, agir conformément à son propre caractère. L'originalité est donc indispensable même dans la vie pratique ; sans elle, ce qu'on fait ne s'accorde pas avec ce qu'on est.* »

Le contrat est devenu la chose des parties, à charge pour le rédacteur d'en adapter les stipulations faisant preuve d'imagination voir d'audace.

1480. – **Évolution par la pratique.** La pratique fait évoluer le droit de l'après-contrat contribuant à construire un véritable régime. Ph. Rémy<sup>3</sup> affirme : « *Les contrats ont certes besoin de droit, il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi* ». Ainsi, s'impose la notion de relations contractuelles qui contribue à repenser la durée du contrat que ce soit concernant les renouvellements successifs de contrats ou concernant la rupture du contrat au travers du préavis à respecter. En outre, les obligations post-contractuelles sont devenues des outils incontournables du droit des contrats qui déplacent dans le temps la cessation du lien contractuel entre les parties.

Comprendre le lien contractuel impose de considérer l'ensemble de la relation.

### *Évolution du rôle du juge*

1481. – **Rempart à la liberté contractuelle.** Seul rempart à la volonté des parties, le pouvoir de contrôle du juge vient rétablir un peu d'équité dans les relations entre les partenaires. Le juge n'hésite pas à rendre des décisions en pure opportunité. La jurisprudence évolue lentement déplaçant son pouvoir de contrôle de la phase de conclusion du contrat vers la période de mise en œuvre des prérogatives contractuelles. Elle fait ainsi preuve d'un plus grand réalisme ce qui lui permet de moduler les sanctions.

1482. – **Conséquences de la rupture.** Le pouvoir du juge est particulièrement prégnant concernant la rétroactivité de la rupture du contrat, effet de la rupture de plus en plus contesté. Une partie de la doctrine et la jurisprudence refusent d'abandonner cette fiction. Une incertitude demeure quant à la place laissée à la pratique pour en aménager les conséquences, voire pour l'écarter. La rétroactivité est de plus en plus amputée dans ses effets puisqu'un nombre croissant de clauses lui résiste.

Ainsi, la jurisprudence peut se montrer hostile envers les clauses post-contractuelles considérant que leur survivance n'est pas compatible avec la fiction de la rétroactivité, obligeant le praticien à tenter de neutraliser l'effet rétroactif de la rupture.

### *Le temps relatif*

1483. – **Le cours du temps.** Le contrat n'échappe pas au cours du temps. Comme pour toute relation humaine, la séparation n'est pas instantanée.

<sup>2</sup> A. Schopenhauer, *Parerga et Paralipomena*, 1851

<sup>3</sup> Ph. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271.



Albert Einstein l'exprimait en ces termes : « *Placez votre main sur un poêle une minute et ça vous semble durer une heure. Asseyez-vous auprès d'une jolie fille une heure et ça vous semble durer une minute. C'est ça la relativité.* » L'un des partenaires peut croire que la relation s'achève alors que pour l'autre elle commence à peine par l'ouverture de la période de l'après-contrat.

1484. – Le lien contractuel est avant tout un lien humain qui suit les évolutions de la société. Il confronte deux visions de la morale qu'il conviendrait de concilier : « *Garder le souci de l'individu, de sa liberté tout en développant le souci de l'autre, du contrat et de l'ordre juridique ; garantir la sécurité du contrat sans pour autant sacrifier la justice contractuelle, c'est dépasser la contradiction pour entrer dans la complémentarité de ces aspirations faites principes.* »<sup>4</sup>

Le temps de l'après-contrat est celui de la cessation d'une relation dont les protagonistes avaient créé entre eux un passé commun qu'il convient de dépasser. Le rédacteur comme le juge sont à la recherche du juste équilibre entre l'impératif de la force obligatoire du contrat et la nécessité de l'équité.

1485. – Le rédacteur du contrat, tout comme le compositeur doit écrire l'après-contrat avec « *des phénomènes d'attente, de retard, d'étirement, de rappel, d'anticipation, de contraction* »<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997 p. 357 n° 33.

<sup>5</sup> Ch. Accaoui, *Le Temps Musical*, 2001, Broché.



---

## ANNEXES

---

---

## BIBLIOGRAPHIE

---

### ■ I/Ouvrages :

- Ader H. et Damien A., *Règles de la profession d'avocat*, 2011/2012 éd. D. Dalloz Action
- Ancel P. et Rivier M.-C., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends n° 10*, 2011, Economica Etudes juridiques
- André M.-E., Dumont M.-P., Grignon P., *L'après contrat*, 2005 éd. Francis Lefebvre
- Aubert J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, 1970 éd. LGDJ Paris
- Aubert J.-L., Flour J., Flour Y., Savaux E., *Droit civil : les obligations, t. 3 : Le rapport d'obligation*, 2013 8<sup>ème</sup> éd. S.
- Aubert J.-L., Flour J., Flour Y., Savaux E., *Droit civil : les obligations, t. 1 : L'acte juridique*, 2012 15<sup>ème</sup> éd. S.
- Aubry Ch. et Rau Ch., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. IV* 1942, 6<sup>ème</sup> éd. Strasbourg F. Lagier.
- Aynes L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, 1984 Economica, Paris
- Aynès L., Malaurie Ph., Stoffel-Munck Ph., *Droit civil : Les obligations*, 2013, 6<sup>ème</sup> éd. LGDJ Droit civil
- Azéma J., *Le droit français de la concurrence*, 1989, 2<sup>ème</sup> éd. Thémis PUF
- Baudry-Lacantinerie G. et Barde L., *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, éd. L. Laros (1897)
- Béguin J., *Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français*, Travaux Association H. Capitant, t. XVIII, 1959, D.
- Bénabent A., *Droit des obligations*, 2012, 13<sup>ème</sup> éd. LGDJ Précis Domat
- Bénabou V.-L. et Chagny M., *La confiance en droit privé des contrats*, 2008, D. Thèmes et commentaires
- Blanc-Jouvan G., *L'après-contrat, Étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, 2003, PUAM
- Cabrillac R. *Droit des obligations*, 2012 10<sup>ème</sup> éd. D. Cours Droit privé
- Camerlynck G.-H., *Traité de droit du travail, t. 1 : Le contrat de travail*, 1982, 2<sup>ème</sup> éd. D.
- Capitant H., Lequette Y. et Terré F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 2008, 12<sup>ème</sup> éd. t. 2 D. Grands arrêts
- Carbonnier J., *Droit civil, Les Obligations*, t. 4, 2000, 22<sup>ème</sup> éd., PUF coll. Thémis droit privé
- Cedras J., *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*, 2003, Rapport de la Cour de Cassation
- Cermolacce A., *Cause et exécution du contrat*, 2001, PUAM, préf. J. Mestre
- Chamous J.-P., *L'appropriation de l'information*, 1986, Litec Paris
- Collart-Dutilleul F. et Delebecque Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 2011, 9<sup>ème</sup> éd. D. Précis Droit privé
- Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 2011, 9<sup>ème</sup> éd. PUF
- Demogue R., *Traité des obligations en général*, t. 5, 1923, éd. Librairie Arthure Rousseau, Paris
- Deprez J., *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, t. 17, 1964, Travaux de l'Association H. Capitant
- Dross W., Clausier, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2011 2<sup>ème</sup> éd. Litec LexisNexis
- Fabre-Magnan M., *Droit des obligations, contrat en engagement unilatéral*, t. 1, 2012, 3<sup>ème</sup> éd. PUF Thémis Droit
- Fages B., *Le comportement du contractant*, 1997, PUAM, préf. J. Mestre

- Foriers P.-A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, de la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, 1998, éd. Bruylant
- Gaudemet E., Capitant H., Desbois H., Gaudemet J., *Théorie générale des obligations*, 1937, S.
- Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*, 2006, 1<sup>ère</sup> éd. Economica Recherches Juridiques, préf. Y. Lequette
- Ghestin J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, 2006, LGDJ
- Ghestin J., *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, *Actes du Colloque des 13-14 décembre 1990*, 1991, LGDJ
- Ghestin J. et Desché B., *Traité des contrats, La vente*, 1990, LGDJ
- Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M., *Traité de droit civil, t. 3 Les effets du contrat*, 2001, 3<sup>ème</sup> éd. LGDJ
- Godé P., *Volontés et manifestations tacites*, 1977, PUF
- Gomy M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, 2000, PUP Perpignan Etudes, préf. Y. Serra
- Guillien R., Guinchard S., Montagnier G. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques, français, arabe, anglais suivi d'un index anglais et d'un index arabe*, 2011, 15<sup>ème</sup> éd. D. Hachette-Antoine
- Gregorczyk C., *Le concept du bien juridique : l'impossible définition*, t. 24, 1979, Archives de Philosophie du droit
- Guyon Y., *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats*, 5<sup>ème</sup> éd., 2000, LGDJ
- Josserand L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2006, D.
- Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 1932, 2<sup>ème</sup> éd. S.
- Larroumet C., *Droit civil Les obligations, le contrat 1ère partie : conditions de formation*, 2007, 6<sup>ème</sup> éd. t. 3 Economica Droit civil
- Larroumet C., *Droit civil Les obligations, le contrat 2ème partie : les effets*, 2007, 6<sup>ème</sup> éd. t. 3 Economica Droit civil
- Legeais D., *Sûretés et garanties du crédit*, 2013, 9<sup>ème</sup> éd. LGDJ Manuels Droit privé
- Le Tourneau Ph., *La responsabilité civile*, 1982, 3<sup>ème</sup> éd. D.
- Le Tourneau Ph., *Droit de la responsabilité des contrats 2012-2013 Régimes d'indemnisation*, 2012, 9<sup>ème</sup> éd. D. Dalloz action
- Martin R., *Déontologie de l'avocat*, 2013, 11<sup>ème</sup> éd. LexisNexis Droit et Professionnels Responsabilités et assurances
- Marty G., Jestaz Ph., Raynaud P., *Droit civil, Les obligations t. 2 : Le régime*, 1989, 2<sup>ème</sup> éd. S. Paris
- Mazeaud H., L. et J., Chabas F., *Leçon de droit civil, Obligations Théorie générale t. 2*, 1<sup>er</sup> volume, 1998, 9<sup>ème</sup> éd. Montchrestien
- Mercadal B. et Macqueron P., *Le droit des affaires en France 2005-2006*, 2005, éd. Francis Lefebvre
- Mercoli S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, 2001 P.U.A.M., préf. G. Goubeaux
- Mousseron J.-J. et P., Raynard J., Seube J.-B., *Technique contractuelle*, 2010, 4<sup>ème</sup> éd. Francis Lefebvre
- Najjar I., *Le droit d'option : contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, 1967 LGDJ, préf. P. Raynaud
- Ost F., *Le temps du droit*, 1999, éd. Odile Jacob
- Périnet-Marquet H., *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, [sous la dir. de]*, 2009, 1<sup>ère</sup> éd. Litec LexisNexis Carré Droit
- Pimont S., *L'économie du contrat*, 2004, PUAM Institut de Droit des Affaires, préf. J. Beauchard
- Planiol M., Ripert G. et Boulanger J., *Traité élémentaire de droit civil, t. 2 : Obligations Contrats Sûretés réelles*, 1943 LGDJ Paris
- Prat S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, 1992, Litec

- Raynaud P., *Les contrats ayant pour objet une obligation : Cours de DEA Paris 2 1977-1978, vol. 1 et 1978/79, Les cours du droit vol. 2*
- Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ Paris
- Ripert G., Roblot R., Delebecque Ph. Et Germain M., *Droit commercial*, 2004, LGDJ
- Roubier P., *Les conflits de lois dans le temps [Théorie de la non-rétroactivité des lois]*, 2<sup>ème</sup> éd. 1929-1933 S. Paris
- Roubier P., *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, 1952, éd. S.
- Saleilles R., *La théorie générale de l'obligation 1914*, 2001, 3<sup>ème</sup> éd. La Mémoire du Droit
- Savatier R., *La théorie des obligations en droit privé économique*, 1978, 4<sup>ème</sup> éd. D.
- Savatier R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> série, 1959, Approfondissement d'un droit renouvelé, D.
- Sériaux A., *Manuel de droit des obligations*, 2006, PUF Droit Fondamental Manuel
- Seube J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999, Litec LexisNexis, préf. M. Cabrillac
- Starck B., Rolland H. et Boyer L., *Droit civil, les obligations*, vol. 2 Contrat, 1998, 6<sup>ème</sup> éd. Litec
- Terré F., Simler P. et Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, 2013, 11<sup>ème</sup> éd. D. Précis Droit privé
- Terré F. et Lequette Y., *Droit civil : Les successions, Les libéralités*, 1997, 3<sup>ème</sup> éd. D. Précis Droit Privé
- Testu F.-X., *Contrats d'affaires 2010-2011*, 2010, 1<sup>ère</sup> éd. D. Dalloz référence
- Troplong R.-T., *De la prescription. Le Code civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Commentaire du titre 20 du livre 3 du Code civil*, 1846, éd. Charles Hingray, Paris
- Valory S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, 1999 PUAM, préf. J. Mestre
- Viney G., *Introduction à la responsabilité*, 2008, LGDJ Traité
- Viney G. Ghestin J. et Jourdain P., *Les Conditions de la responsabilité, Dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité*, 2013, 4<sup>ème</sup> éd. LGDJ Traité
- Weiller L., *La liberté procédurale du contractant*, 2004, PUAM préf. J. Mestre

## ■ II/Ouvrages et articles collectifs :

- *Contrats d'affaires*, 2013, D. Dalloz Références
- « Clause de non-concurrence en droit commercial : Pourquoi ? Comment ? », *Inforeg, Cah. Dr. ent.*, 2009 n° 2 p. 54
- *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, 2012, La Mémoire du droit
- *Droit et informatique*, J. Carbonnier et al., 1992, L'hermine et la puce Broché
- *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, [Acte du colloque de l'Université Montesquieu — Bordeaux IV du 19 sept. 2007], sous la direction de G. Wicker, 2008, Litec LexisNexis Colloque et débats
- *Droit et pratique des baux commerciaux*, 2013, D. Dalloz Action
- *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2012, D. Dalloz Action sous la direction de Ph. Le Tourneau
- *Etudes offertes à J. Flour*, 1979 Les Mélanges, Defrénois
- *Etudes offertes à A. Jauffret*, 1974, PUAM
- *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, 1983, Publication des Facultés Universitaires de Saint-Louis
- *JCL Brevets*, 2013 LexisNexis
- *JCL Civil Code*, 2013 LexisNexis
- *JCL Civil Code Formulaire*, 2013 LexisNexis
- *JCL Commercial*, 2013 LexisNexis
- *JCL Contrats – Distribution*, 2013 LexisNexis
- *JCL Europe*, 2013, LexisNexis



- *JCL Sociétés Traité*, 2013 LexisNexis
- *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires Aix-En-Provence les 30-31 mai 1996, avant-propos J. Mestre, 1997, PUAM
- *Lamy Droit commercial*, 2013, Lamy
- *Lamy Droit de la responsabilité*, 2013, sous la direction de D. Mazeaud, Lamy
- *Lamy Droit des contrats*, 2013, sous la direction de B. Fages et E. Pouliquen, Lamy
- *Lamy Droit des Médias et de la Communication*, 2013, sous la direction de P. Sirinelli et Ch. Gavalda, Lamy
- *Lamy Droit du numérique*, 2013, sous la direction de M. Vivant, Lamy
- *Lamy Droit économique, Concurrence Distribution Consommation*, 2014, Lamy
- *Lamy Formulaire Commenté Droit commercial*, 2013 Lamy
- *Lamy Formulaire Commenté Droit des affaires*, 2013 Lamy
- *Lamy Formulaire Commenté Social Transport*, 2012 Lamy
- *Lamy Formulaire Droit économique*, 2013 Lamy
- *Lamy Droit immobilier*, 2013 Lamy sous la direction de Bergel J.-L., Eyrolles J.-J. et Liard J.-J., Lamy
- *Lamy Sociétés Commerciales*, 2013, sous la direction de J. Mestre, Lamy
- *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de Droit privé*, sous la direction de P. Durand 1960, LGDJ
- *Le Code civil 1804-2004 Livre du Bicentenaire*, 2004, éd. LexisNexis
- *Leçons du Droit civil – Mélanges en l'honneur de F. Chabas*, Études coordonnées par N. Guimezanes, 2011, éd. Bruylant
- *Le droit contemporain des contrats*, 1987, Economica
- *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy Corlay et D. Fenouillet, 2003, D. S. Thèmes et commentaires
- *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990, éd. Université de Droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut Droit des affaires
- *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Loussouarn Y. et Lagarde P. 1978, LGDJ
- *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Centre de recherche européen de droit des obligations, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, 1999, Economica, Créteil
- *Mélanges AEDBF-France U*, 2008, Revue Banque éditeur
- *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, 1994, LGDJ
- *Mélanges dédiés à L. Boyer*, 1996 Université des Sciences Sociales de Toulouse
- *Mélanges dédiés à A. Weill*, 1983, Université des sciences juridiques, politiques et sociales et de technologie, Strasbourg
- *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, 1991, D.
- *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, L'internationalisation du droit, 1999, D. Paris
- *Mélanges en l'honneur de D. Tallon*, D'ici et d'ailleurs : harmonie et dynamique du droit, 1999, Société législation comparée
- *Mélanges en l'honneur de F. Terré*, L'avenir du droit, 1999, D. PUF
- *Mélanges F. Foyer*, 1997, PUF Paris
- *Mélanges offerts à F. Derruppé*, 1991, Montchrétien Les Mélanges
- *Mélanges offerts à F. Ghestin*, 2001, LGDJ
- *Mélanges offerts à R. Houin*, 1985, D. S.
- *Mélanges offerts à J. Normand*, 2003, Litec
- *Mélanges offerts à P. Raynaud*, 1985, D. S.
- *Mélanges offerts à R. Savatier*, 1965, D.

- *Mémento Concurrence consommation 2013-2014*, 2012, Francis Lefebvre Mémento pratique
- *Mémento Droit commercial 2013*, 2013, 21<sup>ème</sup> éd. Francis Lefebvre pratique Mémento pratique
- *Mémento Groupes de sociétés 2013-2014*, 2013, Francis Lefebvre Mémento pratique
- *Mémento Sociétés commerciales 2014*, 2013, 45<sup>ème</sup> éd. Francis Lefebvre Mémento pratique
- *Mémento Social 2013*, 2013, Francis Lefebvre Mémento pratique
- *Mémento Sociétés commerciales 2014*, 2013, 45<sup>ème</sup> éd. Francis Lefebvre Mémento pratique
- « Prévention et répression des opérations d'initiés : droit positif et perspectives », avec les contributions de N. Rontchevsky, Th. Cotty et D. Zadgorska, B. Marpeau, Ph. Lauzeral et C. Rohou, F. Brocard, A. Dethomas et J. Pasternak, *Journal des sociétés* fév. 2012
- *Répertoire de droit civil*, 2013, D.
- *Répertoire de droit commercial*, 2013, D.
- *Répertoire de droit des sociétés*, 2013, D.
- *Répertoire de droit du travail*, 2013, D.

### ■ 3/Thèses :

- Antonmattei P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, t. 220, 1992, Thèse LGDJ préf. B. Teyssié
- Auguet Y., *Concurrence et clientèle*, t. 315, 2000, Thèse LGDJ, préf. Y. Serra
- Azéma J., *La durée des contrats successifs*, 1969, Thèse Lyon LGDJ, préf. R. Nerson
- Boyer G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, 1924, Thèse Toulouse
- Caseau-Roche C., *Les obligations post-contractuelles*, 2001, Thèse Paris I
- Buffelan-Lanore Y., *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, 1963, Thèse Paris, LGDJ
- Chaaban R., *La caducité des actes juridiques*, t. 445, 2006 Thèse LGDJ
- Collart-Dutilleul F., *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, 1988, Thèse Tours, préf. J.-L. Aubert, S. coll. Immobilier, droit et gestion
- Dagorne-Labbe Y., *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, 1984, Thèse daçtyl. Paris 2
- Delebecque Ph., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, 1981, Thèse PUAM
- Fontaine A., *La réparation des sinistres matériels automobiles, Tentatives de régulation des pratiques en assurance*, 2002, Thèse Paris 12
- Garron F., *La caducité des contrats, Étude de droit privé*, 2000, Thèse Aix-Marseille PUAM, préf. J. Mestre
- Gatsi J., *Le contrat-cadre*, 1996, Thèse Paris 5, LGDJ, préf. M. Béhar-Touchais
- Genicon Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, t. 484, 2007 Thèse LGDJ, préf. L. Leveneur
- Ghozi A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, 1980, Thèse Paris 2, LGDJ, préf. D. Tallon
- GORPHE F., *Le principe de la bonne foi*, 1928, Thèse D.
- Henry X., *La technique des qualifications contractuelles*, 1992, Thèse de Nancy 2,
- Hoepffner H., *La modification du contrat administratif*, t. 260, 2009, Thèse LGDJ, préf. Y. Gaudemet
- Houin B., *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, 1973, Thèse daçtyl. Paris 2
- Huet J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, 1978, Thèse Paris 2
- Japiot R., *Des nullités en matière d'actes juridique*, 1909, Thèse Dijon
- Latina M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, t. 505, 2009, Thèse LGDJ Bibliothèque de droit privé., préf. D. Mazeaud
- Lavève-Laborde A.-S., *La pérennité contractuelle*, 2005, t. 447, Thèse LGDJ
- Littman M. J., *Le silence et la formation du contrat*, 1969, Thèse daçtyl. Strasbourg
- Lorvellec L., *L'essai dans les contrats*, 1972, Thèse Rennes 1
- Maitre-Arnaud E., *La rétroactivité dans le contrat*, 2003, Thèse Paris 2

