



HAL
open science

L'après-contrat

Hania Kassoul

► **To cite this version:**

Hania Kassoul. L'après-contrat. Droit. Université de Nice Sophia-Antipolis (UNS); Université côte d'azur, 2017. Français. NNT: . tel-02418907v1

HAL Id: tel-02418907

<https://hal.science/tel-02418907v1>

Submitted on 19 Dec 2019 (v1), last revised 1 Jan 2020 (v2)

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

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



UNIVERSITÉ
CÔTE D'AZUR 



Thèse de doctorat

L'après-contrat

*Présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur de l'Université Côte d'Azur*

Ecole doctorale N° 513 : ED DESPEG

Discipline : Droit

Soutenue publiquement le 10 novembre 2017

Par

Hania Kassoul

Thèse récompensée des prix suivants :

Prix Henri Texier I de l'Académie des Sciences morales et politiques

Prix d'honneur du prix de thèse de la Cour de cassation

Prix de l'Ecole doctoral DESPEG de l'Université de Nice

JURY

Rapporteurs : Mr le Professeur Denis Mazeaud (Paris II Panthéon-Assas)
Mr le Professeur Mustapha Mekki (Paris XIII - Directeur de l'IRDA)

Directeur de thèse : Mr le Professeur Yves Strickler (Nice)

Membres : Mme le Professeur Virginie Larribau-Terneyre (Pau)
Mr le Professeur Mathias Latina (Nice)

*L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse.
Ceux-ci sont propres à leur auteur.*

Remerciements

La thèse est une tâche au cœur d'un récit bien plus grand. Initiatique, ce récit est une quête scientifique et personnelle. Traverser les péripéties de cette aventure n'aurait pas été possible sans alliés précieux. Les fidèles, les occasionnels, les discrets, les incontournables, les éloignés, les héros du quotidien... Ils m'ont permis de franchir un à un les obstacles et de sortir grandie de l'expérience doctorale. Que tous reçoivent mes remerciements les plus sincères, Que chacun sache combien son aide a compté.

Avec l'expression de ma profonde gratitude au Professeur Yves Strickler qui a su faire en sorte qu'aucune difficulté ne soit indépassable. Par son écoute et sa disponibilité, il a été au plus près de la traversée. Son soutien complet et sa pédagogie ont été une ressource indispensable à la réalisation de ce travail.

Mes remerciements vont également à Monsieur le juge Hicham Melhem, pour son soutien et son amitié après la thèse.

À mes parents, mes piliers
À Kamille et Pascal, mon horizon

Principales abréviations

Al.	Alinéa
Ann. Loy.	Annales des loyers
AP	Assemblée plénière
APD	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Civ.	Bulletin civil
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. Civ.	Code civil
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. Com.	C. Du commerce
C. De la conso.	Code de la consommation
C. Des ass.	Codes des assurances
C. Trav.	Code du travail
Cah. Dr. Arb.	Cahiers de droit de l'arbitrage
Cass.	Cour de cassation
CDC	Centre du droit de la concurrence
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code générale des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Ch. Soc.	Les Cahiers sociaux
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
Com.	Chambre commerciale
Constr.-Urb.	Revue Construction et Urbanisme

CPC	Code de procédure civile
CPC	Code de procédure civile
Crim.	Chambre criminelle
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
DH	Dalloz hebdomadaire
Dr.	Droit
Dr. & Pat.	Revue Droit et patrimoine
Dr. Et soc.	Revue Droit et sociétés
DROC	Déclaration réglementaire d'ouverture de chantier
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IGF	Inspection générale des finances
J.-Cl.	Jurisqueleur
JCP E	Semaine juridique édition Entreprises
JCP G	Semaine juridique édition générale
JCP N