- Malecki C., *L'exception d'inexécution*, t. 321, 1999, Thèse LGDJ préf. J. Ghestin
- Maury J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, 1920, Thèse Toulouse
- Mazeaud D., *La notion de clause pénale*, 1992, Thèse LGDJ, préf. F. Chabas
- Mouly C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, 1979, Thèse Montpellier Litec, préf. C. Cabrillac
- Paulin Ch., *La clause résolutoire*, 1993, Thèse Toulouse
- Peloux-Halbout P., *L'abus dans l'exercice du droit de mettre fin au contrat*, 1998, Thèse ANRT
- Pellé S., *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, vol. n° 64, 2007, D. Nouvelle Bibliothèque de Thèses
- Pétel-Teyssié I., *Les durées d'efficacité du contrat*, 1984, Thèse daçt, Montpellier
- Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, 1989, Thèse LGDJ
- Picq M., *La distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive*, 1994, Thèse Grenoble
- Pigache C., *Le mandat d'intérêt commun*, 1991, Thèse Paris 5
- Popineau-Dehaullon C., *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Études comparative*, t. 498, 2008, Thèse LGDJ
- Raoul-Cormeil G., *La mauvaise foi dans les relations de droit privé interne*, 2002, Thèse Caen
- Rigalle-Dumetz C., *La résolution partielle du contrat*, vol. n° 30, 2003, Thèse Lille II, Nouvelle bibliothèque de thèses D.
- Rochfeld J., *Cause et type de contrat*, t. 311, 1999, Thèse LGDJ
- Sabathie E., *La chose en droit civil*, 2004, Thèse Paris 2
- Savelli B., *L'exercice illicite d'une activité professionnelle*, 1995, Thèse Aix-en-Provence, PUAM préf. J. Mestre
- Schall B., *La notion de condition dans le contrat*, 1999, Thèse Strasbourg
- Serra Y., *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, 1991, Thèse Lyon D.
- Simler P., *La nullité partielle des actes juridiques*, 1969, Thèse Strasbourg, LGDJ, préf. A. Weill
- Sonet A., *Le préavis en droit privé*, 2003, Thèse Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, P.U.A.M. préf. F. Bussy
- Stoffel-Munck Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, 2000, Thèse LGDJ Bibliothèque de Droit privé
- Taisne J.-J., *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, 1977, Thèse daçt. Lille 2
- Teyssié B., *Les groupes de contrats*, t. 139, 1975, LGDJ Bibliothèque droit privé, préf. J.-M. Mousseron
- Vignon-Barrault A., *Intention et responsabilité civile*, Le Mans, 2000
- Vuillemin-Gonzales C., *L'obligation de non-divulgateion*, 2000, Thèse Perpignan

#### ■ 4/Articles :

- Allix D., « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP G* 1977 I 2844
- Amar-Layani B., « La tacite reconduction », *D.* 1996 C. 143
- Amauger-Lattes M.-C., « Du nouveau sur la rupture du contrat en vue du départ en retraite du salarié », *Rev. dr. soc.* 2007.99
- Ancel P.,
  - « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999 p. 771
  - « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *Cah. dr. entr.* 1999/1 p. 30
- André M.-E., Dumont M.-P. et Grignon Ph., « L'après-contrat », *RTD civ.* 2005 p. 863.
- Atias C. et Mouly C., obs. sous Cass. com. 15 juill. 1987 Bull. n° 184, *D.* 1988 Jur. p. 360
- Antippas J., « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013 p. 27

- Antoine J., « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA* 2004.80
- Antonmattei P.-A., « Caducité et conventions et accords collectifs de travail », *SS Lamy* 2008 Supplément 1361
- Armani-Mekki S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois* 2002 art. 37505 p. 355
- Artz J.-F., « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979 C 95
- Arseguel A., « Rupture d'un commun accord et transaction », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, 1996, Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 1
- Astruc J.-F., « La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier », *D.* 2002 p. 908
- Audit M. et Cuperlier O., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 juill. 2010 n° 09-67.013, *D.* 2010. 2884
- Aubert J.-L. ,
  - V. « Novation », 2013, in *Rép. civ. D.*
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 avril 2006 n° 02-18.277, *Defrénois* 2006 p. 1194
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 sept. 2002 no00-21.278 Bull. n°218, *D.* 2003 p. 369
  - « Entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation », obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 mai 1989 n° 87-18.130 Bull. n° 109, *D.* 1991 somm. p. 317
  - « Interprétation stricte des clauses résolutoires », *D.* 1991 Som. p. 327.
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n° 83- 11.788 Bull. n° 207, *Defrénois* 1985 art. 33.590
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 nov. 1983 n°82-13.112 Bull. n°252, *Defrénois* 1984 p. 1014
  - obs. sous Cass. com. 12 oct. 1982 n° 81-10.984 Bull. n° 309, *Defrénois* 1983
  - obs. sous CA Paris 9 nov. 1981, *D.* 1982 171
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976 n°75-10.854 Bull. n°199, *Defrénois* 1977 p. 47
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 mars 1975, *JCP* 1976 II n° 18510
- Aubrée Y., « Période d'essai », in *Rép. dr. trav.*, 2013, D.
- Aubry M.-C., « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012 p. 625
- Augagneur L.-M., « Le consentement du franchisé dans la succession de contrats de franchise », *JCP G* 2005 I 158
- Auguet Y., obs. sous Cass. com. 9 fév. 1999 n°96-15.834 Bull. no 42, *Cah. dr. entr.* 2000 som. p. 32
- Auzero G., « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *Rev. dr. soc.* 2008 p. 522
- Aynès L.,
  - « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Dossier Rupture unilatérale du contrat, *DéP* n° 126 mai 2004, p. 64
  - « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *DéP* n° 128 juillet/août 2004
  - « L'obligation de loyauté », *APD* 2000 n° 40 p. 195
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1er juill. 1997 n° 95-15.642 Bull. n° 224, *D.* 1998. 32
- Aynès L. et Stoffel-Munck Ph., « Attaquer la force contractuelle : ce qu'on et ce qu'on ne peut pas faire », *DéP* 2007 n° 162 p. 82
- Bach L., V. « Conflit de lois dans le temps », 2013, in *Rép. civ. D.*
- Bandrac M., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 juin 1990 n° 88-18.808 Bull. n° 158, *RTD civ.* 1990 p. 692
- Baillole R., « Droit de repentir », *RTD civ.* 1984 p. 228
- Ballot-Léna A., obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *D.* 2007.1694



- Barbiéri J.-F.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janvier 1989 n° 87-10.092, *JCP G* 1989 II n° 21294
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 fév. 2009 n° 08-10.677 Bull. n° 47, *JCP N* 2009 n° 23 1194
- Barthélémy J., « Restructurations et tissu conventionnel : critique de la jurisprudence », *Les Cahiers du DRH* n° 128 janv. 2007 p. 19
- Beckard-Cardoso J. et Desplais M., « Non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question », *JCP E* 2010 1157
- Becker B. O., obs. sous CA Versailles 21 déc. 2006 n° 04/03648 SA Accor Casinos c/M. André Der Krikorian, *BRDA* 2007 n° 7
- Béhar-Touchais M.,
  - obs. sous Cass. com. 28 sept. 2010 n° 09-13.888 Bull. n° 145, *RDC* 2011.187
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *RDC* 2009. 691
  - obs. sous CA Paris 8 juin 1994 Société Moulinex, *RDC* avril 2004.392
- Behar-Touchais M. et Lucas F.-X., « Rupture du contrat de distribution et entretien préalable avec son concessionnaire », *RDC* avril 2004 p. 392
- Bénabent A., « La prolongation du contrat », *RDC* 04/1 p. 118
- Bénac-Schmidt F., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n° 83- 11.788 Bull. n° 207, *D.* 1985 jur. p. 544
- Benet A., « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », *JCP* 1987.1.3274
- Bensamoun A.,
  - « Précisions sur la place du silence en droit », *D.* 2006 n° 15 p. 58-59
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n° 02-21.366 Bull. n° 413, *D.* 2006. Jur. 1025
- Bensoussan H., « La « clientèle du franchisé », faveur d'illégitimité de la clause de non-rétablissement », *D.* 2001 p. 2498
- Berlioz-Houin B., « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in Mélanges offerts à R. Houin, 1985, *D. S.* p. 3
- Beyneix I.,
  - obs. sous Cass. soc. 25 janv. 2012 n° 10-11.590 Bull. n° 20 ; *JCP S* 2012 1208
  - « Clause de non-sollicitation : atteinte à la liberté de travailler », *JCP S* n° 15 2011. 1181
  - obs. sous Cass. soc. 8 avril 2010 n° 08-43.056 Bull. n° 92 ; *JCP S* 2010 1288
  - obs. sous Cass. soc. 15 nov. 2006 n° 04-46.721 Bull. n° 341 ; *JCP S* 2007 1057
- Biçtin N., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 sept. 2005 n° 04-10.856 Bull. n° 166, *JCP E* 2005 p. 1867
- Bissara Ph., « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. soc.* 2003 p. 51
- Blaise H., « La période d'essai : dix années de jurisprudence », *RJS* 5/1989 p. 215 spéc. n° 5
- Blanc-Jouvan G., « L'expiration d'une clause de non-concurrence ne constitue pas un obstacle à une action en concurrence déloyale contre le nouvel employeur », *JCP S* 2009 n° 11 p. 33
- Blatter J.-P., « Portée d'un droit d'option exercé sous condition résolutoire d'une cassation », *AJDI* 2008 p. 203
- Bloch P.,
  - « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988. 673
  - « Force majeure : le calme après l'ouragan ? », *Resp. civ. et assur.* 2006 étude n° 8
- Boccara D.-D., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 fév. 1997 n° 95-15.130 Bull. n° 46, *D.* 1998 p. 552
- Boizard M., « La réception de la notion de violence économique en droit privé », *LP A* 16 juin 2004 n° 120 p. 5
- Bollée S., « Colloque sur l'arbitrage face à la théorie générale du droit des obligations », 2005 Lyon
- Bonneau Th., obs. sous Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 2000 n° 97-17.952, *D. sociétés* 2000 comm. 86
- Bories A., « Condition, terme et potestativité à propos d'une promesse unilatérale d'achat », *D.* 2005 p. 2009

- Borghetti J.-S., obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *RDC* 2007.731
- Boronad-Lesoin E., « La survie de la personne morale dissoute », *RTD com.* 2003 p. 1
- Borricand J., « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD civ.* 1957 p. 432 n° 9
- Boucard H., « Les instruments internationaux d'unification : concurrence ou modèle pour les droits nationaux », in *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe : quelles perspectives pour quel équilibre ?*, [Acte du colloque de l'Université Montesquieu — Bordeaux IV du 19 sept. 2007], sous la direction de G. Wicker 2008, Litec LexisNexis Colloque et débats p. 21 s. 30 et 31.
- Bouilloux A., « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. soc.* 1994 p. 393
- Bouloc B.,
  - obs. sous Cass. com. 10 mars 2009 no08-15.457 Bull. no 38, *RTD com.* 2009. 610
  - obs. sous Cass. com. 30 oct. 2007 n° 05-17.882 Bull. n° 231, *RTD com.* 2008. 409
  - obs. sous Cass. com. 5 juin 2007 n° 04-20.380 Bull. n° 156, *RTD com.* 2008. 173
  - obs. sous Cass.com. 27 fév. 2007 no05-17.265 Bull. n°73, *RTD com.* 2007. 592
  - obs. sous Cass. com. 28 juin 2005 no03-20.744 Bull. n° 147 *RTD com.* 2006. 474
  - obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n°98, *RTD com.* 2003 p. 159.
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1996 n° 94-12.760 Bull. n° 139, *RTD com.* 1996 p. 705
  - obs. sous Cass. com. 12 oct. 1993 n° 91-17.621 Bull. n° 327, *RTD com.* 1994 p. 351 n° 26
  - obs. sous Cass com. 17 nov. 1992 no91-12.223 Bull. no 366 ; *RTD com.* 1993. 568
  - « Le secret d'affaires », *DPCI* 1990 p.6
- Boyer L.,
  - V. « Contrat et convention », 2013, *Rép. civ. D.*
  - V. « La clause de dédit », in *Mélanges offerts P. Raynaud*, 1985 p. 41, D. S.
- Brault C.-E.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mai 2009 n° 08-15.564 Bull. n° 103, *Gaz. Pal.* 25-26 sept. 2009 p. 14
  - obs. sous CA Paris 16<sup>ème</sup> ch. Sect. A 28 sept. 2005 n° 05/09136, *Loyers et copr.* 2006 comm. 37
- Brault P.-H.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mai 2009 n° 08-15.564., *Gaz. Pal.* 25-26 sept. 2009 p. 14
  - « Dénégation du droit au renouvellement pour défaut d'exploitation effective du fond », *Loyers et Copropriété* n° 9 sept. 2008, Comm. 193
- Brenner C., « Dossier le Secret — La protection du secret de la vie privée », *DéP* 2002 102
- Brignon B., « Bref état des lieux sur la condition résolutoire et sur la condition impossible », *CPA* 19 mars 2009 n° 56 p. 7 obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 oct. 2008 n° 07-14.396
- Bruguière J.-M., obs. sous CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 4 déc. 2009 n° 08/13681 René Char, *RPI* avr. 2010 p. 713
- Brun P.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 déc. 1997 n° 95-16.461 Bull. n° 223, *D.* 1999. 9
  - « Le droit de revenir sur son engagement », *DéP* 1998 p. 78 et 80
- Bureau D. et Muir Watt H., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *Rev. Crit. DIP* 2009 1
- Buy F.,
  - « De la tacite reconduction d'un contrat de parrainage », *RDC* 03-2006 C. p. 6
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n°02-21.366 Bull. n°413, *RDC* 2005/25 n°1012
- Cabrillac M. et Teyssié B., obs. sous CA Paris 3 avril 1987, *RTD com.* 1988 p. 272
- Cadiet L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges offerts à J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 1777
- Capitant H.,
  - « Le régime de la violation des contrats », *D.* 1934 p. 1
  - « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365



- Carbonnier J.,
  - *RTD civ.* 1958 p. 419
  - Le silence et la gloire, *D.* 1951 C. p. 121
- Carcassonne G., « Le trouble de la transparence », in « Transparence et secret », *Pouvoirs* 1997 p. 17
- Caron C.,
  - obs. sous CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 4 déc. 2009 n° 08/13681 René Char, *Com. Com. elec.* 2010 n° 60 p. 293
  - « Secret et relations d'affaires : secret et propriété intellectuelle », *DéP* 2002 102
- Cassin R., « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945. 159
- Cathiard A.,
  - obs. sous Cass.com. 27 fév. 2007 n°05-17.265 Bull. n°7, *JCP E* 2007. 1795
  - « Quand la bonne foi trouve un second souffle », *D.* 2005 p. 1462
- Catala P.,
  - « Projet Catala — Rapport au Garde des Sceaux Avant-projet de réforme de droit des obligations (art. 1101 à 1386 du C. civ.) et du droit de la prescription (art. 2234 à 2281 du C. civ.), 22 sept. 2005, *JCP G* 2005 I 170
  - « Dossier Le Secret — Rapport de synthèse », *DéP* 2002.102
  - « La propriété de l'information », in Mélanges offerts P. Raynaud, 1985, *DS* p. 97
  - « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *DS* 1984 C. p. 98
  - « La protection juridique des productions immatérielles », in *L'appropriation de l'information* de J.-P. Chamous, 1986, Litec Paris
- Carval S., obs. sous Cass. com. 10 mars 2009 n°08-15.457 Bull. n° 38, *RDC* 2009. 1044
- Cavarroc R., obs. sous Cass. civ. 8 nov. 1950, *JCP* 1950 II 5870
- Cermolacce A., « La disparition de la cause entraîne la caducité de l'engagement », *RDC* 2009 n° 57
- Cermolacce A. et Perruchot-Triboulet V., V. « Durée dans les contrats », in *JCL Contrats – Distribution*, Fasc. 70
- Chabas F.,
  - obs. sous Cass. com. 28 avril 1982 n° 80-16.678 Bull. n° 145, *RTD civ.* 1983 p. 340
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 fév. 1982 n° 80-15.794 Bull. n° 37, *RTD civ.* 1982 p. 131
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 nov. 1979 n° 77-15.903 Bull. n° 279, *RTD civ.* 1980 p. 763
- Chabas C., V. « Résolution, Résiliation », 2013, in *Rép. civ. D.*
- Chagny M., obs. sous Cass. soc. 17 janv. 2006 n° 04-41.038, *RLC* 2006/7 n° 526
- Chamboredon A., « La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats », *FDI* I 2001 p. 5
- Chazal J.-P.,
  - obs. sous CA Paris 11 févr. 1999, *JCP* 2000 II n° 10244
  - obs. sous CA Paris 26 mars 1999, *JCP* 1999 II n° 10.244
  - « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997 p. 260
  - « Transaction et résiliation : l'inadéquation d'un critère de distinction d'ordre chronologique », *Rev. dr. soc.* 1997 p. 49

- Chevalier E.,
  - « Rupture d'une relation établie : extension de la notion », *D.* 2012 p. 2382
  - obs. sous Cass. com. 31 janv. 2012 n° 11-11.071 Bull. n° 17, *D.* 2012 p. 501
  - obs. sous Cass. com. 28 sept. 2010 n° 09-13.888 Bull. n° 145, *D.* 2010, p. 2357
  - obs. sous Cass. com. 29 janvier 2008 n° 07-12.039 Bull. n° 21, *D.* 2008 p. 475
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2007 n° 06-10.946, *D.* 2007.951
  - obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *D.* 2007. 653
  - obs. sous Cass. com. 17 juin 2003 n° 01-11.300, *D.* 2003 p. 1910
  - « Pas d'aide à la reconversion des concessionnaires déçus ! », *D.* 2002 p. 1754
  - obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n°98, *D.* 2002 p. 2328
- Choisez S., « La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail », *Dr. soc.* 1993 p. 662
- Cholet D., « La novation de contrat », *RJT D civ.* 2006 p. 467
- Clay Th., « L'arbitrage en droit des affaires (table ronde) », *Cah. dr. entr.* 2008 Fasc. 6 p. 15
- Cohet-Cordey F., obs. sous Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004 n° 02-16.302 Bull. n° 2, *AJDI* 2005 p. 331
- Colombet S., obs. sous CA Paris 22 janv. 1992, *D.* 1993 som. p. 93
- Conac P.-H., « Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites », *Rev. soc.* 2010 p. 71
- Constantin A.,
  - « Illustration de la résiliation unilatérale d'un pacte d'actionnaires en raison de sa durée indéterminée », sous Cass. com. 6 nov. 2007 n° 07-10.620 et n° 07-10.785, *JCP E* n° 25 2008. 1829
  - obs. sous Cass. com., 12 juill. 2005 n° 03-12.507, *JCP G* 2005 I n°194
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 avril 2003 n° 01-14.890 Bull. n° 87, *JCP* 2003. I. 170 n° 15
  - obs. sous Cass. com. 6 fév. 2001 no97-19.190, *JCP G* 2001 I n°370
- Coquelet M.-L., « Proportionnalité et exécution forcée de l'obligation contractuelle de non-concurrence », *D. sociétés* n° 6 juin 2008 comm. 115.
- Cornesse I., « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles », *RRJ* 2003 p. 2433
- Cornu G.,
  - *RJT D civ.* 1978 p. 340
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 décembre 1976 Bull. n° 465, *RJT D civ.* 1977. 340
  - obs. sous Cass. soc. 14 avril 1961 n° 59-10.989, *RJT D civ.* 1962 p. 349
- Couret A.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1996 n° 94-12.760 Bull. n° 139, *BJS* 1996 p. 583
  - obs. sous CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. A 25 janv. 1995, *BJS* 1995, p. 413
- Couturier G., « L'ordre public de protection », in *Etudes offertes à J. Flour*, 1979 Les Mélanges, Defrénois
- Crémieux M., « Le secret des affaires », in *L'information en droit privé*, Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Loussouarn Y. et Lagarde P. 1978, LGDJ
- Dagot M., « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », *JCP* 1973 I 2577
- Daigre J.-J., obs. sous Cass. com. 13 fév. 1996 n° 93-13.173, *BJS* 1996 p. 496
- Dannenberger F., « Régime spécial de conventions réglementées pour les parachutes dorés », *CPA* 2007 n° 247 p. 6.
- De Brosses A., « La rupture fautive de relations commerciales établies », *DéP* 2003 06-2003 n° 116
- Defrénois-Souleau, obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 no91-11.690 Bull. n° 45, *Defrénois* 1993 art. 35578 p. 771
- De La Marnierre E., obs. sous Cass. com. 27 mars 1990, *D.* 1990.390

- De Laparre M., obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n°98, *RQDA* 2002 n° 52 n°3318
- Delebecque Ph,
  - « La bonne foi contractuelle : quid novi sub sole ? », *RQDC* 2008 n° 46 p. 6
  - obs. sous Cass. soc. 28 oct. 1992 n° 89-45.500 Bull. n° 521, *D.* 1993 Som. 211
  - obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21 et obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2007 n° 06-10.946, *RTD com.* 2008. 210
  - « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », Dossier Rupture unilatérale du contrat, *D&P* n° 126 mai 2004 p. 56
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *D.* 1999. Somm. 115
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 1996 Bull. n° 118, *Defrénois* 1996 p. 1025
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 février 1994 n° 91-18.764 Bull. n° 41, *JCP G* 1994 II 22294
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 avril 1987 no85-13.674, *D.* 1988 Jur. p. 1
  - obs. sous CA Saint-Denis de la Réunion 10 juin 1983, *Rev. jurisp. c. app. Saint-Denis* mai 1984 p. 23
- Delpech X.,
  - obs. sous Cass. com. 22 mars 2011 n° 09-16.660 Bull. n° 294, *D.* 2011 p. 2179
  - obs. sous Cass. com. 10 mars 2009 no08-15.457 Bull. no 38, *D.* 2009. AJ 869
  - obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007 no 04-16.069 Edf Bull. n° 265, *D.* 2008. AJ 154
  - obs. sous Cass. com. 5 juin 2007 n° 04-20.380 Bull. n° 156, *D.* 2007. 1723
  - obs. sous Cass. com. 5 juin 2007 no 06-14.832 Thales c/Extand Bull. n° 157, *D.* 2007. AJ 1720
  - obs. sous Cass.com. 27 fév. 2007 no05-17.265 Bull. n°73, *D.* 2007. AJ 1013
- Delporte C., obs. sous Cass. com. 27 avril 1974, *D.* 1975 p. 764
- Demogue R., *RTD civ.* 1929 p. 1091
- Dépincé M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », *RTD com.* 2009 p. 259
- Deshayes O., « Le Dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », *RQDA* 2010.51
- Despax M., *D.* 1969, jur. p. 692
- Desportes F., obs. sous Cass. com. 27 avril 1974, *D.* 1975 p.764
- D'Harcourt P., « De l'importance de la distinction en matière contractuelle entre la prorogation et la reconduction (ou le renouvellement) », *JCP E* 18/09/1997 n° 38 p. 330
- Dieng F., « Célibat et droit », *RDLC* 2009 59
- Dissaux N.,
  - obs. sous Cass. com. 31 janv. 2012 n° 11-11.071 Bull. n° 17, *JCP E* 2012 1143
  - obs. sous Cass. com. 28 sept. 2010 n° 09-13.888 Bull. n° 145, *JCP E* 2010. 1943
  - obs. sous Cass. com. 15 janv. 2008 n° 06-14.698, *JCP E* 2008 n° 22 II 11.105
  - « Le franchisé a droit à une indemnité de clientèle en cas de cessation du contrat du fait du franchiseur », *JCP E* 2008 n° 1 1020
- Do Carmo Silva J.-M., « La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature », *RQDC* 2007 n° 35
- Draï L., obs. sous Cass. soc. 3 fév. 2010 n° 07-44.491 Bull. n° 32, *JCP S* 2010 1140
- Dross W.,
  - « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007 p. 701
  - « La perpétuité des droits réels sui generis », *JCP G* 2012 n° 36 930

- Dubout H.,
  - « Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises », *BJS* 1992 p. 722
  - « L'exclusion des dommages consécutifs ou indirects dans les contrats d'acquisition d'entreprise », *BJS* 2002 p. 769
- Duloum B., « La détermination du prix du contrat tacitement reconduit », *JCP E* n° 39 24 sept. 2009 1904
- Duparc C., « L'ordre de l'exécution des obligations contractuelles », *RRJ* 2005. 137
- Dupichot Ph., obs. sous Cass. com. 14 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1. Pan. 19
- Dupré-Dallemagne A.-S., obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003 n° 00-10.243 et n° 00-10.949 Bull. n° 186, *D.* 2004. Jur. 869
- Eckert G., « Nullité des clauses de tacite reconduction », *CMF* n° 5, mai 2009, comm. 155
- Edelman B., « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001 Chron. p. 2315
- Encinas de Munagorri R., « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.* 2004 C. p. 711
- Eréséo N., obs. sous Cass. com. 28 sept. 2010 n° 09-13.888 Bull. n° 145, *RDL* 2011 n° 1 p. 121
- Esmein A., obs. sous Cass. 2ème civ. 17 fév. 1955, *D.* 1956 p. 17
- Etienney A.,
  - V. « Extinction du contrat, Effets », in *JCL Contrats-Distribution*, Fasc. 176, 2013 LexisNexis
  - « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », *D.* 2012 p. 1719
- Etner L., obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n°98, *CPA* 3 juill. 2003 p. 35
- Fabre R.,
  - V. « Contrat de licence de savoir-faire », in *JCL Brevets*, Fasc. 4710, 2013 LexisNexis
  - « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983 p. 1
- Fabre-Magnan M.,
  - « Par-delà les personnes morales, la relation commerciale », *RTD civ.* 2012 p. 721
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 12 juin 2012 no11-13.764, *RTD civ.* 2012 p. 527
  - obs. sous Cass. com., 29 juin 2010 n° 09-67.369, *RTD civ.* 2010 p. 782
  - obs. sous Cass. 3ème civ. 9 déc. 2009 n° 04-19.923, *RTD civ.* 2010 p. 105
  - obs. sous Cass. com. 10 juillet 2007 n° 06-14.768, *RTD civ.* 2007 p. 773
  - obs. sous Cass. com. 5 juin 2007 n° 04-20.380 Bull. n° 156, *RTD civ.* 2007. 569
  - obs. sous CA Versailles 27 sept. 1994, *JCP G* 1998 II 1000
  - obs. sous C.A. Paris 14 fév. 1997, *JCP G* 1998 II n° 10.000
  - « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1995.85
- Fages B., « L'art et la manière de rédiger un contrat », *D&P* juin 1999 p. 82
- Fauvarque-Cosson B., obs. sous Cass. 3ème civ. 10 nov. 2010 n° 09-15.937 Bull. n° 199, *D.* 2011 p. 472
- Ferré D. et Pihéry R., « De quelques décisions récentes en matière de rupture brutale de relation commerciale établie », *Option finance* n° 1024 Lundi 13 avril 2009 p. 27
- Ferrier D.,
  - obs. sous CA de Paris 29 nov. 2007, *D.* 2008 Pan. 2196
  - obs. sous Cass. com. 9 oct. 2007 n° 05-14.118, *D.* 2008 p. 388
  - obs. sous Cass. com. 17 juin 2003 n° 01-11.300, *D.* 2003 p. 2428
  - obs. sous Cass. com. 2 nov. 1993 n° 91-21.898 Bull. n° 371, *D.* 1995. 73
- Fontaine M.,
  - « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », *RD aff. int.* 1991 p. 3
  - « Les obligations « survivant » au contrat dans les rapports internationaux », *DPCI* 1984.7
  - « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », *Dr. pr. com. Int.* 1979 p. 469
- Frasson V., « 3 Questions : Publicité ciblée et données personnelles sur internet confrontées au respect de la vie privée », *JCP E* 17 fév. 2011 n° 7 p. 84

- Frison-Roche M.-A.,
  - « Résiliation du contrat par la seule formation d'une autre portabilité des numéros de téléphone », *RDC* 2006/02 p. 356
  - « L'impartialité du juge », *D.* 1999 p. 53
  - « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud, 1999, *Economica*
  - « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995 p. 573
- Le Gac-Pech S., « Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005 p. 223
- Galloux J.-C., « La protection du savoir-faire », *RTD com.* 2007 p. 529
- Gavalda C., « Le secret des affaires », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, 1965, *D.*
- Gavalda C. et Stoufflet J., « La loi du 24 janvier 1984 », *LP A* 18 mai 1984 n° 60
- Garcia M. R., obs. sous Cass. soc. 13 déc. 2000 n° 98-45.043, *LP A* 18 juill. 2001 p. 19
- Gaumont-Prat H., obs. sous CA Paris 22 janv. 1992, *D.* 1995 Jur. p. 128
- Génicon T.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 2011 n° 10-11.721, *RDC* 2011 /4 p. 1139
  - obs. sous Cass. com. 5 oct. 2010 n° 08-11.630, *RDC* 2011 431
  - obs. sous Cass. com., 29 juin 2010 n° 09-67.369, *D.* 2010 p. 2485
  - obs. sous Cass. com. 30 oct. 2007 n° 05-17.882 Bull. n° 231, *RDC* 2008. 255
  - obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007 no 04-16.069 Edf Bull. no 265, *RDC* 2008. 262
  - « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008. 982 s., spéc. p. 984-985
- Gény F., « De l'application de l'article 1657 du Code civil aux ventes de bois sur pied entre particuliers », *JCP* 1944. I. 396
- Ghestin J.,
  - « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de D. Tallon*, D'ici et d'ailleurs : harmonie et dynamique du droit, 1999, Société législation comparée, p. 251
  - « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1998 C 1 « Le mandat d'intérêt commun », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, 1991, Montchrétien Les Mélanges
  - « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Mélanges dédiés à A. Weill*, 1983, Université des sciences juridiques, politiques et sociales et de technologie, Strasbourg, p. 243
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 nov. 1979 n° 77-15.903 Bull. n° 279, *D.* 1980 I.R. p. 264
- Giraud-Van Gaver Ch., « Transaction et départ négocié », *Les cahiers du DRH* 2001 n° 38
- Gomy M., « La primauté du droit à la déspecialisation partielle sur la clause de non-concurrence », *RCD A* 2012 75
- Gontard Th. et Nevzi N.,
  - « Les aspects corporate », *RDC* 2009 n° 62 p. 54
  - obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 avril 2002 n° 00-18.009 Bull. n° 68, *JCP E* 2002. 1555
- Goubeaux G., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 janv. 1987 n°85-12.676 Bull. n°11, *JCP G* 1987 II n°20860
- Granier T., obs. sous Cass. com. 12 oct. 2010 n° 09-13.006, *Rev. soc.* 2011. 440
- Grizaut A., « Rupture brutale des relations commerciales, réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6 », *D&P* n° 116 juin 2003 p. 71
- Grignon Ph.,
  - obs. sous Cass. com. 17 juin 2003 n° 01-11.300, *JCP E* 2004 n° 464
  - obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n°98, *JCP E* 2002 Cah. dr. entr. n°5 p. 33 n°9



- Grosser P.,
  - obs. sous Cass. com. 5 oct. 2010 n° 08-11.630, *JCP* 2011 63
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n° 07-17.134 Bull. n° 243, *JCP* 2008 II 10198
  - obs. sous Cass. com. 11 juill. 2006 n° 04-20.438, *JCP G* 2006 I 176
  - obs. sous Cass. AP 14 avril 2006 n° 02-11.168 Bull. n° 5, *JCP G* 2006 II n° 10087
- Groutel H., « Contrat à durée déterminée sans clause de tacite reconduction », *Resp. civ. et assur.* n° 6 juin 2008 comm. 208
- Grynbaum L., « De la règle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre moral », *RDC* juill. 2004 p. 854
- Guyot I., « Le caractère extérieur de la force majeure », *RRJ* 2002 n° 1 p. 213
- Gulphe P., « Le secret professionnel du banquier en droit français », *RTD com.* 1948 p. 13
- Guyot I., « Le caractère extérieur de la force majeure », *RRJ* 2002 n° 1 p. 213
- Hagel F., « La protection juridique des informations à caractère économique, Enjeux et perspectives », Deuxième table ronde, Actes du Colloque Prometheus, Assemblée nationale 18 oct. 2010, p. 19-20
- Haller M.-C., « Une clause de confidentialité peut valablement prévoir sa survie après la cessation du contrat de travail », *SS Lamy* 2008 n° 233
- Hauser J., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n° 07-17.646 Bull. n° 241, *RTD civ.* 2009. 111
- Hauser J. et Lemouland J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », *Encyclopédie Civil D.* mars 2004
- Hémard J., obs. sous CA Lyon 3 mars 1966, *RTD com.* 1966 p. 643
- Héron J., « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits* 1988 n° 7 p. 85
- Houtcieff D.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n° 07-17.646 Bull. n° 241, *JCP* 2009. II. 10000
  - obs. sous Cass. com. 10 juill. 2007 n° 06-14.768 Bull. n° 188, *JCP G* 2007 II n° 10154
  - « Quelle sanction pour la contradiction ? », *RDC* juill.-août 2005 p. 5
- Hovasse H., obs. sous Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 2000 n° 97-17.952, *Defrénois* 2000 p. 504
- Huet A.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *D.* 2009.684 C.
  - « Droit de l'informatique : le régime juridique de la télématique interactive », *JCP G* 1984 I n°3147
- Huet J., « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* 1983 I 3095 n° 18
- Humann C., « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. immob.* 1997 p. 169
- Jamin C.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 avril 2003 n° 01-14.890 Bull. n° 87, *JCP* 2004. II. 10031
  - « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.* 2003 p. 2878
  - « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges offerts J. Ghestin*, 2001, LGDJ p. 441
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 fév. 2001 n° 99-15.170 Bull. n° 40, *D.* 2001 p. 1568
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *D.* 1999. 197
  - « Pour en finir avec la formation du contrat ! », « Le contrat, thème du 94<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, *CPA* 1998 n° spécial, p. 25
  - obs. sous Cass. com. 2 juill. 1996 n° 93-14.130 Bull. n° 198, *JCP* 1996. I. 3983 n° 14
  - « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995 p. 389
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 sept. 2003 n° 02-12474 Bull. n° 161, *JCP* 1993 I 3725
- Jamin C. et Billau M., « Le juge des référés impose la poursuite des effets d'un contrat d'assurance valablement dénoncé par l'assureur », obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n° 99-18.576, *D.* 2001 p. 256



- Jaults-Seseke F., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *D.* 2009.200
- Jeandidier W., « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1970 p. 700
- Jeantin M., obs. sous CA Paris 2<sup>ème</sup> ch. B 21 oct. 1994, Sté Poincaré Immobilier c/Sté consorts Haziza, *BJS* 1995 p. 43
- Jestaz Ph., « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, 1985, *D.* p. 273
- Jeuland E., « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003 p. 455
- Josserand L.,
  - « Le contrat forcé et le contrat légal », *D.* 1940 p. 2
  - « Le contrat dirigé », *DH* 1933 chr. p. 89
- Jourdain P.,
  - obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007 n° 04-16.069 EDF Bull. n° 265, *RTD civ.* 2008. 310
  - obs. sous Cass. com. 9 oct. 2001 n° 99-16.512, *RTD civ.* 2002 p. 304
- Jourdan D., « Rédaction d'une clause de non-concurrence », *JCP S* 2006 n° 48 1943
- Juvénal J., « La rédaction de la clause compromissoire », *RDC* 2011 n° 86 oct. 2011
- Karaquillo J.-P.,
  - « Validité d'une clause résolutoire au profit d'un professionnel sportif lié par un contrat à durée déterminée », *D.* 2009.2662
  - « Nullité de la clause de libération anticipée incluse dans un contrat à durée déterminée liant un entraîneur sportif à un club », *D.* 1991.614
- Keita M.,
  - « Le pacte de préférence à la croisée des chemins entre droit des contrats et droit de propriété », *RDC* 2010. 3837
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 avril 2003 n° 01-14.890 Bull. n° 87, *JCP E* 2004. 30
  - obs. sous Cass. com. 24 fév. 1998 n° 96-12.638 Bull. n° 86, *JCP G* 1999 II 10003
- Kenfack H.,
  - « Actualité des promesses de vente », *DéP* 2012 n° 219
  - « Distinction entre clause pénale et indemnité d'immobilisation », *RDC* 2009 n° 62 p. 7
  - obs. sous Cass. com. 28 juin 2005 n°03-20.744 Bull. n° 147 ; *D.* 2005. 2748
  - obs. sous Cass. com. 14 janv. 2003 n° 00-11.781, *D.* 2003 p. 2304
  - « Défaillance de la condition : la Cour de Cassation maintient le caps dans l'application stricte de l'article 1176 du code civil », sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 déc. 2001 n° 99-15.682 Bull. n° 158, *D.* 2002 p. 1.586
- Kessedjian C., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 nov. 1993 n° 91-15.194 Bull. n° 313, *R. arbitr.* 1994 p. 108
- Kroes N., « La libre concurrence n'est pas une fin en soi », *Concurrences* n° 3-2007 p. 1
- Kullman J.,
  - obs. sous CA Paris 15 mai 2002, *RGAT* 1992 p. 892
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 mai 1992 n° 89-15.860 Bull. n° 162, *D.* 1992 p. 402
- Labarthe F.,
  - « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », in *Mélanges offerts à J. Normand*, 2003, Litec, p. 275
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 juin 2001 n°98-20.673 Bull. no°166, *JCP* 2002. I. 134 n°1 s.
- Lagarde X.,
  - « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007 p. 740
  - « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP G* 1996 I 3974
- Lalou H., « La gamme des fautes », *D.H.* 1940 C. p. 17

- Laithier Y.-M. et Mazeaud D., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 déc. 2009 n° 04-19.923, *RDC* 2010 p. 561
- Lardeux G., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 fév. 2009 n° 08-10.677 Bull. n° 47, *RDC* 2009 p. 1100
- Larroumet Ch.,
  - obs. sous Cass. ch. mixte 23 nov. 1990 n° 86-19.396, *D.* 1991, p. 121
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 janvier 1982 n° 80-15.745, *D.* 1982 p. 457
  - obs. sous Civ. 8 mai 1974, *D.* 1975. 305
- Latreille A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 2006 n° 156 et 157 p. 4
- Le Bars B., « La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002 p. 381 et s. n° 13.
- Le Cannu, obs. sous CA Paris 14 mars 1990, La Cinq, *BJS* 1990. 325
- Leclercq P. et Catala P., « L'information est-elle un bien ? » in *Droit et informatique*, J. Carbonnier et al., 1992, L'hermine et la puce Broché p. 91-110
- Lécuyer H.,
  - V. « Réserve Réduction des libéralités », 2013, *Rép. civ. D.*
  - « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », in «Le contrat, thème du 94<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France », *LPA* 1998 n° spécial p. 44
- Le Galou C., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 juin 2010 n° 09-15.361 Bull. n° 114, *RDC* 2010/74 n° 3920
- Legeais D., obs. sous Cass. ch. mixte 23 nov. 1990 n° 86-19.396, *JCP G* 1991 II 21642
- Legrand H.-J. et Morin M.-L., *Rev. drt. trav.* 2008 p. 10.
- Le Nabasque H., obs. sous Cass. com. 2 février 1993 n°91-17.167, *Rev. soc.* 1993 n°77
- Lesguillier G., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 mars 1988, n° 86-11.144, *Bull. Joly* 1988 p. 360
- Le Stanc, C. « Existe-t-il une responsabilité post-contractuelle ? », *JCP E* 1978 I 12735 n° 27
- Letombe E., « La convention collective ne peut pas priver le salarié de contrepartie financière », *JCP S* 2008 n° 44-45 p. 26
- Le Tourneau Ph.,
  - V. « Obligations de moyens et de résultat », in *JCL Civ. C.* Fasc. 20, 2013, LexisNexis
  - « Variation autour de la protection du logiciel », *Gaz. Pal.* 1982 II D. p. 297
- Leveneur L.,
  - obs. sous Cass. com. 31 janv. 2012 n° 11-11.071 Bull. n° 17, *CCC* 2012 comm. 83
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 oct. 2009 n° 08-20.048 Bull. n° 1013, *CCC* 2010 comm. n° 1
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 21 janv. 2009 no 08-10.439 Bull. n° 13, *CCC* 2009. 94
  - « Quelle est la durée d'un contrat tacitement reconduit ? », obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 mars 2006 n° 04-12.914, *CCC* 2006 n° 3 mars comm. 43
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 fév. 2004 n° 01-20.020, *CCC* 2004 Comm. 55
  - obs. sous Cass. com. 17 juin 2003 n° 01-11.300, *CCC* 2003 comm. 133
  - « Secret, Personnes et Famille – Le secret des origines », *DéP* 2002 102
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 nov. 2005 n° 02-21.366 Bull. n° 413, *CCC* 2002 comm. 43
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 2002 n° 00-15.297 Bull. n° 163, *CCC* 2002 comm. 156
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2002 n° 98-21.813, *CCC* 2002 Comm. 119
  - obs. sous Cass. com. 22 févr. 2000, n° 97-15.560, *JCP E* 2000 p. 1429
  - obs. sous Cass. com. 23 nov. 1999 no96-21.869 Bull. n° 210, *CCC* 2000 no 40
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 décembre 1998 n° 94-11.848 Bull. n° 343, *CCC* 1999 comm. 38
  - obs. sous Cass. com. 10 fév. 1998 n° 95-21.906, *JCP E* 1998 n° 23 p. 894
  - « Le forçage du contrat », *DéP* mars 1998 p. 69
  - « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », *CCC* mars 1994 C. p.3

- obs. sous Cass. com. 2 nov. 1993 n° 91-21.898 Bull. n° 371, *CCC* 1993. comm. 22
- *RJD civ.* 1988 122
- Libchaber R.,
  - V. « Biens », 2013, in *Rép. civ. D.*
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n° 07-17.646 Bull. n° 241, *Defrénois* 2009. 671
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 juin 2006 Bull. n° 164, *Defrénois* 2006. 1858
  - obs. sous Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004 n° 02-16.302 Bull. n° 2 *Defrénois* 2004 p. 1402
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 juill. 2001 n° 99-14.784 Bull. n° 94, *D.* 2002 p. 433
  - « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. Soc.* 1995 p. 437
- Licari F.-X., obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n° 98, *JCP G* 2003 II n° 10164
- Lienhard A. Cass. com. 15 mai 2007 n° 05-19.464 Bull. n° 133, *D.* 2007. AJ. 1511 obs.
- Lindon R. obs. sous C.A. Paris 14 mai 1975 *D.* 1975 J. p. 687
- Loiseau G.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 sept. 2005 n° 04-10.856 Bull. n° 166, *JCP G* 2005 II 10173
  - « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *DéP* sept. 2002 p. 26
- Loquin É., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 nov. 1993 n° 91-15.194 Bull. n° 313, *JDI* 1994 p. 690
- Loussouarn Y., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 27 nov. 1969 Bull. n° 772, *RJD civ.* 1970 p. 798 n° 13
- Luby M., « Sommes-nous tous des consommateurs ? », *DéP* oct. 2002 p. 44
- Lyon-Caen G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RJD civ.* 1946 p. 95-96
- Lyonnet B., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *Gaz. Pal.* 5 déc. 2000 p. 15
- Mainguy. D.,
  - « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.1495
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *JCP E* 2009.1479
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 mars 2007 n° 06-10.946, *JCP E* 2008.1638
  - obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *DJCP E* 2008.1638
- Malaurie-Vignal M.,
  - « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », *JCP E* 2012 n° 25. 1402
  - obs. sous Cass. com. 31 janv. 2012 n° 11-11.071 Bull. n° 17, *JCP E* 2012 1205
  - obs. sous Cass. com. 28 sept. 2010 n° 09-13.888 Bull. n° 145, *CCC* 2010 comm. 271
  - « Clause de non-concurrence et clause de non-sollicitation », *CCC* 2009. 288
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 2008 n° 07-15.823, *CCC* 2008 n° 270
  - obs. sous Cass. com. 11 juill. 2006 n° 04-20.438, *CCC* 2006 comm. 232
  - « Une clause d'exclusivité exemptée », *CCC* n° 4, avril 2005 comm. 67
  - obs. sous CA de Versailles 24 mars 2005, *CCC* 2005 n° 133
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 juill. 2006 n° 05-12.193 Bull. n° 360, *CCC* 2006 comm. n° 196
  - « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997 p. 207
  - « Parasitisme et investissements d'autrui », *D.* 1996 C. p. 177
- Malinvaud Ph., « Le "contenu certain" du contrat dans l'avant-projet "chancellerie" de code des obligations », *D.* 2008 p. 2551
- Mallet Bricourt B., « Loi « Châtel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *DéP* 2005 09-2005, n° 140-3
- Marais A.,
  - « Codification et simplification du droit à l'aune du droit européen des contrats », *RDC* 2006/02 p. 526
  - « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LP A2* oct. 2002 p. 7
- Marchi J.-P., obs. sous TGI Paris 11e ch. 28 janv. 1985, *D.* 1985 Jur. p. 357

- Marino L., « Le contrat ne meurt pas en France », sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 janv. 1996 n° 94-12.412, *JCP G* n° 11, 12 mars 1997, II 22800
- Marmoz F., obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *JCP G* 2007. II. 10108
- Martial-Braz N., « Indivisibilité et caducité... ou l'art de la conciliation exercé par la Cour de cassation », *RDC* 2008 n° 45
- Martin D. R., « Le consommateur abusif », *D.* 1987 doct. p. 150
- Martin R.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mai 2000 n° 98-15.499 Bull. n° 115, *CPA* 2002 n° 64 p. 1
  - « L'esquisse contractuelle et la mort », *D.* 1993 chr. p. 236
- Martin-Serf A., obs. sous Cass. com. 15 nov. 2005 n° 04-16.416 Bull. n° 227, *RTD com.* 2006. 204
- Marino L., « Le contrat ne meurt pas en France », *JCP G* II 22800
- Mathey N.,
  - obs. sous Cass. com. 26 mars 2008 n° 07-10.286, *CCC* 2008 comm. 154
  - obs. sous Cass. com. 29 janv. 2008 n° 07-12.039 Bull. n° 21, *CCC* 2008 comm. 78
  - obs. sous CA Paris 11 févr. 1999, *CPA* 9 mars 2000 p. 13
- Mayer P., « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *R. arbitr.* 1998 p. 364
- Mazeaud D.,
  - Cass. com., 29 juin 2010 n° 09-67.369, *D.* 2010 p. 2481
  - obs. sous Cass. com. 9 juin 2009 n° 08-10.350, *Contrats* 2009, 1359
  - *RDC* 2009. 1016
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 30 oct. 2008 n° 07-17.646 Bull. n° 241, *RDC* 2009. 49
  - « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008 p. 1776
  - « Cause et ensemble contractuel indivisible », *RDC* 2007 p. 256
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 juin 2006 Bull. n° 164, *D.* 2006. Jur. 2963
  - note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 sept. 2005, *D.* 2006. 761
  - obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003 n° 00-10.243 et n° 00-10.949 Bull. n° 186, *RDC* 2004. 257
  - Cass. com. 3 juill. 2003, *RDC* oct. 2004 p. 931
  - obs. sous Cass. com. 30 oct. 2000 n° 98-11.224, *D.* 2001 Som. 3242
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2001 n° 99-18.442 Bull. n° 98, *D.* 2001. Somm. 3240
  - « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », *D.* 2001 Som. p. 3237
  - « Se dédire sans dédit, vaut ! », *D.* 2001 Som. p. 3242
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n° 99-18.576, *D.* 2001 p. 1137
  - « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélange en l'honneur de F. Terré*, L'avenir du droit, 1999, D. PUF p. 603
  - « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Mélanges offerts J. Ghestin*, 2001, LGDJ p. 637
  - obs. sous Cass. com. 23 nov. 1999 n°96-21.869 Bull. n° 210, *Defrénois* 2000. 245
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *Defrénois* 1999. 374
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 fév. 1982 n° 80-15.794 Bull. n° 37, *D.* 1999 p. 403
  - « L'exigence de cohérence contractuelle lors de l'expiration du contrat : La vision individualiste et égoïste du rapport contractuel perdait du terrain », *D.* 1999 Somm. p. 114
  - « L'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie », *D.* 1998.113
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 déc. 1997 n° 95-16.461 Bull. n° 223, *Defrénois* 1998. 336
  - obs. sous Cass. com. 2 juill. 1996 n° 93-14.130 Bull. n° 198, *Defrénois* 1996 art. 36434 n° 146
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 oct. 1975 n° 74-13.217 Bull. n°290, *D.* 1976. 151
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 fév. 1969 Bull. n° 60, *D.* 1969. 601
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1er juin 1964 n° 61-12.278, *JCP G* 1964 II n° 13802

- Meffre J.-M. et Kouchnir-Cargill N., « Rupture brutale des relations commerciales établies : mode d'emploi 1re partie : conseils à l'auteur de la rupture », *DéP* 2003 n° 121
- Mekki M.,
  - « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », *D.* 2006 p. 587
  - « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006 p. 1051
- Merland L., « La caducité, sanction de l'accord provisoire qui ne devient pas définitif ? », *RDC* 2008.50
- Mestre J.
  - « La résiliation unilatérale sans motif et... sans abus », *RTD civ.* 2006 p. 314
  - « Rupture abusive et maintien forcé du contrat », *RDC* 2005 p. 99
  - obs. sous Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004 n° 02-16.302 Bull. n° 2, *RTD civ.* 2005 p. 125
  - obs. sous Cass. com. 4 fév. 2004 n° 99-21.480, *RTD civ.* 2004, p. 731
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 7 nov. 2000 n° 99-18.576, *RTD civ.* 2001 p. 135
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *RTD civ.* 1999. 394
  - obs. sous Cass. com. 7 avr. 1998 n° 96-13.219 Bull. n° 126, *RTD civ.* 1999 p. 79
  - obs. sous Cass. com. 22 avr. 1997 n° 94-18.953, *RTD civ.* 1997. 651
  - obs. sous Cass. com. 10 fév. 1998 n° 95-21.906 *RTD civ.* 1998 p. 365
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 19 mars 1996 n° 94-12.760 Bull. n° 139, *RTD civ.* 1996 p. 907
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 6 mars 1996 Bull. n° 118, *RTD civ.* 1996 p. 207
  - obs. sous Cass. com. 22 fév. 1994 n° 91-18.842 Bull. n° 79, *RTD civ.* 1994. 849
  - obs. sous Cass. com. 2 nov. 1993 n° 91-21.898 Bull. n° 371, *RTD civ.* 1994. 599
  - obs. sous Cass. com. 2 fév. 1993 no91-17.167, *RTD civ.* 1993 p. 819
  - obs. sous CA Versailles 22 nov. 1991, *RTD civ.* 1992 n° 556
  - « Un nouvel exemple de suspension de contrat », *RTD civ.* 1992 p. 391
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 4 juin 1991 n° 90-11.295 Bull. n° 180, *RTD civ.* 1991. 737
  - V. « Les clauses d'avenir », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 1990, PUAM
  - « Du souci de pérennité contractuelle », *RTD civ.* 1990 p. 653
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 29 nov. 1989 Bull. n° 365, *RTD civ.* 1990 p. 474
  - obs. sous Cass. com. 5 déc. 1989 n° 88-12.431, *RTD civ.* 1990 p. 280
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 8 mars 1988, n° 86-11.144, *RTD civ.* 1990 p. 280
  - obs. sous Cass. 3ème civ. 10 mai 1989 n° 87-18.130 Bull. n° 109, *RTD civ.* 1990 p. 69
  - obs. sous Cass. 3ème civ. 29 avr. 1987 n° 84-17.021 Bull. n° 93, *RTD civ.* 1988 536
  - obs. sous Cass. com. 8 déc. 1987 n° 86-13.843, *RTD civ.* 1988 p. 522
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 16 déc. 1986 n° 85-11.396, *RTD civ.* 1987 p. 750
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 28 avr. 1987 n° 85-13.674, *RTD civ.* 1987 p. 537
  - *RTD civ.* 1987 p. 316-317
  - *RTD civ.* 1987 p. 757
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 12 mars 1985 n° 84-10.169 Bull. n° 94, *RTD civ.* 1986 p. 345
  - obs. sous Cass. 3ème civ. 5 déc. 1984 n° 83- 11.788 Bull. n° 207, *RTD civ.* 1985 p. 372
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 3 nov. 1983 n° 82-13.112 Bull. n° 252, *RTD civ.* 1985 p. 166
- Mestre J. et Fages B.,
  - obs. sous Cass. com. 6 fév. 2007 n° 04-13.178 Bull. n° 21, *RTD civ.* 2007.343
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 12 juill. 2006 n° 04-13.204, *RTD civ.* 2007 p. 105
  - obs. sous Cass. com. 12 juill. 2005 n° 03-12.507, *RTD civ.* 2006 p. 307
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 15 nov. 2005 n° 02-21.366 Bull. n° 413, *RTD civ.* 2006 p. 114
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 15 nov. 2005 n° 02-21.366 Bull. n° 413, *RTD civ.* 2005. 588
  - obs. sous Cass. 1ère civ. 15 nov. 2005, *RTD civ.* 2005 p. 114
  - obs. sous CA de Versailles 5 déc. 2002, *RTD civ.* 2004 p. 498



- obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003 Bull. n° 186, *RTD civ.* 2004. 80
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 29 janv. 2002 n° 99-18.680, *RTD civ.* 2003 p. 501
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 24 sept. 2002 n° 00-21.278 Bull. n° 218, *RTD civ.* 2003 p. 286
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 2002 n° 00-15.297 Bull. n° 163, *RTD civ.* 2003 p. 284
- obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 fév. 2004 n° 02-15.269 Bull. n° 42, *RTD civ.* 2003 p. 279
- « La perpétuité est toujours prohibée » sous Cass. civ. 19 mars 2002 n° 99-21.209, *RTD civ.* 2002 p. 511
- obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 déc. 2001 n° 99-15.682 Bull. n° 158, *RTD civ.* 2002 n° 2 p. 299-301
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 juin 2001 n°98-20.673 Bull. n°166, *RTD civ.* 2002. 88
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 janv. 2002 n° 99-11.840, *RTD civ.* 2002 p. 297
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 fév. 2001 n° 99-15.170 Bull. n° 40, *RTD civ.* 2001 p. 363
- obs. sous Cass. com. 23 mai 2000 n° 97-10.553, *RTD civ.* 2001 p. 137
- obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2001 n° 99-18.442 Bull. n° 98, *RTD civ.* 2001. 584 n° 3
- obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 fév. 2000 no98-17.860, *RTD civ.* 2000 p. 564
- obs. sous CA Paris 26 mars 1999, *RTD civ.* 2000 p. 114
- Mignot M.,
  - V. « Vente Nature et Forme Modalités du contrat », in *JCL Civil Code Fas.* Unique art. 1584, 2013, LexisNexis
  - « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006. 1805
- Molfessis N., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mai 2001 n° 99-20.597 Bull. n° 133, *RTD civ.* 2001 p. 699
- Monéger J., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 fév. 1992 n° 90-16.148 Bull. n° 46, *JCP E* 1993 II n° 429 n° 9
- Monnet J., obs. sous CA Basse Terre 1<sup>ère</sup> ch. 29 janv. 2007 Centre de Biologie Médicale de Grande Terre c/Garnier, *D. sociétés* n° 1 2008 comm. 14
- Montels B., « La violence économique : illustration du conflit entre droit commun du contrat et droit de la concurrence », *RTD com.* 2002 p. 417
- Moreau M.-A., « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *DéP* 1999, Dossier Question de Concurrence
- Morlaas-Courtiez M., « L'exigence d'une contrepartie financière pour la validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'affaires », *RDLA* 2013 78
- Mouly J., obs. sous Cass. soc. 27 mai 1992 n° 89-41.704 Bull. n° 342, *JCP E* 1992 II n° 379
- Mouly-Guillemaud C.,
  - « La relation établie entre tiers, propagation de la notion et hypertrophie de l'effet », *RDLA* 2013 n° 78
  - obs. sous Cass. com. 2 novembre 2011 n° 10-25.323, *D.* 2012 p. 795
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 8 oct. 2009, *D.* 2010 p. 480
- Moury J., « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994 p. 255
- Mousseron J.-M.,
  - « Secret et contrat ; De la fin de l'un à la fin de l'autre », in *Mélanges J. Foyer*, 1997, PUF Paris
  - « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, 1991, D.
  - « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988 p. 481
  - « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à A. Fauffret*, 1974, PUAM
- Mousseron J.-M. et Seube A., « A propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.* 1973. Chron. 197 spéc. 205



- Najjar I.,
  - « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003. C. 708
  - « L'accord de principe », *D.* 1991 p. 57
  - obs. sous Cass. com. 8 févr. 1982, *D.* 1983.57
- Normand J., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n° 1724 Bull. n° 286 Société Trésis et IPIB, *RTD civ.* 2002 C. p. 137
- Nossereau M., « Le terme, modalité de l'obligation », *DÉP* 2000, n° 78
- Olivier J.-M., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n° 83-11.788 Bull. n° 207, *Deffrénois* 1986 art. 33.653
- Osman F.,
  - « La clause résolutoire », *Deffrénois* 1993 p. 73
  - « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Deffrénois* 1993 p. 65
- Ost. F., « Juge pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, 1983, Publication des Facultés Universitaires de Saint-Louis
- Ouerdane-Aubert de Vincelles C., « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », *RDC* juill 2008 p. 1034
- Paclot Y., « Secret et relations d'affaires — Les diverses facettes du secret des affaires », *DÉP* 2002 102
- Pactet Ch., « De la réalisation de la novation », *RTD civ.* 1975 p. 435
- Paisant G.,
  - « À la recherche du consommateur », *JCP* 2003 I 121
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 janvier 1991 n° 89-15.780 Bull. n° 19, *D.* 1991.481
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n° 83- 11.788 Bull. n° 207, *JCP G* 1986 II n° 20.555
- Pancrazi M.-E., « Les clauses de rétroactivité », *RTD civ.* 2011 p. 469
- Paulin Ch.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 2011 n° 10-11.721 *RDC* 2011 /84 n° 4296
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 17 mai 1993 n° 90-19959 Bull. n° 182, *D.* 1994 n° 34 p. 483
  - « Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994 p. 483
- Paulsson J., « L'adaptation du contrat », *Rev. arb.* 1984 p. 249
- Pédamon M., « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », *Bull. d'actualités Lamy Droit économique* déc. 2001
- Peisse M., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 oct. 1997 n° 95-16.717 Bull. n° 279, *Gaz. Pal.* 1999 2 somm. p. 408
- Pellé S., « La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats », *D.* 2007 p. 364
- Pelletier C., « La caducité des actes juridiques en droit privé français », *l'Harmattan* 2004 n° 20
- Pellier J.D., « Appréciation d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de remplacement », *JCP E* 2008 n° 39, 2172
- Père D., « L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration », *D.* 2004 p. 1786
- Perrot R., *Le mandat irrévocable*, Travaux Association H. Capitant t. X 1956
- Pétel-Teyssié I., V. « Art. 1780 », in *JCL Civil Code*, 2013, LexisNexis
- Picca G. et Sauret A., obs. sous Cass. soc. 18 sept. 2002 n° 99-46.136, *LP A* 2002 n° 220 p. 4

- Picod Y.,
  - V. « Contrats et Obligations, Article 1134 et 1135 », in *JCL Civil Code*, Fasc. Unique, 2013, LexisNexis
  - V. « Exécution de bonne foi des conventions art. 1134 et 1135 », in *JCL Civil Code*, 2013, LexisNexis
  - obs. sous Cass. com. 4 juin 2002 n° 00-14.688 Bull. n° 98, *D.* 2003 p. 904
  - obs. sous Cass. soc. 29 juin 1999 n° 97-40.082 Bull. n° 309, *Cah. dr. entr.* 2000 som. p. 318
  - obs. sous CA Paris 19 juin 1990, *D.* 1991 p. 515
  - « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP* 1990 D. 3447 § 4
  - « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988 I 3318
- Pierre P., « Le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses », *JCP G* 1996 I n° 3981
- Pietrancosta A., « Break-up fees et offres publiques : une pratique en voie de consécration ? », Colloque « Actualité boursière » 3 avril 2008 in *Mélanges AEDBF-France U* 2008 p. 349, RTDF 2008 n° 2 p. 22
- Pietri J.-P., « Clause de tacite reconduction et marché de prestations de services », obs. sous CAA Paris 24 oct. 2008 n° 07PA00523, SA 3 BP, *CMF* n° 1, janv. 2009, comm. 5
- Pignarre L.-F., « Clause de non-concurrence et Droits fondamentaux », *D.* 2009 n° 18 p. 1256
- Pillet G., « Prémption et retrait », in *Rép. civ. D.* 2010.
- Pinna A., « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003 p. 3
- Poillot-Peruzzetto S., obs. sous Cass. com. 22 fév. 2000 n° 97-15.560, *CCC* 2000 comm. 99
- Pollaud-Dulian F.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 28 janv. 2009 n° 07-14.526, arrêt n° 59 FS-D, *RTD com.* 2010 p. 717
  - « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *Dal. Aff.* 1996, p. 539
- Poumarède M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in *Droit de la responsabilité et des contrats, D. Action* 2012 sous la direction de Ph. Le Tourneau
- Prigent S., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 fév. 2009 n° 08-10.677 Bull. n° 47, *AJDI* 2009 p. 637
- Prigent J., « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective sur l'acquisition de la clause résolutoire », réf. Cass. com. 28 oct. 2008 n° 07-17.662. *Lexbase Hebdo* n° 328 éd. priv. Générale
- Py B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pénal D.* 2004 p. 133
- Radé C.,
  - Cass. soc. 16 mars 2005 n° 03-40.251 Bull. n° 94, *RDC* 2005. 763
  - « Feu la résolution judiciaire du contrat de travail », *Dr. soc.* 2001. 624
- Raffray J.-G., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n°91-11.690 Bull. n°45, *JCP N* 1994 II p. 94
- Rakotovahiny M.-A., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juin 2002 n° 00-15.297 Bull. n° 163, *D.* 2002 p. 3108
- Randoux D., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 mars 1996 n° 94-12.760 Bull. n° 139, *Rev. soc.* 1997 p. 117
- Rassat M.-L., « Dossier le Secret — Le secret médical », *D&P* 2002.102
- Ray J.-E., « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.380
- Raymond G.,
  - « Information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction », *CCC* n° 2 fév. 2009 comm. 62
  - « Reconduction du contrat de crédit et preuve de l'exécution de l'obligation d'information », *CCC* n° 1 janvier 2008 comm. 32

- Raynard J.,
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *RTD civ.* 1999. 506
  - Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n°91-11.690 Bull. n°45, *JCP E* 1994 I no313 no 14
  - « Les restitutions dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence PUAM
- Reifegerste, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 avril 2002 n° 00-18.009 Bull. n° 68, *JCP* 2002. II. 10154
- Rémy Ph.,
  - *RTD civ.* 1988. 146.
  - « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in *Le droit contemporain des contrats*, 1987, Economica, p. 271
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 1984 n° 83- 11.788 Bull. n° 207, *RTD civ.* 1985 p. 592
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 21 nov. 1984 n° 83-13.919 Bull. n° 198, *RTD civ.* 1985 p. 591
- Retterer S., « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.* 2003 p. 1210
- Revet T., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 4 juill. 2001 n°99-14.784 Bull. n°94, *RTD civ.* 2002 p. 125 obs.
- Rey F.-A., « Les difficultés d'application de la loi Châtel II. du 3 janvier 2008 : le non-professionnel en question », *RQDA* n° 27-2009 n° 40
- Richer L., obs. sous CE 29 nov. 2000 n° 205143 Commune de Païta Mon. TP 29 déc. 2000 TO p. 333, *AJDA* 2001 p. 101 et p. 219
- Ripert G., obs. sous Cass. req. 11 nov. 1912, *DP* 1913 I p. 105 rapp. Lardenois
- Rivoal O., « L'effet « partiel » de la résiliation unilatérale des cautionnements à durée indéterminée ou de la nécessité pour le juge de distinguer les obligations de couverture et de règlement », *JCP* 2005 II 10.004
- Rizzo F., « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels, Dossier Le Droit face aux temps », *D&P* 01-2000 n° 78.
- Robert J., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 n° 91-11.690 Bull. n° 45 ; *D.* 1993 Som. p. 306
- Robert J.-A. et Charluteau Q.,
  - « La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels », *RQDC* 2009 n° 62 p. 51
  - « Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *RQDC* 2010 n° 68
- Rochfeld J.,
  - « Reconduction des contrats – Crédits », *RTD civ.* 2005 p. 478
  - obs. sous Cass. com. 4 fév. 2004 n° 99-21.480, *JCP G* 2004 I n° 149
  - « Du contrôle des clauses de « cessation » du contrat au regard de leur potestativité », obs. sous obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 oct. 2001 n° 00-10.0, *JCP* 2002 I 134
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2001 n° 99-18.442 Bull. n° 98, *JCP* 2001. I. 354 n° 19
  - « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Mélanges offerts J. Ghestin*, 2001, LGDJ
- Rodière R., « Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954 p. 201
- Roets D., « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997 Chron. p. 92
- Rouast A., obs. sous C.A. Paris 30 avril 1963, *D.* 1963.428
- Rouvière F., « Obligation comme garantie », *RTD civ.* 15/04/2011 p. 1
- Rzepecki N., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 13 oct. 1998 n° 96-21.485 Bull. n° 300, *JCP* 1999. II. 10133
- Rouquet Y., Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 nov. 2010 n° 09-15.937 Bull. n° 199, *D.* 2010 p. 2769
- Saint Pau J.-C., « Droit à réparation, Condition de la responsabilité contractuelle, Art. 1146 à 1150 », in *JCL Civil Code* Fasc. 11-20, 2013, LexisNexis
- Saint-Gal Y., « Concurrence déloyale et agissements parasitaires », *RPIA* 1956 p. 19

- Santa-Croce M., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 janv. 1991, *D.* 1992 p. 133
- Savatier R., « La théorie des obligations en droit privé économique », *D.* 1979 p. 227 n° 179
- Savatier J.,
  - « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction », *Rev. dr. soc.* 1996.687
  - « La liberté dans le travail », *Dr. soc.* 1990.49 p. 54
- Sauhanor-Brouillaud N., « Reconduction des contrats de consommation », in *JCL Concurrence Consommation*, Fasc. 850, 2013, LexisNexis
- Savaux E.,
  - obs. sous Cass. com. 29 juin 2010, *RDC* 2011 34 p. 38
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 30 avril 2003 n° 01-14.890 Bull. n° 87 ; *Defrénois* 2003. 1175
  - Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 fév. 2001 n° 99-15.170 Bull. n° 40, *Defrénois* 2001 art. 37365 p. 705
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 3 avril 2001 n° 99-18.442 Bull. n° 98, *Defrénois* 2001. 1048 n° 67
- Schmidt-Szalewski J.,
  - obs. sous Cass. crim. 19 sept. 2006, *RDI* juill.-août 2007 p. 31
  - « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000 p. 25
- Schneider W., obs. sous CA Colmar 12 juin 2001, *Dal. aff.* 2003 Som. 2367
- Schiller S., « Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux », *D. soc.* 2002 C. p. 4 n° 25
- Sélinsky V., obs. sous Aut. conc. avis n° 10 — A-26 7 déc. 2010, *RCC* 2011/27 n°1776
- Senneville V. et Kessler G. *Les Échos*, 12 fév. 2001 p. 29
- Seraglini, obs. sous Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 4 avril 2002 n° 00-18.009 Bull. n° 68, *DJCP* 2003. I. 105 n° 2
- Serinet Y.-M.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 18 mai 2011 n° 10-11.721, *JCP* 2011 n° 22
  - « Faut-il « restituer » la jouissance du bien après annulation ou résolution du contrat de vente ? », obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mars 2003 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 mars 2003, *D.* 2003. 2522 n° 2
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 31 janv. 2001 n° 98-12.895, *JCP G* 2001 I 354 n° 1
- Serra Y.,
  - obs. sous CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 27 sept. 1995 Sté NRJ c/Sté SERC, *D.* 1996 som. p. 245
  - obs. sous C.A. Versailles 27 sept. 1994, *D.* 1995 Somm. p. 206
  - obs. sous Cass. com. 4 janv. 1994 n° 92-11.061, *D.* 1994 J. p. 205
  - obs. sous CA Paris 6 fév. 1992 5<sup>ème</sup> Ch., *D.* 1992 Som. 388
  - obs. sous Cass. com. 15 juill. 1987 n° 86-11.272 Bull. n° 184, *D.* 1988 Som. p. 177
  - obs. sous Cass. 9 oct. 1985, *D.* 1986 Somm. 420 n° 2
  - obs. sous Cass. com. 22 oct. 1985 n° 83-15.096 Bull. n° 245, *D.* 1986 I.R. p. 339
- Seube J.-B.,
  - obs. sous Cass. com. 15 mars 2011 n° 09-13.299, *JCP E* 2011 n° 1482 n°
  - « A propos des contrats d'assistance et fourniture », *D.* 1973. Chron. 197 p. 932
- Sévère C., « 5-3 La rupture de la relation commerciale établie », *RDC* 05-2004 n° 5 Pan. 2003
- Signoret G., obs. sous Cass. com. 12 oct. 1982 n° 81-10.984 Bull. n° 309, *JCP G* 1984 II 20166
- Simler Ph.,
  - « Contrats et obligations, Novation, Modes particulier, Novation par changement de l'obligation », in *JCL Civ. Code* Fasc. 20, 2013, LexisNexis
  - « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? », in *Le code civil 1804-2004*, Livre du Bicentenaire, 2004, Dalloz-Litec
- Simon F.-L., « La spécificité du contrat unilatéral », *RTD civ.* 2006 p. 209
- Sirinelli, obs. sous CA Paris 5<sup>ème</sup> ch. 4 déc. 2009 n° 08/13681 René Char, *RI DA* juill. 2010 p. 392
- Stasi M., « La transposition en France de la directive du 4 déc. 2001 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, la loi et le secret », *Gaz. Pal.* 19 mars 2004 p. 7

- Stoffel-Munck P.,
  - obs. sous Cass. com. 15 déc. 2009 n° 08-10.148, *D&P* 2010 n° 189 p. 70
  - obs. sous Cass. com. 29 juin 2010 no 09-11.841 Sté Faurecia c/Sté Oracle Bull. n° 115, *JCP E* 2010 n° 37 1790 et *CCÉ* 2010 n° 99
  - « La clause de non-concurrence pesant sur le franchisé emporte-t-elle obligation de l'indemniser pour perte de clientèle ? », *Com. Com. elec.* n° 2008 comm. 4
  - obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007 n° 04-16.069 Edf Bull. no 265, *JCP* 2008. I. 125 n° 13 s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 mai 2007 n° 05-16.926 Bull. n° 193, *JCP* 2007. I. 185 n° 5 s.
  - « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », obs. sous Cass. com. 10 juill. 2007 n° 06-14.768, *D.* 2007 p. 2839
  - obs. sous Cass. com. 5 juin 2007 no 06-14.832 Thales c/Extand Bull. n° 157, *CCÉ* 2007 no151
  - « La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence », *Com. Com. elec.* 2006 n° 2 comm. 26
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 28 juin 2006 Bull. n° 164, *JCP* 2006. I. 166
  - « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », *Com. Com. elec.* n° 3 mars 2005 comm. 45
  - « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dossier Rupture unilatérale du contrat », *D&P* mai 2004 n° 126 p. 70
  - obs. sous Cass. com. 26 nov. 2003 Bull. n° 186, *JCP E* 2004. 738
  - obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 mars 2003 n° 01-01.673 Bull. n° 74 ; *RDC* 2004. 265
  - « L'après-contrat », *RDC* 2004 /1 p. 159 §11
  - « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », *RDC* 2003 59
  - obs. sous CA Paris 15 mai 2002, *Com. Com. elec.* 2002 com. 120
- Storck M.,
  - « Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires », *in JCL Civil Code* Art. 1184 Fasc. 20, 2013, LexisNexis
  - « Exception d'inexécution », *in JCL Civil Code*, 2013, LexisNexis
- Storrer P., obs. sous Cass. com. 17 nov. 1998 no 96-15.138, *RDA* 1999 no 13 et no 801
- Stuyck J., « Politique européenne de la consommation », *in JCL Europe* Fasc. 2000, 2013, LexisNexis
- Taisne J.-J., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 mai 1976, *D.* 1978 p. 269
- Taquet F., obs. sous Cass. soc. 29 mai 1996 n° 92-45115 Bull. n° 215, *JCP* 1996 II n° 22.711
- Teboul G., « La cupidité en droit des affaires – propos introductifs », *Gaz. Pal.* n° 363 à 365 du 29 au 31 déc. 2013 p. 4.
- Terré F., « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009 n° 25 et 31 p. 52
- Terré F., Simler P. et Lequette Y., « La nouvelle crise du contrat », sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Thèmes et commentaires*, 2003, *D. Actes du colloque* du 14 mai 2001, n° 40-1 p. 122.
- Testu F.-X.,
  - « Contrats d'affaires », Titre 11 Chapitre 114 n° 114.09, *Dal. Aff.* 2011.
  - « Secret et relation d'affaires La confidentialité conventionnelle », *D&P* 2002 102
- Teyssié B., « Les clauses de résiliation et de résolution », *Cah. dr. entr.* 1980 p. 13
- Thibierge C., « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.* 1999 p. 561
- Train F.-X., « La société Chronopost sort indemne d'une décennie mouvementée », *RDL* 2006/31 n° 2220
- Treillard J., « De la suspension des contrats » *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, *Etudes de Droit privé*, sous la direction de P. Durand, 1960, LGDJ
- Tricoire E., obs. sous Cass. com. 28 juin 2005 n°03-20.744 Bull. n° 147, *JCP* 2005. 10150



- Trillat B., « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, 1994, LGDJ
- Trochu M., « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, L'internationalisation du droit,, 1999, D. Paris, ptr. 386
- Tuailon C., obs. sous Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004 n° 02-16.302 Bull. n° 2, *D.* 2004 J. p. 2175
- Tunc A., « Force majeure et absence de faute en matière délictuelle », *RTD civ.* 1946 p. 199
- Uettwiller J.-J., « Transparence des rémunérations des dirigeants sociaux », *JCP E* 2006 n° 12 1233
- Vaissière A., « À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *RDC* 2006 n° 07-2006 n° 290
- Valory S., « Potestativité et requalification du contrat », *D&P* 1999 n° 72
- Vatinet R.,
  - « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998 p. 534
  - « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987 p. 252.
- Veaux D., « Contrat et Obligations Article 1185 à 1188 », in *JCL Civil Code* Fasc. unique n° 141, 2013, LexisNexis
- Velardocchio D., obs. sous Cass. com. 15 fév. 1994 n°92-12.330, *BJS* 1994. 508
- Vermelle G.,
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 15 avril 1992 n° 90-20.049 Bull. n° 133 ; *Defrénois* 1993. 377 n° 37
  - obs. sous Cass. com. 23 sept.1982, *Defrénois* 1982 art. 33.027 n° 29 p. 401
- Viandier A. « Atteinte au principe de libre révocabilité d'un directeur général résultant du montant et des conditions de versement d'une indemnité de départ », *JCP E* 2004 n° 38 1344
- Viatte J., obs. sous Cass. com. 25 oct. 1968, *AJPI* 1969 p. 624
- Viney G., obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007 n°04-16.069 EDF Bull. n° 265, *RDC* 2008. 287
- Violet F., « Quels rapports entre obligation de garantie et obligation de non-concurrence dans la vente d'un fonds de commerce ? », *Defrénois* 2006 art. 38351
- Virassamy G., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 mai 1989 n° 87-18.130 Bull. n° 109, *D.* 1990 jur, p. 365
- Vivant M., « Les clauses de secret », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990, éd. Université de Droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut Droit des affaires
- Voirin P., obs. sous Cass. civ. 20 mars 1929, *D.* 1930 J. p. 13
- Vogel L., obs. sous CA Paris 17 fév. 1992, *CCC* 1992 n° 52
- Vuitton X., obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 2000 n° 99-18.576, *JCP G* 2001 II n° 10.506
- Waquet Ph., « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *CSBP* 1994 p. 289
- Warusfel B., « Deuxième table ronde, Actes du Colloque Prometheus, Assemblée nationale 18 oct. 2010, La protection juridique des informations à caractère économique, Enjeux et perspectives », p. 31
- Wester-Ouisse V.,
  - « Préjudice moral des personnes morales : « quand la perversion de la cité commence par la fraude des mots », *JCP G* 2012 1012 n° 39
  - « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001. I. 209 n° 7
- Willmann C., obs. sous Cass. AP 13 déc. 2002 n° 00-17.143 Bull. n° 3, *Rev. dr. soc.* 2003. 439
- Wintgen R.,
  - « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC* 2008. 73
  - « Regards comparatifs sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006/02 p. 548 et 550



- Witz C.,
  - « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy Corlay et D. Fenouillet, 2003, D. S. Thèmes et commentaires, p. 176
  - « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D. C.* 2000 p. 81
- Younes C., « Le droit de la propriété artistique et littéraire à l'épreuve des débats sur la rétroactivité de la résolution judiciaire », *RCDI* 2006 n° 13
- Zénati F.,
  - obs. sous Cass. com. 15 juill. 1987 Bull. n° 184, *RTD civ.* 1989 p. 351
  - obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 mars 1993 no91-11.690 Bull. n°45, *RTD civ.* 1993 p. 853

## ■ 5/Sources numériques :

### □ 5.1/Dictionnaires

- Dictionnaire de l'Académie française disponible sur : <http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/index.html>.
- Dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (C.N.R.T.L.) disponible sur : <http://www.cnrtl.fr>
- Dictionnaire E. Littré, Dictionnaire Le Littré, 2ème éd. 1872-1877 disponible sur : <http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/>
- Dictionnaire Larousse disponible sur : <http://www.larousse.fr>
- Le grand Dictionnaire terminologique du Québec disponible sur : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca>

### □ 5.2/Sources de droit

- Légifrance disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Portail de justice européenne disponible sur : <https://e-justice.europa.eu/home.do?sufix=9&plang=fr&action=home>
- Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (2010) disponible sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>
- Recommandation n° 01-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels (BOCCRF du 23 mai 2001) disponible sur : <http://www.clauses-abusives.fr/recom/01r02.htm>

### □ 5.3/Organismes

- Académie des privatistes européens disponible sur : <http://www.academiagiurprivatistieuropei.it>
- Greffe du tribunal de commerce de Paris disponible sur : <http://www.greffe-tc-paris.fr/fr/>
- I.N.P.I., L'institut national de la propriété industrielle disponible sur : <http://www.inpi.fr/fr/accueil.html>
- O.H.M.I., l'Office de l'Harmonisation dans le marché intérieur disponible sur : <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.fr.do>
- O.M.C., Propriété intellectuelle : protection et respect des droits, Disponible sur : [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/agrm7\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm).

## ■ 6/Citations :

- Accaoui Christian, Pianiste et Compositeur, Professeur à l'Université de Paris VIII et auteur du livre *Le Temps Musical* (2001), Broché
- Aristophane, *Les Oiseaux*, (414) avant J.-C.
- Arnoux Alexandre, *Solde*, 1958
- Aymé Marcel, *Fument*, 1933
- Baudelaire Charles, *Textes critiques, La modernité*, 1868

- Bergson Henri, *Durée et simultanéité*, 1922
- Bergson Henri, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889
- Bossuet Jacques-Bénigne, *Histoire*
- Bourgeois Léon, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902
- Camus Albert, *La chute*, 1956
- Clifford Barney Nathalie, *Souvenirs indiscrets*, 1960
- Daudet Alphonse, *L'Obstacle*, 1891
- de Beauvoir Simone, *Le deuxième sexe*, 1949
- de Lamartine Alphonse, *Les Méditations poétiques*, 1820, Le lac
- de la Reid Érarad, *Carnets d'Érarad*, 2011
- de Nerval Gérard, *L'Artiste*, extrait d'un carnet de 13 mai 1855
- de Staël Germaine, *Corinne*, tome 1, 1807
- de Vinci Léonard
- du Gard Roger Martin, *Devenir*, 1909
- Einstein Albert
- Gide André, *Journal*, 1914
- Guitry Sacha, Extrait du *Quadrille*
- Héraclite
- Hobbes Thomas, *Léviathan* 1651
- Hugo Victor, *Bug-Jargal*, 1826
- Kant Emmanuel, *Critique de la raison pure*, 1781
- Locke John, *Deux traités du gouvernement civil*, 1690
- Machiavel Nicolas, *Le Prince*, 1532
- Mallet Robert, *Apostille ou l'amour et le futile*, 1972
- Malraux André
- Molinaro Edouard, *L'homme pressé*, 1977
- Montesquieu de son vrai nom Charles Louis de Secondat de La Brède, *De l'esprit des lois*, 1748
- Morand Paul, *L'homme pressé*, Gallimard, 1990
- Nietzsche Friedrich, *Le Gai Savoir*, Préface de la seconde édition, § 3, Paris, Société du Mercure de France, Paris,
- Noir Désir, « L'homme pressé », *666.667 Club*, 1998
- Pasteur Louis
- Peyrefitte Alain
- Proust Marcel, *La Prisonnière*, Gallimard 1923
- Proust Marcel, *Albertine Disparue*, 1925
- Queen, « Who wants to live forever », *B.O. Highlander*, 1986
- Reeves Hubert, *Les chroniques du ciel et de la terre*, mars 2005
- Rousseau Jean-Jacques, *Du contrat social*, 1762
- Rufin Jean-Christophe, *Katiba*, Flammarion, 2010
- Sainte-Beuve Charles-Augustin, *Pensées et maximes*
- Saleilles Raymond, *De la déclaration de la volonté*, 1901 et *La Personnalité juridique*, 1910
- Schopenhauer Arthur, *Parerga et Paralipomena*, 1851
- Toynbee Arnold Joseph, *L'Histoire*, Grande Bibliothèque Payot, 1996, Essai Broché
- Warhol Andy
- Ylipe de son vrai nom Philippe Labarthe, *Textes sans paroles*, Le Dilettante, 2001

---

## INDEX ALPHABÉTIQUE

---

### A

Abus de droit  
Agent commercial  
Après-contrat  
Arbitrage  
Arrhes  
Autonomie (principe d')

### B

Baux  
    D'habitation / commerciaux  
Biens  
    Matériels / Immatériels  
Bonne foi

### C

Caducité  
Cause  
Cautionnement  
Clause compromissoire  
Clause limitative / exclusive de responsabilité  
Clause pénale  
Concurrence  
Condition  
    Suspensive / résolutoire  
Confidentialité  
Consentement  
Consommation  
Contrat à durée déterminée  
Contrat à durée indéterminée  
Contrat à exécution instantanée  
Contrat à exécution successive  
Contrat de travail  
Créancier

### D

Débiteur  
Dédit  
Dépôt (contrat de)  
Dissolution  
Droits personnels  
Droit potestatif  
Droit réel  
Droit au renouvellement

Droit au respect de la vie privé  
Durée

E

Engagement perpétuel  
Extinction

F

Force majeure  
Force obligatoire

G

H

I

Impenses  
Imprévision  
Indemnité de clientèle  
Indemnité de dédit  
Indemnité d'éviction  
Indemnité d'immobilisation  
Indivisibilité  
Informations  
Intuitu personae  
Irrésistibilité économique

J

K

L

Liberté contractuelle  
Licenciement  
    Economique  
Liquidation  
Loyauté (devoir de)

M

Mandat (contrat de)  
Maintien forcé du contrat  
Mauvaise foi  
Mutuus Dissensus

## N

Non-affiliation (clause de)  
Non-concurrence (clause de)  
Non-rétablissement (clause de)  
Non-sollicitation (clause de)  
Novation  
Nullité  
    Totale / Partielle  
    Absolue / Relative

## O

Obligation  
    Pure et simple / conditionnelle  
Offre

## P

Paçte de préférence  
Parachutes dorés  
Potestativité  
Pouvoir modérateur du juge  
Préavis  
Prescription extinctive  
Prêt (contrat de)  
Priorité de réembauchage  
Procédures collectives  
Propriété  
Prorogation

## Q

## R

Reconduçtion  
Reclassement (obligation de)  
Relations commerciales établies  
Reprise de stocks (clause de)  
Résiliation unilatérale (faculté de)  
Résiliation unilatérale pour comportement grave du débiteur  
Responsabilité  
    Contractuelle / délictuelle  
    Civile / pénale  
Restitutions  
Rétroactivité  
Révocation  
Rupture brutale des relations commerciales établies

## S

Secret d'affaires  
Secret professionnel  
Société  
    Anonyme  
Suspension

## T

Tacite reconduction  
Tentative de rupture brutale des relations commerciales établies  
Terme extinctif  
    Déterminé / Indéterminé  
    Défini / Indéfini  
Théorie des risques  
Transaction

## V

Vices du consentement  
Volonté

## W

## X

## Y

## Z



---

## TABLE DES MATIÈRES

---

Avertissement .....	1
Remerciements .....	3
Principales abréviations utilisées.....	5
Introduction générale .....	11
Partie 1 : La Durée Du Lien Contractuel.....	20
Titre 1 : La pérennité de la relation contractuelle.....	22
Chapitre 1 : Détermination de la durée de la relation contractuelle.....	23
A. Terme extinctif et prohibition des engagements perpétuels .....	26
1. Définition et fondements des engagements perpétuels.....	26
a. Définition de la notion d'engagements perpétuels.....	26
b. Fondements de la prohibition des contrats perpétuels.....	27
2. Sanctions du vice de perpétuité .....	29
B. Terme extinctif et force obligatoire du contrat .....	32
1. Validité du terme extinctif.....	32
a. Distinction entre le contrat à durée indéterminée et le contrat perpétuel .....	32
b. Un contrat à durée déterminée peut-il être un contrat perpétuel ? .....	33
2. Stipulation du terme extinctif .....	33
A. Le contrat à durée indéterminée et le droit de résiliation unilatérale .....	37
1. Le régime du droit de résiliation unilatérale .....	37
2. Prévisions contractuelles : la clause de résiliation unilatérale .....	39
B. Le contrat à durée déterminée : droit de ne pas renouveler .....	41
1. Absence de droit au renouvellement du contrat.....	42
a. Le principe extinctif du terme.....	42
b. L'exercice du terme extinctif.....	45
2. Les clauses de non-reconduction .....	47
A. Le consentement mutuel à la rupture du contrat : le mutuus dissensus.....	51
B. L'effet de la survenance d'une cause étrangère de force majeure.....	53
C. Autres modes de rupture .....	57
A. Les contributions jurisprudentielles .....	60
1. L'admission jurisprudentielle du droit de résiliation unilatérale .....	60

2. La relativité des effets du terme extinctif : la tacite reconduction judiciaire .....	62
B. Innovation de la pratique : les clauses de résiliation unilatérale .....	62
1. La clause de caducité.....	63
2. La clause de résiliation unilatérale .....	64
C. Les prérogatives légales de résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée.....	66
Chapitre 2 : La rupture de la relation commerciale .....	69
A. La relation doit être « commerciale » .....	71
1. Négativement : ce que n'est pas la « relation commerciale » .....	71
2. Positivement : ce qu'est la « relation commerciale » .....	71
a. Les relations commerciales incluses.....	72
b. Les activités libérales incluses ? .....	72
B. La relation commerciale doit être « établie » .....	74
1. Détermination des critères jurisprudentiels .....	74
2. Détermination des parties à la relation .....	76
A. La notion de « rupture » .....	77
1. Rupture totale : quelle rupture ?.....	78
2. Rupture partielle : quelle portée ?.....	78
3. Tentative de rupture : irruption d'une notion hétéronome .....	80
B. La rupture doit être « brutale » .....	81
1. L'appréciation de la brutalité .....	81
a. La rupture imprévisible.....	81
b. La rupture soudaine .....	82
c. La rupture violente .....	82
2. Motivation versus brutalité ? .....	83
A. De la nécessité de stipuler un préavis .....	84
1. Appréciation de la durée de préavis : les parties dépossédées .....	85
a. La place incertaine laissée à la volonté individuelle.....	85
b. L'appréciation légale primordiale .....	86
2. Détermination de la durée du préavis.....	87
B. La mise en œuvre du droit de rompre : de la nécessité d'une notification du préavis ....	88
A. Régime de responsabilité pour rupture abusive des relations commerciales .....	90

1. Notion de « rupture abusive » .....	90
2. Régime de la rupture abusive .....	91
3. Fondement de la responsabilité .....	91
B. Le délit de rupture brutale des relations commerciales établies.....	91
1. Indétermination du régime de responsabilité.....	92
2. Indemnisation du partenaire contractuel.....	93
Titre 2 : Le maintien de la relation contractuelle.....	98
Chapitre 1 : La clause de prorogation .....	99
A. La clause de prorogation : un accessoire du contrat.....	102
1. La clause de prorogation comme élément du contrat.....	103
2. La durée déterminée du contrat et la clause de prorogation .....	103
a. Durée déterminée du contrat incluant la prorogation .....	103
b. Durée déterminée de la société excluant la prorogation .....	104
B. La clause de prorogation : différentes modalités.....	105
1. La clause de prorogation : caractère automatique ou volontaire .....	105
a. Clause de prorogation volontaire .....	106
b. Clause de prorogation automatique .....	106
c. La clause de prorogation et la clause de suspension du contrat .....	108
2. La clause de prorogation : caractère tacite ou exprès .....	110
a. Droit commun : un écrit ad probationem.....	110
b. Droit des sociétés : des conditions de forme rigoureuses .....	112
A. La prorogation en temps utile.....	113
1. Prorogation avant l'arrivée du terme extinctif.....	113
2. Conséquences de la prorogation au-delà du terme extinctif.....	113
B. Le consentement à la prorogation.....	114
1. L'objet du consentement .....	114
a. Le consentement, acte de volonté .....	114
b. Le consentement imposé .....	115
2. Le refus de proroger le contrat.....	117
A. Temporalité de la prorogation.....	118
1. Prorogation et modification du seul terme extinctif.....	118

2. Prorogation et continuité contractuelle .....	120
a. Différences d'effets de la prorogation et de la reconduction.....	120
b. Identité d'effet de la prorogation et de la reconduction.....	120
B. Les accessoires prorogés .....	121
1. Les obligations accessoires au contrat continué.....	121
2. Les contrats liés prorogés.....	121
A. Prorogation du contrat et information des tiers .....	123
B. Prorogation du contrat principal et information de la caution ?.....	123
Chapitre 2 : La clause de reconduction .....	128
A. La clause de reconduction : quelle liberté contractuelle ? .....	131
1. La validité de principe des clauses de reconduction .....	131
a. La validité de la clause de reconduction : admission sans discussion.....	132
b. Les exceptions légales à la validité de la clause de reconduction.....	132
2. Garde-fous de la liberté de reconduire.....	133
a. Protection d'une partie par la reconduction .....	134
b. Protection d'une partie contre la reconduction .....	134
c. Protection d'une partie contre la reconduction non stipulée .....	136
B. Le choix de reconduire le contrat .....	136
1. La reconduction sans clause .....	137
a. Les clauses de reconduction <i>versus</i> la tacite reconduction .....	137
b. La reconduction expresse non stipulée dans le contrat initial .....	138
2. Les clauses de reconduction : quelle reconduction ?.....	138
a. La date de mise en œuvre de la clause de reconduction .....	139
b. Les caractéristiques de mise en œuvre de la clause de reconduction .....	140
A. Le consentement du contrat reconduit .....	141
1. Reconduction stipulée expresse .....	142
2. Reconduction stipulée tacite .....	143
a. Consentement tacite ?.....	143
b. Silence circonstancié ? .....	144
c. Présomption de consentement .....	145
B. Cause, objet et capacité du contrat reconduit .....	145

1. La cause du contrat reconduit .....	146
2. L'objet du contrat reconduit.....	146
A. Un miroir presque fidèle : la substance contractuelle préservée .....	149
1. Les clauses préservées par la reconduction .....	149
2. Les clauses du contrat initial modifiées.....	150
a. L'adaptation des clauses du contrat et la clause de prix.....	150
b. L'enjeu de la durée du contrat reconduit ? .....	152
B. Une retranscription partielle : la perte des accessoires au contrat.....	153
A. Un protocole de reconduction.....	155
1. Renouvellement de l'obligation d'information .....	156
2. Formalisme contractuel lors de la reconduction.....	158
a. Formalisme <i>ad validitatem</i> : les contrats solennels .....	158
b. Formalités diverses lors de la reconduction .....	159
B. Les effets secondaires à la reconduction.....	160
1. Clause de reconduction et ses effets sur la responsabilité contractuelle.....	160
2. Clause de reconduction, et ses effets sur la loi applicable et les délais de prescription. ....	161
3. Clause de reconduction et ses effets en matière de droit de la concurrence.....	161
Partie 2 : La cessation du lien contractuel .....	168
Titre 1 : La rupture sanction.....	170
Chapitre 1 : Le droit de rompre son contrat.....	171
A. Les obligations du débiteur inexécutées .....	174
1. Les obligations exclues : les obligations naturelles ou morales .....	174
a. Un principe d'exclusion des obligations naturelles ou morales .....	174
b. Nuance : les devoirs de comportement .....	175
2. L'inexécution de quelles obligations ? .....	177
a. Importance de la nature des obligations inexécutées.....	177
b. Indifférence de la nature de l'inexécution des obligations.....	179
B. La faute du débiteur dans l'inexécution de son obligation.....	180
1. Faute et causes exonératoires de responsabilité.....	180
a. L'exception d'inexécution et le droit de résolution .....	180
b. Force majeure : les incertitudes terminologiques de la résolution .....	181

2. Critique de la notion d'inexécution fautive .....	182
a. Difficultés pratiques du lien entre résolution et responsabilité.....	182
b. Critiques doctrinales du lien entre résolution et responsabilité.....	183
A. Le mécanisme légal de la résolution judiciaire.....	185
1. Le droit de demander la résolution judiciaire .....	185
a. Résolution judiciaire : imperfection de l'article 1184 du Code civil .....	185
b. La gravité de l'inexécution fautive : élément déterminant du prononcé de la résolution judiciaire .....	186
2. Résolution judiciaire : une prérogative subsidiaire .....	189
B. Les mécanismes particuliers de résolution légale .....	190
1. La rupture du contrat de mandat : la <i>révocation ad nutum</i> .....	190
2. Contrat de téléphonie mobile : mandat de résiliation tacite.....	192
A. L'affirmation de la validité de principe de la clause résolutoire .....	194
B. Les exceptions au principe de validité de la clause résolutoire.....	195
1. Des exceptions spécifiques variées .....	195
2. Une exception générale : le droit de la consommation .....	196
A. Un droit à la discrétion du créancier.....	197
B. Une sanction automatique à l'égard du débiteur .....	198
Chapitre 2 : Les modalités d'exercice du droit de rompre.....	201
A. La clause résolutoire, rien que la clause.....	203
1. La spécificité de la clause résolutoire par rapport à la résolution judiciaire .....	203
a. Clause résolutoire ou rappel du droit de résolution judiciaire ? .....	203
b. La nullité de la clause résolutoire : le recours à la résolution judiciaire .....	204
2. Les inexécutions ouvrant droit au jeu de la clause résolutoire .....	205
a. Quelles obligations inexécutées pour la clause résolutoire ? .....	205
b. Interprétation restrictive de la clause résolutoire .....	206
B. La mise en œuvre de la clause résolutoire .....	207
1. La mise en demeure préalable à la résolution du contrat.....	207
a. L'obligation de mise en demeure préalable .....	207
b. Dispense de mise en demeure préalable .....	208
c. Rédaction de la clause résolutoire et mentions de la mise en demeure .....	209



2. Relativité du principe de l'absence de motivation du créancier .....	210
A. Le droit commun : la tentative de paralysie de la clause résolutoire.....	211
1. La bonne foi, cause de paralysie de la clause résolutoire ?.....	212
a. La notion de bonne foi détournée.....	212
b. La notion de bonne foi retrouvée.....	213
c. La mauvaise foi du créancier, cause de paralysie de la clause résolutoire.....	214
2. La sanction judiciaire du maintien forcé du contrat.....	215
a. Le juge des référés et la sanction du maintien forcé du contrat.....	215
b. Les juridictions du fond et le maintien forcé du contrat .....	216
B. Les droits spéciaux : l'admission de la paralysie du jeu de la clause résolutoire.....	217
1. La clause résolutoire dans les procédures collectives.....	217
2. La clause résolutoire dans les baux commerciaux et les baux d'habitation .....	218
a. Les baux commerciaux et la clause résolutoire.....	218
b. Les baux d'habitation et la clause résolutoire .....	220
A. La remise en cause du principe de rétroactivité .....	221
1. Le principe jurisprudentiel de la rétroactivité et ses justifications.....	222
a. Justification de la rétroactivité de principe de la clause résolutoire .....	222
b. Difficultés pratiques de l'effet rétroactif de la clause résolutoire.....	224
2. Aménagement de l'effet rétroactif de la clause résolutoire : quelle liberté pour les parties ?.....	225
B. Effets de la clause résolutoire en droit comparé .....	225
1. Effets de la clause résolutoire en droit international et européen.....	225
a. Effets de la clause résolutoire en droit international .....	226
b. Effets de la clause résolutoire en droit européen .....	226
2. Effets de la clause résolutoire en droit allemand et anglais .....	228
a. Les effets de la clause résolutoire en droit allemand.....	228
b. Les effets de la clause résolutoire en droit anglais .....	228
A. La responsabilité du débiteur subissant la résolution du contrat.....	229
1. Les effets de la clause résolutoire au regard de la responsabilité contractuelle .....	230
2. La clause résolutoire et la clause pénale .....	230
B. Les effets collatéraux de la clause résolutoire .....	231

1. La clause résolutoire et la survie des obligations post-contractuelles.....	231
2. La clause résolutoire et la survie des contrats liés .....	232
Titre 2 : La rupture imposée .....	238
Chapitre 1 : La rupture extérieure aux parties .....	239
A. La spécificité de la condition résolutoire .....	242
1. Deux notions versus identité des conditions de validité .....	242
a. La condition résolutoire : une condition à part entière.....	242
b. La condition incertaine, mais possible, morale et légale .....	243
2. La condition résolutoire potestative ? .....	245
a. Qualification de condition purement potestative .....	245
b. Nullité de la condition purement potestative versus abus de droit ? .....	247
B. L'adaptabilité de la condition résolutoire.....	248
1. La condition résolutoire : une modalité de l'obligation .....	248
2. La condition résolutoire : une caractéristique du contrat .....	250
a. L'admission du contrat conditionnel.....	250
b. Exemples de contrat sous condition résolutoire .....	251
A. Condition résolutoire et exécution contractuelle.....	254
1. Exécution d'une obligation conditionnelle non irrévocable .....	254
2. Le droit des tiers face à la condition résolutoire .....	255
B. Condition résolutoire et anéantissement éventuel du contrat .....	255
1. La défaillance de la condition résolutoire : consolidation du contrat.....	256
2. L'anéantissement du contrat : défaire ce qui a été fait .....	257
a. Réalisation de la condition résolutoire : quelle rupture ? .....	257
b. Réalisation de la condition : naissance de l'obligation de restitution .....	258
A. La caducité et la survenance de la disparition d'un élément essentiel .....	265
1. Détermination du fait générateur de caducité .....	266
a. La rencontre de la clause de la condition suspensive et de la clause de caducité .....	267
b. L'extension de la clause de caducité .....	268
2. L'origine de la disparition d'un élément essentiel.....	271
a. Cause de la disparition de l'élément essentiel : indifférence de la force majeure.....	271
b. La force majeure rendant impossible l'exécution du contrat : caducité du contrat ? ....	272

B. Disparition d'un élément essentiel : le rôle de la cause .....	273
1. L'admission de la notion de cause au cours de la vie du contrat : imprévision et caducité ...	273
2. La cause dans les groupes de contrats : l'effet « domino ».....	276
a. Contrats liés par une communauté de cause : l'effet « domino ».....	276
b. Cautionnement et exceptions inhérentes à la dette .....	277
A. La portée incertaine de la caducité : anticipation contractuelle .....	279
1. La possible rétroactivité de la caducité : un effet non nécessaire .....	279
2. Une caducité totale ou partielle ?.....	280
a. L'enjeu de la caducité partielle .....	281
b. La survie des obligations post-contractuelles.....	282
B. Mise en œuvre de la caducité : importance de la stipulation.....	283
1. La caducité : un mécanisme de plein droit ? .....	283
2. La procédure de mise en œuvre de la caducité .....	284
Chapitre 2 : Le pouvoir de rupture unilatérale .....	288
A. La force obligatoire du droit de se dédire .....	291
1. Le dédit : une prérogative légale .....	291
a. Dédit et les différentes prérogatives légales.....	291
b. Le droit de rétractation, instrument protecteur du consommateur.....	292
2. Un droit fondé sur la volonté individuelle .....	293
B. La validité du dédit, admise sans discussion ?.....	296
1. Dédit versus condition .....	296
2. La potestativité du dédit : un droit arbitraire valable .....	297
A. La formation du contrat affecté d'une clause de dédit.....	299
1. La perfection du contrat conclu avec une clause de dédit .....	299
2. Le terme extinctif de la faculté de dédit, une nécessité ?.....	301
B. L'exécution du contrat confronté à la mise en œuvre droit de se dédire.....	302
1. Quel fondement à l'obligation de restitutions ? .....	303
a. Le difficile fondement de l'obligation de restitutions.....	303
b. Le cumul de l'obligation de restitutions avec l'indemnité de dédit.....	304
2. La mise en œuvre du dédit .....	305
A. Le prix du dédit : d'une condition de validité à une simple modalité .....	308

1. La conception doctrinale traditionnelle : le prix du dédit, une condition de validité .....	308
2. La position jurisprudentielle : le prix du dédit, une modalité d'exécution.....	309
B. Le prix du dédit : liberté de détermination du montant dû.....	310
1. La spécificité du prix du dédit .....	310
a. Les arrhes, une indemnité de dédit particulière .....	310
b. Indemnité d'immobilisation et indemnité de dédit, similitude d'effet.....	310
c. Tentative d'assimilation de l'indemnité de dédit à la clause pénale .....	311
2. Appréciation du montant de l'indemnité de dédit : le juge écarté.....	312
a. La portée limitée de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil.....	312
b. Possibilité de requalification du dédit dont le montant est exorbitant ? .....	313
A. Le dédit : un droit discrétionnaire, mais non arbitraire .....	314
1. Le droit de se dédire : un droit discrétionnaire .....	315
2. Le droit de se dédire : un droit non arbitraire.....	315
B. Les sanctions de la mauvaise foi dans l'exercice du droit de se dédire .....	317
1. Mauvaise foi et dédit : responsabilité contractuelle .....	317
2. Mauvaise foi et dédit : paralysie du dédit .....	317
Partie 3 : Les réminiscences du lien contractuel .....	322
Titre 1 : Un principe : La survie temporaire des obligations post-contractuelles.....	324
Chapitre 1 : L'affirmation du maintien partiel du contrat rompu .....	325
A. La fin du contrat : quelle rupture ? .....	326
1. Les causes légales d'extinction .....	327
2. Les classifications doctrinales des causes d'extinction.....	327
B. Les tempéraments de la rupture du contrat .....	328
1. Poursuite des relations contractuelles.....	328
2. Cessation des relations, mais poursuite des obligations de responsabilité .....	329
3. Cessation des relations et naissance de nouvelles obligations.....	330
A. L'effet immédiat de la rupture, terme suspensif des obligations post-contractuelles .....	331
1. La force obligatoire du contrat éteint .....	331
2. Analogie avec le droit des sociétés : dissolution et liquidation.....	333
B. L'effet rétroactif de la rupture et sa portée sur les obligations post-contractuelles.....	334
1. Coexistence difficile entre effet rétroactif et effet résiduel .....	335

a. La naissance des obligations de restitutions : obligations post-contractuelles .....	335
b. L'affirmation du maintien des autres obligations post-contractuelles ?.....	336
2. Évolution de la jurisprudence : vers une remise en question des obligations post-contractuelles ? .....	338
A. La clause compromissoire : notion.....	339
1. La clause compromissoire et l'arbitrage interne.....	340
2. La clause compromissoire et l'arbitrage international .....	340
B. La clause compromissoire : caractéristiques.....	341
1. La clause compromissoire : Quel contrat ?.....	341
a. Le contrat de travail en France et à l'étranger .....	341
b. Le contrat de consommation en France et à l'étranger .....	341
2. Le consentement à la clause compromissoire .....	342
3. Rédiger la clause compromissoire .....	343
A. La solution jurisprudentielle : une convention autonome .....	344
B. La critique doctrinale : le droit commun suffisant.....	345
Chapitre 2 : L'organisation du maintien partiel du contrat rompu .....	347
A. Extinction non rétroactive du contrat et obligations de restitutions .....	349
1. Les restitutions de marchandises en cas d'extinction non rétroactive.....	349
2. Les « restitutions » de biens immatériels en cas d'extinction non rétroactive .....	351
B. Les restitutions en cas de rupture rétroactive.....	352
1. Le principe de la restitution en nature tempéré .....	352
a. Tempérament au principe des restitutions en raison de l'écoulement du temps .....	353
b. Tempérament au principe des restitutions en raison de la modification du bien.....	354
2. Le principe de la rétroactivité écarté .....	354
3. Droit comparé – rédaction d'une clause de restitutions .....	355
A. L'obligation post-contractuelle de réparation : l'indemnisation pour faute .....	356
1. Les différents chefs de responsabilité .....	357
2. Les clauses de responsabilité .....	358
a. La clause pénale, clause favorable au créancier .....	359
b. La clause limitative de responsabilité, clause favorable au débiteur.....	361
B. Obligation d'indemnisation de fin de contrat sans considération de faute.....	365

1. Obligations légales d'indemnisation des partenaires .....	366
a. Le salarié et les indemnités de licenciement.....	366
b. L'agent commercial et l'indemnité de clientèle.....	367
c. Le locataire d'un bail commercial et l'indemnité d'éviction.....	368
2. Indemnités conventionnelles de départ de dirigeants.....	368
A. Les obligations légales post-contractuelles.....	370
1. Licenciement pour motif économique : obligation de reclassement .....	370
2. Priorité de réembauchage du salarié.....	371
B. Les obligations prétoriennes post-contractuelles.....	372
1. Le devoir de loyauté : une obligation de faire ou de ne pas faire ? .....	372
2. Le devoir de loyauté post-contractuel : application jurisprudentielle.....	373
A. La préférence accordée à son ancien cocontractant.....	375
1. Pacte de préférence et droit de préemption post-contractuel.....	375
2. Contrats d'édition et pacte de préférence post-contractuel.....	378
B. Autres clauses d'avenir .....	379
Titre 2 : Des cas particuliers : le maintien durable des obligations post-contractuelles .....	384
Chapitre 1 : La confidentialité .....	385
A. Les informations confidentielles .....	389
1. Diversité des informations protégeables.....	389
a. Qualification d'« <i>informations privilégiées</i> ».....	389
b. Le bien informationnel ? .....	391
2. Désignation contractuelle des informations confidentielles.....	393
B. Les détenteurs du secret.....	394
1. Le titulaire du secret d'affaires .....	394
2. Le détenteur précaire du secret d'affaires .....	394
A. Une initiative contractuelle : l'engagement de confidentialité .....	396
1. Particularisme des clauses de secret.....	397
a. Les divers degrés de confidentialité .....	397
b. La détermination de l'obligation au secret .....	398
2. La portée de l'engagement de confidentialité.....	399
a. Portée de l'engagement de confidentialité au regard du temps contractuel .....	400



b. Portée de l'engagement de confidentialité au regard du véhicule contractuel.....	401
B. La validité jurisprudentielle de la pratique du secret d'affaires .....	402
1. Le principe de validité de l'engagement de confidentialité .....	402
2. Distinction entre la clause de confidentialité et la clause de non-concurrence.....	404
A. La preuve de l'inexécution de l'obligation de confidentialité .....	406
1. La faute : la divulgation .....	407
a. La divulgation .....	407
b. La preuve de la divulgation .....	407
2. Les causes d'exonération de responsabilité.....	408
B. La réparation de l'inexécution de l'engagement de confidentialité.....	408
A. Les atteintes légales au secret d'affaires.....	410
1. L'absence de protection de droit commun .....	410
2. La divulgation dans le droit de la propriété intellectuelle et le droit des sociétés.....	412
a. La publicité des droits de propriété intellectuelle .....	412
b. Les limites du secret de fabrique : de l'obligation de stipuler un engagement de confidentialité .....	414
c. La portée limitée du droit des sociétés.....	415
B. Les atteintes légales au secret professionnel .....	416
1. Les atteintes au secret professionnel de l'avocat .....	417
a. Déclaration de soupçon <i>versus</i> secret professionnel.....	418
b. L'enjeu de ce débat .....	420
2. La complexité du secret médical .....	420
a. Les informations couvertes par le secret médical .....	421
b. Opposabilité du secret médical.....	421
Chapitre 2 : La non-concurrence post-contractuelle .....	426
A. Une norme de comportement : la loyauté dans la concurrence .....	429
1. L'obligation générale d'exercer une concurrence loyale .....	429
2. La responsabilité civile pour comportement déloyal .....	431
B. Une norme contractuelle : l'interdiction limitée de la concurrence.....	432
1. L'affirmation de la validité de la clause de non-concurrence.....	432
a. L'origine : la chambre sociale de la Cour de cassation.....	433

b. L'affirmation de la validité de la clause de non-concurrence dans tous les domaines du droit .....	434
2. La validité de la clause de non-concurrence généralisée au regard de sa raison d'être..	434
a. La validité de la clause de non-concurrence en droit interne .....	434
b. La validité de la clause de non-concurrence en droit communautaire.....	436
A. Les restrictions légales aux clauses de non-concurrence post-contractuelles .....	438
1. Encadrement et interdictions légales.....	438
a. La clause de non-concurrence réglementée.....	438
b. La clause de non-concurrence interdite.....	439
2. Les normes déontologiques des professions réglementées.....	439
B. Les alternatives contractuelles .....	440
1. La clause de non-sollicitation : palliatif incertain à la clause de non-concurrence.....	440
2. Les clauses de non-réaffiliation et de non-rétablissement : simples résumés de la clause de non-concurrence .....	443
a. Clause de non-réaffiliation <i>versus</i> clause de non-concurrence .....	443
b. Clause de non-rétablissement : forme particulière de clause de non-concurrence ....	445
A. Les conditions générales de validité de la clause de non-concurrence .....	447
1. Le consentement à la clause de non-concurrence.....	447
a. Le consentement : exigence d'un écrit ? .....	448
b. L'interprétation restrictive de la clause de non-concurrence .....	449
2. L'importance de la condition de proportionnalité de la clause de non-concurrence ...	450
a. La clause de non-concurrence cantonnée à une activité précise du débiteur de l'obligation.....	450
b. Protection des intérêts légitimes du créancier de l'obligation.....	452
B. Les conditions particulières de validité de la clause de non-concurrence.....	453
1. La limitation dans le temps et/ou l'espace : une condition à géométrie variable .....	453
2. L'exigence d'une contrepartie financière : une condition propre au droit du travail ? .	455
a. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.....	455
b. Quelle solution pour le droit commun ?.....	457
3. Autres conditions spécifiques.....	459
A. L'application de la clause de non-concurrence.....	460
1. Le refus de la clause de non-concurrence .....	460

a. Débiteur de l'obligation de non-concurrence et nullité de la clause .....	460
b. Créancier de l'obligation de non-concurrence et renonciation .....	462
2. Transmissibilité de la clause de non-concurrence .....	463
B. La sanction de l'inexécution de l'obligation de non-concurrence .....	467
1. L'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence.....	467
2. L'indemnisation du préjudice en cas d'inexécution de l'obligation de non-concurrence....	468
a. Indemnisation du préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence .....	468
b. L'existence d'un préjudice subi par le débiteur de l'obligation de non-concurrence ? ..	469
Conclusion générale .....	476
Annexes.....	482
Bibliographie.....	483
Index alphabétique .....	512
Tableaux récapitulatifs des modes d'extinction du lien contractuel.....	532
Clausier .....	533



**TABLEAUX RÉCAPITULATIFS DES MODES D'EXTINCTION DU LIEN CONTRACTUEL**

	<b>Causes ordinaires de fin de contrat</b>
<b>Contrat instantané</b>	Paiement
<b>Contrat à durée indéterminée</b>	Principe : <i>le droit de résiliation unilatérale à tout moment</i>
<b>Contrat à durée déterminée</b>	Principe : <i>Le terme extinctif prorogé ou non</i>

	<b>Causes extraordinaires de fin de contrat</b>	
<b>Clauses de résiliation volontaire</b>	Bilatérale	<i>Le mutuus dissensus</i>
	Unilatérale	<i>Le dédit</i>
		<i>La clause de résiliation unilatérale</i>
<b>Causes extérieures aux parties</b>	<i>La caducité – la condition suspensive</i>	
	<i>La résiliation pour force majeure</i>	
	<i>La condition résolutoire</i>	
<b>Causes inhérentes aux parties</b>	<i>La nullité</i>	
	La résolution	<i>La résolution judiciaire</i>
		<i>La clause résolutoire</i>
		<i>La résolution unilatérale pour comportement grave rendant intolérable le maintien du lien contractuel</i>

---

AVENIR (CLAUSE D')

---

■ **Clause de droit de propriété intellectuelle**

« Je soussigné Monsieur X Y en ma qualité de dirigeant de la société Z, autorise la société W, auteur de la création graphique réalisée le 01 janvier 2014, [recensement des créations graphiques], à l'utiliser à titre gratuit pour une durée indéterminée à des fins internes à la société W ou à des fins d'information sur les activités de la société W, et plus particulièrement à :

- publier sur tout support de communication, dont le site internet www.sociétéW.com les créations graphiques ci-dessus définies ;
- présenter, imprimer, monter, reproduire et distribuer les créations graphiques ci-dessus définies et ce comprenant la réalisation d'une œuvre multimédia intégrant les créations ci-dessus définies ;
- insérer un lien hypertexte du site internet www.sociétéZ.com vers le site internet www.sociétéW.com et inversement.

La société W n'est pas autorisée à commercialiser ou à modifier les créations graphiques. »

---

CADUCITÉ (CLAUSE DE)

---

■ **Clause de caducité**

« Les parties rappellent que le contrat a été conclu en considération des éléments essentiels suivants :  
[à déterminer].

En conséquence, en cas de disparition d'un seul de ses éléments, le contrat sera considéré comme caduc de plein droit à la diligence de l'une des parties d'en informer l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception en joignant les justificatifs nécessaires. La fin du contrat prendra effet automatiquement à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception.

La partie informée de la caducité pourra demander tout justificatif complémentaire ou contester judiciairement la caducité.

La caducité affecte l'entier contrat sans rétroactivité. Les parties s'engagent à mettre en œuvre tous les efforts en vue d'aboutir à un accord amiable quant aux éventuelles restitutions / sans qu'il y ait lieu à restitution.

Ces dispositions régissent le présent contrat et les éventuels contrats reconduits. »

■ **Clause de caducité d'intuitu personae**

**Clause de caducité d'intuitu personae - Personne physique**

« Les parties rappellent que le contrat a été conclu en considération de la personne du cocontractant.



*En conséquence, en cas de décès, d'incapacité, ou de maladie incapacitante dont la durée serait supérieure à six mois de l'un des cocontractants, le contrat pourra être résilié unilatéralement par l'autre partie moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de l'envoi de la notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception. »*

□ **Clause de caducité d'intuitu personae - Personne morale**

*« Les parties s'engagent à se tenir informées dans les meilleurs délais de tout projet ou décision de modification de la structure de leur capital social ; en cas de changement de contrôle ; de changement de dirigeants.*

*Dans ce cas, chacune des parties se réserve le droit de résilier unilatéralement le contrat moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de l'envoi de la notification de la décision par lettre recommandée avec accusé de réception. »*

■ **Clause de condition suspensive**

*« La présente convention est subordonnée à la réalisation des conditions suspensives suivantes :*

*Ces conditions suspensives devront être réalisées au plus tard le 07 juin 2014.*

*À défaut de réalisation de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives dans le délai ci-dessus ou si la défaillance de l'une ou l'autre de ces conditions suspensives est certaine, la présente convention sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution. »*

■ **Offre de contrat accessoire**

*« La présente offre est formulée à l'attention de la société X / Monsieur Y valable au plus tard jusqu'au 07 juin 2014 inclus sous réserve du décès du pollicitant.*

*La présente offre est faite en considération du contrat principal suivant [description].*

*Les éléments essentiels de l'offre sont les suivants : [à compléter]. La disparition d'un élément essentiel entraîne la caducité de l'offre.*

*Si l'offre n'est pas acceptée purement et simplement par son bénéficiaire dans le délai imparti, l'offre sera caduque de plein droit sans qu'il y ait lieu à restitution ou à dommages et intérêts ».*

---

**COMPROMISSOIRE (CLAUSE)**

---

■ **Clause compromissoire désignant un arbitrage institutionnel**

*« Le contrat sera régi et interprété selon le droit français.*

*Tout litige qui viendrait à se produire au sujet de la validité, de l'interprétation, de l'exécution, de la résiliation ou de la nullité et de ses conséquences du présent contrat, et plus généralement tout litige en lien avec le contrat, sera soumis à l'arbitrage sous l'égide du Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du C.A.D.E.U. (C.P.A.M.), conformément à son Règlement en vigueur à l'exclusion des juridictions étatiques.*

*À la naissance du litige, la partie la plus diligente introduira soit une demande d'arbitrage.*

*Les parties s'engagent à respecter et à exécuter de bonne foi la décision issue de la procédure administrée par le C.P.A.M.. Elles renoncent à toute réserve ou contestation devant le juge saisi de l'homologation de leur accord. »*

## CONDITION RÉSOLUTOIRE (CLAUSE DE)

### ■ Condition résolutoire avec anéantissement de la seule obligation

« Ladite obligation est conclue à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].

Cet évènement n'est pas un élément déterminant du consentement des parties aux contrats.

Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avvertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution de l'obligation est définitivement confirmée dans tous ses effets.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution de l'obligation est définitivement confirmée dans tous ses effets.

Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »

### ■ Condition résolutoire avec anéantissement du contrat :

« Ladite obligation est conclue à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].

Cet évènement est un élément déterminant du consentement des parties au contrat.

Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avvertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et l'exécution du contrat est définitivement confirmée dans tous ses effets.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles.

Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »

### ■ Contrat sous condition résolutoire :

« L'entier contrat est conclu à la condition que dans le délai de x jours / mois, il ne se soit pas produit les évènements suivants : [à compléter] / il se soit produit les évènements suivants : [à compléter].

Cet évènement est un élément déterminant du consentement des parties au contrat.

Dès qu'une des parties est informée de la réalisation ou de la défaillance de la condition, elle doit en avvertir l'autre partie sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception. Le défaut d'information engage la responsabilité contractuelle du détenteur de l'information.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit dans le délai indiqué, la condition résolutoire est défaillie et le contrat est définitivement confirmé dans tous ses effets.

Si l'un de ces évènements se produit dans le délai indiqué / aucun de ces évènements ne se produit

*dans le délai indiqué, la condition résolutoire est réalisée et le contrat est résolu de plein droit dans toutes ses dispositions sauf les articles suivants relatifs aux obligations post-contractuelles.*

*Il conviendra dès lors de procéder aux restitutions suivantes : [à compléter]. / La réalisation de la condition résolutoire ne jouera que pour l'avenir sans donner lieu à des restitutions entre les parties. »*

## CONFIDENTIALITÉ (CLAUSE DE)

### ■ Clause de confidentialité

*« Les parties ont pour projet [à compléter]. Pour cela, diverses informations d'ordre technique, commercial, financier ou juridique pourront être communiquées au partenaire.*

*Les parties s'engagent à prendre toutes les précautions nécessaires pour maintenir la stricte confidentialité des informations confidentielles.*

*Les parties sont pleinement responsables d'elles-mêmes, et du fait de leurs associés, dirigeants, salariés, mandataires, représentants, fournisseurs, sous-traitants et clients finaux.*

*L'obligation de confidentialité perdurera après la cessation de la relation contractuelle entre les parties. L'obligation de confidentialité deviendra caduque si les informations deviennent publiques en dehors de toute intervention de la partie qui aura reçu l'information ou si l'information confidentielle est entrée dans le domaine public sans faute de la partie qui aura reçu l'information.*

*Dans l'hypothèse où une autorité judiciaire ou administrative demanderait la divulgation d'une information confidentielle, la partie obligée s'engage à en informer l'autre partie dans les 24 heures de la prise de connaissance de ladite demande. Toute inexécution engage la responsabilité de la partie négligente. »*

### ■ Accord de confidentialité

*« Entre : le titulaire de l'information et le partenaire,*

*Ci-après ensemble désigner « les parties », et individuellement la « partie ».*

*Après avoir rappelé ce qui suit*

*Le titulaire de l'information a pour projet [à compléter]. Ce projet constitue un savoir-faire particulier.*

*Le partenaire a pour activité [à compléter].*

*Il est intéressé par ce projet et souhaiterait entrer en pourparlers pour négocier un éventuel contrat de [à compléter].*

*Les parties se sont donc rapprochées et se sont entendues pour conclure le présent contrat de confidentialité concernant le projet (ci-après l'« accord »).*

*Ceci ayant été exposé, les parties ont convenu les termes contractuels suivants :*

*Article 1 : Désignation du projet*

*Le titulaire de l'information a pour projet [à compléter].*

*Pour cela, diverses informations d'ordre technique, commercial, financier ou juridique pourront être communiquées au partenaire et ce par quelque mode de transmission que ce soit ainsi notamment à titre indicatif et non limitatif, par écrit, verbalement, par un moyen informatique, sous la forme d'échantillons, modèles ou autres (ci-après les « informations confidentielles »).*

*Article 2 : Obligation de confidentialité*

*Le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à prendre toutes les précautions nécessaires*

*pour maintenir la stricte confidentialité des Informations confidentielles ce qui inclut le savoir-faire, les perfectionnements, les éventuels brevets.*

*En conséquence, le partenaire s'engage envers le titulaire de l'information à ne pas divulguer les informations confidentielles à quelque tiers que ce soit et sous aucune forme que ce soit.*

*Le partenaire s'engage à limiter la transmission des informations confidentielles aux seuls salariés, conseillers et consultants qui ont besoin d'en avoir connaissance à condition que ces derniers soient tenus à des obligations de confidentialité similaires à celles des présentes et que lesdits salariés, conseillers et consultants aient été expressément informés de leurs obligations de confidentialité à l'égard desdites informations confidentielles.*

*Le partenaire s'engage à n'utiliser les informations confidentielles que dans le cadre de leurs relations contractuelles et à n'effectuer aucune reproduction, duplication, copie sans l'autorisation préalable, expresse et spécifique du titulaire de l'information.*

*Le partenaire s'engage à utiliser un système informatique sécurisé permettant d'assurer la sécurité des informations confidentielles en sa détention.*

*Le partenaire est pleinement responsable de lui-même et du fait de ses salariés et représentants, de ses mandataires, fournisseurs, sous-traitants, de ses clients finaux, de ses actionnaires, associés, et dirigeants.*

#### *Article 3 : Durée de l'obligation de confidentialité*

*Cette obligation de confidentialité est valable à compter de la signature de l'accord :*

- pendant toute la durée des présents pourparlers ;*
- pendant toute la durée des relations contractuelles éventuelles ;*
- après la rupture des pourparlers ou après la cessation des relations contractuelles pendant une durée de 24 mois.*

*L'obligation de confidentialité deviendra caduque si les informations deviennent publiques en dehors de toute intervention de la partie qui aura reçu l'information ou si l'information confidentielle est entrée dans le domaine public sans faute de la partie qui aura reçu l'information.*

*Dans l'hypothèse où une autorité judiciaire ou administrative demanderait la divulgation d'une information confidentielle, la partie obligée s'engage à en informer l'autre partie dans les 24 heures de la prise de connaissance de ladite demande. Toute inexécution engage la responsabilité de la partie négligente.*

#### *Article 4 : Territoire de l'obligation de confidentialité*

*L'obligation de confidentialité est valable pour le monde entier.*

#### *Article 5 : Obligation du titulaire de l'information*

*En contrepartie de cette obligation, le titulaire de l'information s'engage à communiquer au partenaire l'ensemble des informations confidentielles pertinentes pour la réalisation du projet.*

#### *Article 6 : Droit de propriété intellectuelle*

*Aucun droit de propriété commerciale, industrielle ou intellectuelle, aucune licence d'utilisation ne sont concédés au partenaire.*

*Les parties conviennent que, si le partenaire effectue des recherches et développements afin de permettre l'aboutissement du projet, l'ensemble des développements ainsi effectués et les résultats des études menées par le partenaire deviendront la propriété exclusive du titulaire de l'information qui pourra en disposer comme bon lui semble, sauf à ce que ces développements reposent sur des technologies ou des systèmes déjà brevetés ou déjà exploités par le partenaire auprès de ses autres clients.*

*Tous les documents et études remis au partenaire ainsi que tous les droits qui y sont attachés, seront considérés comme des Informations confidentielles relevant de la propriété exclusive du titulaire de*

*l'information. Le partenaire ne pourra prétendre à aucun droit de quelque nature que ce soit sur le projet.*

#### *Article 7 : Restitutions*

*À la cessation des relations entre les parties (rupture des pourparlers ou article 3 des présentes), le partenaire s'engage, sur simple demande du titulaire de l'information, à :*

- Restituer au titulaire de l'information sans en garder copie physique ou dématérialisée, ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents remis par cette dernière aux fins de réalisation du projet ;*
- Restituer au titulaire de l'information sans en garder copie physique ou dématérialisée ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents relatifs aux recherches et développements réalisés par le partenaire aux fins de réalisation du projet.*

*Afin de s'assurer de la parfaite exécution des présentes, le partenaire informera le titulaire de l'information de la date à laquelle elle entend effacer les copies en sa possession, et accepte que le titulaire de l'information assiste à la destruction des informations relatives au projet ou qu'un expert mandaté par le titulaire de l'information soit présent lors de cette destruction.*

#### *Article 8 : Divers*

*Le titulaire de l'information pourra librement transférer le présent accord à toute personne morale constituée pour la réalisation du projet. Il devra le notifier au partenaire par lettre recommandée avec accusé de réception dans les meilleurs délais. La personne morale substituée sera tenue de poursuivre l'exécution de l'accord dans toutes ses dispositions.*

*Fait à Lyon en 2 exemplaires,*

*Le 07 juin 2014 »*

---

### DÉDIT (CLAUSE DE)

---

#### ■ Clause de dédit à titre onéreux :

*Aucune motivation n'est obligatoire, cependant chacune des parties / la partie bénéficiaire s'engage[nt] à exercer son droit de se dédire de bonne foi.*

*Le droit de se dédire est consenti moyennant le paiement d'une somme forfaitaire non révisable d'un montant de x euros, montant consenti librement par chacune des parties.*

*L'indemnité de dédit est distincte de toute autre somme liée à l'exécution du contrat et aux éventuelles restitutions.*

*Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant le respect d'un préavis de x mois comprenant le paiement de l'indemnité de dédit. Il produira effet uniquement au moment du paiement de l'indemnité un mois après la première présentation par les services postaux du courrier recommandé. En l'absence de paiement de l'indemnité de dédit, le dédit ne produira aucun effet et le contrat restera en vigueur entre les parties.*

*Lors de la mise en œuvre du dédit, les parties s'engagent à négocier les restitutions subséquentes. Les restitutions s'exécuteront par équivalent. En cas de désaccord entre les parties, celles-ci s'engagent à nommer un expert dont les frais seront payés par moitié par chacune des parties. / Le dédit ne pouvant être exercé qu'avant toute exécution du contrat, il n'y aura pas lieu à restitution. »*



## ■ Clause de dédit à titre gratuit :

« Il est attribué à chacune des parties / une seule partie un droit discrétionnaire de se dédire du présent contrat durant la phase précontractuelle à définir / durant toute l'exécution du contrat / durant un délai à préciser.

Aucune motivation n'est obligatoire, cependant chacune des parties / la partie bénéficiaire s'engage[nt] à exercer son droit de se dédire de bonne foi.

Le droit de se dédire est consenti à titre gratuit.

Le dédit est exercé par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant le respect d'un préavis de x mois. Il produira effet un mois après la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception.

Lors de la mise en œuvre du dédit, les parties s'engagent à s'entendre quant aux restitutions subséquentes. Les restitutions s'exécuteront par équivalent. En cas de désaccord entre les parties, celles-ci s'engagent à nommer un expert dont les frais seront payés par moitié par chacune des parties. / Le dédit ne pouvant être exercé qu'avant toute exécution du contrat, il n'y aura pas lieu à restitution.

## DURÉE DANS LES CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE (CLAUSE DE)

### ■ Contrat à durée déterminée conclu avec un terme défini

« Le contrat est conclu pour une durée de 10 ans à compter de la signature du présent contrat / à compter du 10 janvier 2014. En conséquence, le contrat prendra fin le 11 janvier 2020 inclus. »

### ■ Contrat à durée déterminée conclu avec un terme indéfini

« Le contrat est conclu à compter de la signature du présent contrat / à compter du 10 janvier 2014 et prendra fin automatiquement sans rétroactivité lorsque l'autre partie sera informée du fait que le chiffre d'affaires annuel de la société sera supérieur ou égal à x euros étant précisé que le chiffre d'affaires annuel sera communiqué à l'autre partie au plus tard dans les 6 mois de la clôture des comptes annuels. »

### ■ Modalités particulières

« Le présent contrat conclu à durée déterminée pourra ne pas être renouvelé, et cela sans justification par l'une ou l'autre des parties à l'arrivée du terme contractuel sous réserve du respect d'un préavis d'une durée de [à compléter] mois qui devra être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception.

La durée de préavis sera augmentée lors des reconductions du contrat. La durée sera donc :

- [à compléter] mois lors du premier renouvellement ;
- [à compléter] mois lors du second renouvellement ;
- [à compléter] pour les autres renouvellements.

La durée de préavis pourra être renégociée à l'issue du troisième renouvellement du contrat. La négociation tiendra compte de la durée de la relation et de l'évolution du chiffre d'affaires entre les parties.

Dans tous les cas, la partie qui souhaite rompre le contrat peut octroyer une durée de préavis supérieure à celle prévue au contrat, l'autre partie étant alors libre de ramener la durée de préavis à celle initialement fixée au contrat. »



---

## DURÉE DANS LES CONTRATS À DURÉE INDÉTERMINÉE (CLAUSE DE)

---

### ■ Contrat à durée indéterminée

« *Le contrat est conclu pour une durée indéterminée à compter de la signature du présent contrat/à compter du 10 janvier 2014.* »

### ■ Clause de non-résiliation

« *Pendant les deux premières années du contrat à compter de sa date d'entrée en vigueur, jusqu'au [date] inclu, chacune des parties s'engage à ne pas exercer sa faculté de résiliation unilatérale, sous réserve des cas prévus à l'article x du contrat portant sur l'inexécution fautive des obligations essentielles.* »

### ■ Modalités particulières

« *Le présent contrat conclu à durée indéterminée pourra être résilié à tout moment et sans justification par l'une des parties sous réserve du respect d'un préavis qui devra être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception.*

*La durée de préavis est de :*

- *[à compléter] mois les [à compléter] premières années (première période) ;*
- *[à compléter] mois pour les [à compléter] années suivantes (deuxième période) ;*
- *[à compléter] par la suite (troisième période).*

*La durée de préavis pourra être augmentée de [à compléter] mois si le courant d'affaires entre les parties excédait :*

- *[à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la première période ;*
- *[à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la seconde période ;*
- *[à compléter] de chiffre d'affaires à l'issue de la troisième période.*

*Au-delà, la durée du préavis pourra être renégociée par les parties tenant compte de la durée de la relation et de l'évolution du chiffre d'affaires.*

*Dans tous les cas, la partie qui souhaite rompre le contrat peut octroyer une durée de préavis supérieure à celle prévue au contrat, l'autre partie étant alors libre de ramener la durée de préavis à celle initialement fixée au contrat.* »

---

## FORCE MAJEURE (CLAUSE DE)

---

### ■ Clauses de force majeure :

« *Sont considérés comme un événement de force majeure tout événement irrésistible et imprévisible dont notamment les événements énumérés ci-dessous de façon indicative, mais non limitative :*

- *la dégradation du contexte économique de façon telle que l'une des parties rencontre de graves difficultés financières pouvant compromettre sa pérennité. En cas de contestation, il sera procédé à une expertise comptable aux frais de la partie subissant ledit événement/ou en cas de perte de chiffre d'affaires de l'une des parties de moitié en comparaison de l'exercice comptable clos le 00/00/0000 ;*
- *[causes à déterminer en fonction de la nature du contrat] ;*

- la guerre déclarée ou non déclarée, civile ou étrangère, les émeutes ou révolutions ou mouvement populaire, les actes de piraterie, les sabotages, les attentats ;
- les intempéries, les cataclysmes naturels tels que les violentes tempêtes, les cyclones, les tremblements de terre, les raz de marée, les inondations, la destruction par la foudre ;
- les explosions, incendies, destructions de machines, d'usines et d'installations quelles qu'elles soient ;
- une catastrophe industrielle ou écologique impactant la zone d'activité de l'une des Parties rendant impossible la poursuite de leur activité professionnelle ;
- les boycotts, grèves et lock-out sous quelque forme que ce soit, les grèves du zèle, les occupations d'usines et de locaux, les arrêts de travail se produisant dans les entreprises de la partie qui demande l'exonération de sa responsabilité.

La survenance d'un événement de force majeure suspend l'exécution des obligations de la partie débitrice subissant ledit événement dix jours après la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant cette situation.

La partie créancière cesse parallèlement l'exécution des obligations corrélatives. Elle peut demander tout complément d'information à la partie subissant ledit événement. Dans le délai d'un mois à compter de la notification, la partie créancière peut contester le caractère de force majeure de l'évènement. Les parties s'engagent à tenter de résoudre amiablement une telle contestation.

Toutefois, dans le cas où la suspension se poursuivrait au-delà d'un délai de soixante jours, chacune des parties se réserve la possibilité de résilier sans indemnité le contrat, moyennant le respect d'un délai de préavis d'un mois à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant cette décision. »

## INDIVISIBILITÉ DANS LES CONTRATS LIÉS (CLAUSE D')

### ■ Clause d'indivisibilité dans un contrat accessoire :

« Le contrat conclu entre X et Y en date du [à compléter] est indivisible du contrat conclu entre X et Z en date du [à compléter]. Tous deux ont une durée identique. En cas de prorogation du contrat conclu entre X et Z, le contrat conclu entre X et Y sera automatiquement prorogé de la même durée, les parties consentant dès à présent expressément à la prorogation à venir. »

### ■ Clause d'indivisibilité dans un contrat principal :

« Le contrat conclu entre X et Y en date du [à compléter] est indivisible du contrat conclu entre X et Z en date du [à compléter]. Tous deux ont une durée identique. »

## LIMITATIVE OU ELUSIVE DE RESPONSABILITÉ (CLAUSE)

### ■ Clause limitative de responsabilité dans une convention de garantie de passif :

« Le cédant s'engage à désintéresser le cessionnaire et ses substitués de tout préjudice qu'il subirait dans les conditions prévues ci-après :

- en raison d'inexactitude ou d'omission des informations demandées par le cessionnaire ;
- en raison de l'inexécution des engagements souscrits aux articles x et y du contrat ;
- en cas de survenance de tout passif non comptabilisé ou de tout passif supplémentaire excédant celui figurant dans les comptes de référence ;
- en cas de constatation de toute surestimation de la valeur des actifs figurant dans les comptes de référence ;
- en cas de redressement fiscal portant sur la période antérieure à la cession.

*Le montant du préjudice sera déterminé amiablement entre les parties. En cas de contestation, une action en justice pourra être intentée pour faire désigner un expert.*

*Le montant du préjudice est mis à la charge du cédant que lorsque leur total au cours de la période de garantie dépasse le seuil de xxx euros. Une fois atteint ce montant, le cédant est tenu à partir du premier euro.*

*Le cumul du montant du préjudice ne pourra pas excéder le montant de xxx euros qui constitue le plafond de l'engagement de garantie des cédants.*

*Le cessionnaire informe le cédant de l'existence d'un préjudice au plus tard dans les trente jours suivant celui où il en aura lui-même connaissance. La notification devra indiquer la nature et le montant des réclamations accompagnées des pièces justificatives.*

*Le cédant dispose d'un délai de 30 jours à compter de la notification pour indiquer s'il accepte ou rejette la réclamation.*

*L'engagement est consenti à compter de l'acte de cession pour la durée des prescriptions légales applicables en matière fiscale, parafiscale, sociale, parasociale et douanière. »*

#### ■ **Clause évasive de responsabilité :**

*« Le débiteur ne sera pas responsable des retards d'exécution. »*

#### ■ **Clause limitative de responsabilité :**

*« La responsabilité du distributeur au titre de ses actions ou de celles de ses préposés est limitée au montant des sommes encaissées par lui au titre du contrat. »*

#### ■ **Clause limitative de responsabilité sur une obligation accessoire :**

*« Le prestataire ne garantit pas que les services seront utilisables en cas de défaillance du fournisseur d'accès internet de l'utilisateur, ou en cas de non-fonctionnement ou de mauvaises conditions d'accès provoquées par l'encombrement du réseau internet et toutes autres raisons extérieures au prestataire. »*

### MUTUUS DISSENSUS (CLAUSE DE)

#### ■ **Convention de *mutuus dissensus* :**

*« Les parties conviennent, librement et de façon éclairée, de rompre le contrat [nature du contrat] qu'elles ont conclu entre elles en date du 7 juin 2014 à compter de la signature des présentes, dans tous ses termes et conditions.*

*Sauf dissimulation de l'une des parties, chacune des parties renonce à toute action judiciaire relative à la rupture du contrat dont les conséquences ont été convenues entre elles par la présente convention. »*

---

## NON-CONCURRENCE (CLAUSE DE)

---

### ■ Clause de non-concurrence avec contrepartie financière :

« 1. Après la cessation de la relation contractuelle et pendant une durée de 6 mois / 2 ans à compter de la notification de la rupture de ladite relation, le débiteur de l'obligation de non-concurrence s'engage envers le créancier de l'obligation de non-concurrence directement ou indirectement seul, ou en association avec des tiers, pour son compte en qualité d'actionnaire, d'associé, de dirigeant, mandataire social, salarié, conseil ou prestataire, à :

- ne pas exercer une activité concurrente, connexe ou similaire à celle du créancier de l'obligation de non-concurrence ;
- ne pas accepter une quelconque fonction de direction ou prendre une participation dans une société dont l'activité, ou l'activité du groupe auquel elle appartient est similaire ou connexe à celle exercée par le créancier de l'obligation de non-concurrence.

Compte tenu du secteur géographique du présent accord, cette interdiction est valable sur les territoires suivants [à compléter].

Cette obligation est justifiée au regard de la relation contractuelle [à préciser].

2. Le créancier de l'obligation de non-concurrence se réserve la possibilité de renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence sans justification.

Il devra alors le notifier au débiteur de l'obligation de non-concurrence par lettre recommandée avec accusé de réception lors de la rupture de la relation contractuelle ou au plus tard, dans les 15 jours de la cessation de la relation contractuelle.

3. Le créancier de l'obligation de non-concurrence pourra transmettre le bénéfice de l'obligation de non-concurrence à [décrire les bénéficiaires].

Dans ce cas, le créancier de l'obligation de non-concurrence devra le notifier au débiteur de l'obligation de non-concurrence par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai de 15 jours à compter de la transmission du droit.

4. En contrepartie, le débiteur de l'obligation de non-concurrence percevra mensuellement une indemnité forfaitaire d'un montant de xxx euros.

[préciser les modalités de calcul].

En cas de non-respect de l'obligation de non-concurrence, le créancier de l'obligation de non-concurrence cessera de verser la contrepartie financière et pourra agir en justice en exécution forcée, en indemnisation de son préjudice et faire ordonner sous astreinte la cessation de l'activité concurrentielle. »

---

## PÉNALE (CLAUSE)

---

### ■ Clause pénale

« À défaut d'inexécution, d'exécution conforme ou en cas de retard d'exécution par l'une des parties au contrat des obligations prévues aux articles x et y du contrat et huit jours après envoi d'une lettre de mise en demeure envoyée en recommandé avec accusé de réception restée infructueuse, la partie défaillante versera à la partie créancière une somme de xxx euros à titre de dommages-intérêts forfaitaires. »

---

## PRÉAVIS (CLAUSE DE)

---

### ■ Clause de préavis non modulable

*« Chacune des parties a la faculté de résilier le contrat à tout moment sans obligation de motivation sous réserve de notifier sa décision à l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception et moyennant le respect d'un préavis de trois mois commençant à courir à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception. »*

### ■ Clause de préavis modulable

Il est pris l'exemple de l'allongement de la durée de préavis en fonction de la durée de la relation contractuelle.

*« Chacune des parties a la faculté de résilier le contrat à tout moment sans obligation de motivation sous réserve de notifier sa décision à l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception et moyennant le respect d'un préavis commençant à courir à compter de la première présentation par les services postaux de la lettre recommandée avec accusé de réception et d'une durée de :*

- de trois mois durant les 5 premières années d'exécution du contrat ;*
- de six mois si le contrat dure de 5 à 10 ans ;*
- de huit mois si le contrat a duré plus de 10 ans. »*

---

## PRÉEMPTION (CLAUSE DE)

---

### ■ Pacte de préférence :

*« Le promettant consent au bénéficiaire qui l'accepte le droit préférentiel d'acquérir le bien désigné [à compléter] si le promettant décide de vendre ledit bien dans un délai de 5 ans à compter de la signature du contrat.*

*Le promettant est libre de décider de vendre le bien désigné et de déterminer les conditions contractuelles de ladite vente à intervenir.*

*Le bénéficiaire accepte la faculté qui lui est conférée, mais conserve sa pleine et entière liberté d'accepter ou non de l'exercer le moment venu.*

*Si le promettant décide de vendre le bien désigné pendant la durée du pacte, il notifie son projet au bénéficiaire par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant le prix de cession, les modalités de paiement, les conditions de ventes ou de transmission, et le cas échéant l'identité de l'acquéreur envisagé.*

*À compter de la notification, le bénéficiaire dispose d'un délai de 30 jours pour notifier au promettant sa volonté d'accepter purement ou simplement l'offre de vente.*

*Au-delà du délai de 30 jours, en cas de refus ou de silence du bénéficiaire, le promettant retrouve sa liberté de contracter aux termes et conditions prévus par l'offre de contracter.*

*En cas de modification de l'offre de contracter, le promettant doit la soumettre à nouveau au bénéficiaire dans les mêmes conditions.*

*Le bénéficiaire qui refuse l'offre ou est resté silencieux peut demander copie de l'acte de vente finalement signé au promettant.*

*En cas de non-respect de l'une quelconque des dispositions du pacte par le promettant celui-ci versera au bénéficiaire une somme forfaitaire de 50 % du prix total de la vente finalement conclue en contradiction avec le pacte. »*

#### ■ **Clause de préemption de droits sociaux :**

*« Il est conféré au bénéficiaire — personnellement ou par le biais de toute société dans laquelle il détiendrait plus de la moitié des titres — un droit de préemption dans les hypothèses suivantes :*

- Sur les titres détenus par les associés du cocontractant en cas de décès de l'un d'eux ou de projet de cession des titres détenus par l'un d'eux — à la condition suspensive qu'aucun des associés du cocontractant n'exerce préalablement son droit de préemption ;*
- Sur la licence exclusive d'exploitation en cas de cession de celle-ci par le cocontractant — à la condition suspensive qu'aucun des associés du cocontractant n'exerce préalablement son droit de préemption.*

*Le promettant s'oblige à donner à prix, conditions et modalités égaux, la préférence aux associés et bénéficiaire pour le transfert des droits.*

*Interviennent au présent acte les associés qui consentent personnellement au droit de préemption.*

*En conséquence, le promettant s'engage à notifier aux associés et au bénéficiaire du droit de préemption, par lettre recommandée avec accusé de réception tout projet de cession ou toute situation de décès en indiquant le prix de cession, les modalités de paiement, les conditions de ventes ou de transmission, et l'identité de l'acquéreur.*

*À compter de la notification, les associés du concédant disposent d'un délai de 30 jours pour faire connaître leur intention d'achat dans les mêmes formes.*

*Au-delà du délai de 30 jours, en cas de refus ou de silence des associés du concédant, le bénéficiaire du droit de préemption dispose d'un délai de trente jours pour faire connaître son intention d'achat dans les mêmes formes.*

*En cas d'exercice du droit de préemption, la vente ou la transmission devra être réalisée dans un délai de 3 mois après la date de notification de la volonté de se rendre acquéreur par préférence.*

*En cas de refus ou de silence des associés et du bénéficiaire du droit de préemption dans un délai de 60 jours à compter de la notification faite par le débiteur du droit de préemption, celui-ci pourra céder ou transmettre librement ses titres ou la licence exclusive d'exploitation, dans les mêmes conditions que celles proposées aux bénéficiaires du droit de préemption (prix, conditions et modalités égaux).*

*Le promettant s'engage à ce que le tiers acquéreur poursuive l'exécution de l'accord dans toutes ses dispositions. »*

#### ■ **Clause de préférence en matière de contrat d'édition :**

*« L'auteur consent à l'éditeur une préférence sur l'édition de ces 5 prochaines œuvres à créer durant les 5 prochaines années à compter de la signature du présent contrat. Les œuvres concernées appartiennent au genre [à compléter].*

*L'auteur devra présenter ses œuvres à l'éditeur par courrier simple. L'éditeur dispose d'un délai de trois mois pour refuser ou accepter l'édition de l'œuvre.*

*Le droit de préférence sera considéré comme épuisé et cessera de plein droit de produire effet dès lors que l'éditeur aurait opposé à l'auteur deux refus successifs ou non, à la présentation par l'auteur d'œuvres dans le cadre de la préférence accordée. »*



---

## PROROGATION (CLAUSE DE)

---

### ■ Clause de prorogation volontaire

« En cas de retard d'exécution justifié au regard des règles de l'art de la profession [à préciser], les parties peuvent convenir de la prorogation du contrat avant l'arrivée du terme extinctif. Le consentement des parties devra être constaté dans un écrit signé par chacune des parties, cet écrit devant être formalisé avant la survenance du terme extinctif initialement prévu.

La partie qui sollicitera la prorogation du contrat prendra à sa charge d'effectuer les formalités de publicité, sauf accord différent des parties. »

### ■ Clause de prorogation automatique

#### □ Clause de prorogation automatique - contrat de travaux

« En cas d'intempéries exceptionnelles, de catastrophes naturelles ou de grèves qui rendent impossible ou trop coûteux [à préciser] la poursuite des travaux, le contrat sera suspendu pour une durée maximum de six mois à compter du constat écrit de l'évènement par les parties.

Ces évènements sont considérés comme étant un cas de force majeure lorsqu'ils se sont produits en dehors du contrôle de l'une ou l'autre des parties et contre lequel elles n'ont pu raisonnablement se prémunir.

Dès la cessation de l'évènement, le contrat sera prorogé automatiquement de plein droit pour une durée équivalente à celle de la suspension des travaux sans qu'un retard d'exécution puisse être reproché au maître de l'ouvrage.

Si l'impossibilité d'exécution dure au-delà des six mois, chacune des parties pourra résilier le contrat dans les conditions de l'article x du contrat. »

#### □ Clause de prorogation automatique - contrat informatique

« En cas de suspension de l'accès aux services dus à une panne informatique matérielle et logicielle ou à un acte malveillant pendant la durée de l'abonnement, celui-ci sera prorogé automatiquement de plein droit au profit de l'utilisateur pour une durée équivalente à celle de la suspension des services.

Le prestataire informera l'utilisateur dans les meilleurs délais :

- de la suspension, de ses causes et de sa durée probable ;
- de la reprise des services ;
- et de la prorogation et de la durée de prorogation du contrat sans frais supplémentaires pour l'utilisateur. »

---

## RECONDUCTION (CLAUSE DE)

---

### ■ Clause de reconduction expresse

« Le contrat ne sera pas reconduit tacitement par décision judiciaire en cas de poursuite d'exécution par les parties au-delà du terme extinctif.

Le contrat sera reconduit par accord exprès des parties. Les parties notifient par lettre recommandée avec accusé de réception de leur décision de reconduire ou non le contrat 3 mois au moins avant l'arrivée du terme du contrat en cours d'exécution.

*Les clauses n°... du contrat seront reconduites ou L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit.  
Dans le cas où les parties seraient restées silencieuses quant à la reconduction du contrat, mais auraient poursuivi l'exécution du contrat initial au-delà du terme, le contrat sera réputé reconduit tacitement selon les termes et les conditions contractuellement prévus. »*

## ■ Clause de reconduction tacite puis expresse

*« Le contrat ne sera pas reconduit tacitement par décision judiciaire en cas de poursuite d'exécution par les parties au-delà du terme extinctif.*

*Le contrat se reconduit tacitement par l'arrivée du terme pour une nouvelle durée déterminée de x années sauf dénonciation expresse par lettre recommandée avec accusé de réception de l'une des parties adressée à l'autre moyennant le respect d'un préavis de 3 mois. Le nombre total de reconductions tacites est de x reconductions.*

*Au-delà de x reconductions à durée déterminée, le contrat sera reconduit par accord exprès des parties, décidées par échange de consentement 6 mois au moins avant l'arrivée du terme du contrat en cours d'exécution.*

*Les clauses n°... du contrat seront reconduites ou L'ensemble des stipulations du contrat sera reconduit. »*

## ■ Éléments à ajouter éventuellement :

### □ Obligation d'information au consommateur :

*« La société X informera Monsieur Y par lettre recommandée avec accusé de réception de ce que le contrat en cours d'exécution arrive à échéance, ainsi que des termes de la clause de reconduction et des modalités pour s'opposer à la reconduction. Ces informations devront être notifiées entre 3 et 1 mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction.*

### □ Obligation précontractuelle d'information (loi Doubin) :

*« Dans les 3 mois précédents la reconduction du contrat en cours d'exécution la société X adressera à Monsieur Y par lettre recommandée avec accusé de réception le document précontractuel informatif prévu en application de l'article L. 330-3 du Code de commerce. »*

### □ Clauses à renégocier :

*« Les clauses n°..., accessoires indispensables au contrat, seront renégociables entre les parties sans que cette renégociation ne modifie l'objet du contrat ou ne puisse être qualifiée de novation. Lorsque l'une des parties souhaite renégocier ces clauses, elle en informe l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception 3 mois avant l'arrivée du terme.*

*En cas d'échec de la renégociation, dans le silence des parties, les clauses sont réputées reconduites dans les mêmes termes que ceux du contrat en cours d'exécution. Chaque partie peut notifier à l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception son refus de reconduire le contrat avant que la reconduction ne joue. »*

### □ Contrats accessoires conclus entre les mêmes parties qu'au contrat principal :

*« La reconduction du contrat a pour conséquence de reconduire les accords accessoires au contrat principal conclus entre les parties, cela de façon automatique dans les termes et conditions définis dans les contrats accessoires tels que listés ci-après. »*

### □ Contrats accessoires conclus avec un tiers : hypothèse d'une reconduction expresse :

*« Les parties, lorsqu'elles conviennent de reconduire le contrat, notifient par lettre recommandée avec accusé de réception à Monsieur Y de leur décision 3 mois avant l'arrivée du terme du contrat.*

*Monsieur Y doit notifier par lettre recommandée avec accusé de réception sa décision de ne pas reconduire son engagement par lettre recommandée avec accusé de réception dans les 3 mois qui suivent la notification des parties. Les conditions de la reconduction sont définies à l'article x de ce contrat. »*

#### ■ Clause de non-reconduction

*« Les parties conviennent qu'à l'arrivée du terme du contrat, celui-ci prendra fin automatiquement. Le contrat ne pourra pas être tacitement reconduit.*

*Néanmoins, en cas de poursuite spontanée des relations contractuelles et consenties au-delà de l'arrivée du terme, il est expressément convenu que les relations entre les parties seront régies temporairement par les dispositions du contrat – sauf en ce qui concerne la durée de l'engagement celui pouvant prendre fin à tout moment »*

### RESTITUTIONS (CLAUSE DE)

#### ■ Clause de reprise de stocks lorsque le distributeur est propriétaire des marchandises :

*« À l'extinction du contrat, il sera procédé, dans les meilleurs délais, à un inventaire contradictoire des produits restant en stock et des contrats en cours.*

*Le fournisseur aura la faculté de racheter tout ou partie des stocks détenus par le distributeur et de poursuivre l'exécution des contrats en cours avec les clients finaux. Le rachat du stock sera effectué au prix coûtant.*

*Dans le cas où le fournisseur n'utiliserait pas de cette faculté de rachat et ne souhaiterait pas poursuivre les contrats en cours, le distributeur aura le droit d'achever lesdits contrats en cours avec les clients finaux, tout en respectant les conditions du contrat éteint pendant une période de six mois à compter de l'inventaire et en tenant le fournisseur régulièrement informé du déroulement de l'opération. À l'issue de ce délai, tout stock invendu devra être détruit aux frais du distributeur. Le distributeur informera le fournisseur de la date à laquelle cette destruction aura lieu afin que ce dernier puisse y assister s'il le désire.*

*Après liquidation du stock et l'achèvement des contrats avec les clients finaux, le distributeur s'engage à cesser toute exploitation de la marque, sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit, et à restituer au fournisseur tous les documents en sa possession relatifs aux produits et à la marque incluant le savoir-faire et les perfectionnements. »*

#### ■ Clause de restitutions immatérielles :

*« À l'extinction du contrat liant les parties, le partenaire s'engage, sur simple demande de l'auteur, à :*

- Restituer à l'auteur sans en garder copie physique ou dématérialisée, ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents remis par cette dernière aux fins de réalisation du contrat ;*
- Restituer à l'auteur sans en garder copie physique ou dématérialisée ni courriels y faisant référence, l'ensemble des documents relatifs aux recherches et développements réalisés par le partenaire aux fins de réalisation du contrat.*

*Le partenaire est responsable de lui-même, de ses salariés et représentants, de ses mandataires, fournisseurs, sous-traitants, de ses clients finaux, de ses actionnaires, associés, et dirigeants.*

*« Afin de s'assurer de la parfaite exécution des présentes, le partenaire informera l'auteur de la date à laquelle elle entend effacer les copies en sa possession, et accepte que l'auteur assiste à la destruction des informations relatives au contrat ou qu'un expert mandaté par l'auteur soit présent lors de cette destruction. »*

## ■ Clause de restitutions générale

*« Les parties conviennent que la résolution judiciaire ou extrajudiciaire du contrat interviendra sans rétroactivité et n'aura d'effet que pour l'avenir libérant les parties de leurs obligations respectives sans préjudice du droit de demander des dommages et intérêts pour inexécution.*

*La partie victime de l'inexécution se réserve le droit de demander la restitution de ce qu'elle a fourni en contrepartie d'une indemnisation tenant compte de la détérioration ou des améliorations du bien. Un expert pourra être désigné judiciairement en cas de désaccord entre les parties. »*

---

## RÉSOLUTOIRE (CLAUSE)

---

## ■ Clause résolutoire :

*« 1. Les parties pourront résilier de plein droit le contrat en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution des obligations suivantes :*

- l'obligation de [à compléter] (article x du contrat) ;*
- le paiement du prix (article x du contrat) ;*
- l'obligation de non-concurrence (article x du contrat) ;*

*La partie qui constate le non-respect de ces obligations pourra résilier de plein droit l'accord par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être demandés du fait de l'inexécution de la ou les obligations considérées. Il est expressément prévu une dispense de mise en demeure pour les fautes graves. La résiliation prendra effet automatiquement huit jours après la première présentation par les services postaux de la lettre à la partie fautive. Durant ce délai, la partie fautive pourra tenter de se justifier sur les faits reprochés.*

*2. En cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard d'exécution, par l'une ou l'autre des parties, d'une ou de plusieurs obligations lui incombant en vertu du contrat, la partie créancière de l'obligation inexécutée pourra résilier le contrat de plein droit.*

*Elle adressera à la partie débitrice une lettre recommandée avec accusé de réception de mise en demeure d'exécuter l'obligation lui incombant. Si, dans un délai de trente jours suivant la réception de la lettre de mise en demeure, la ou les obligations n'ont pas été exécutées correctement, l'accord sera résilié de plein droit sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être dus, tant du chef de la rupture que de l'inexécution de la ou les obligations considérées.*

*3. En cas de résiliation du contrat pour faute du débiteur, celui-ci ne pourra prétendre à aucun remboursement.*

*4. La résolution opère pour l'avenir sans rétroactivité. Les obligations post-contractuelles prévues aux articles x et y ne sont pas affectées par le jeu de la clause résolutoire. »*











## RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

Les clauses de fin de contrat illustrent l'importance de la liberté contractuelle. La pratique s'est emparée de cette période de l'« après-contrat » sous le contrôle de la jurisprudence, dans le relatif désintérêt du législateur.

Les fins du contrat sont diverses. La fin peut être retardée par le biais de la prorogation du contrat. La fin peut être prématurée : elle peut être une fin brutale et définitive par le biais de la clause résolutoire, la continuité de ce qui était par l'arrivée du terme extinctif, ou encore la venue de quelque chose de nouveau par le biais d'une clause de caducité. La fin peut n'être qu'un passage vers un autre contrat par le biais de la reconduction. Il en ressort un flou théorique nécessitant une construction juridique. Il peut être proposé de scinder le temps de l'après-contrat en trois périodes.

La première période, les parties satisfaites de leur relation vont chercher à la faire perdurer. Les clauses de fin de contrat ont alors pour finalité la préservation de la pérennité du lien contractuel entre les parties.

La deuxième période porte sur les modes d'extinction du contrat. La sortie de la relation contractuelle est devenue un enjeu important nécessitant le recours à différents mécanismes juridiques tels que la clause de dédit, la condition résolutoire ou encore la clause résolutoire.

La troisième période peut être désignée comme la période de liquidation du passé contractuel comprenant deux séries de clauses : celles liquidant le passé contractuel (notamment la clause de non-concurrence et la clause de confidentialité) et celles s'intéressant à l'avenir post-contractuel.

La fin du contrat doit être distinguée de la clôture de la relation contractuelle désignant la cessation de toutes les obligations post-contractuelles et de leurs conséquences. Ainsi loin d'être secondaires, ces clauses de fin de contrat composant la période de l'après-contrat sont fondamentales pour toute relation d'affaires continue.

## TITRE ET RÉSUMÉ EN ANGLAIS

End-of-contract clauses

End-of-contract clauses illustrate the significance of contractual freedom. Practice took hold of this “post-contractual” period under the control of established precedents, in the relative disinterest of lawmakers.

The types of contractual ends are diverse. The end may be delayed by means of prolongation of the contract. The end may come prematurely: it may come suddenly and definitively by means of a termination clause, the continuity of that which was by the arrival of the extinctive term, or the arrival of something new by means of a sunset clause. The end may only be a passage to another contract by means of renewal. This results in a lack of theoretical clarity that requires a legal structure. It may be proposed to divide the post-contractual period into three parts.

In the first part, parties satisfied with their relationship will seek to have it continue. The end-of-contract clauses thus serve the purpose of preserving the durability of the contractual bond between the parties.

The second part involves the manner of termination the contract. Closing the contractual relationship has become an important matter that requires resorting to different legal mechanisms such as the forfeiture clause, the termination condition or the termination clause.

The third part may be referred to as the period of liquidation of the contractual past including two series of clauses: those liquidating the contractual past (notably the clause of non-competition and the clause of confidentiality) and those concerning the post-contractual future.

The end of the contract must be distinguished from the close of the contractual relationship designating the cessation of all post-contractual obligations and their consequences. Thus, far from being secondary, these end-of-contract clauses affecting the post-contractual period are fundamental for any ongoing business relationship.

## DISCIPLINE : DROIT PRIVÉ

### MOTS-CLÉS

Durée contractuelle, terme, caducité, droit de résiliation unilatérale, rupture brutale des relations commerciales établies, préavis, prorogation, reconduction, résiliation, résolution, clause résolutoire, rétroactivité, condition résolutoire, dédit, obligations post-contractuelles, restitutions, responsabilité, confidentialité, concurrence.

### LABORATOIRE DE RATTACHEMENT

Équipe de droit privé, EA 3707, Université Jean Moulin Lyon 3, 18 rue Chevreul 69362 Lyon Cedex 07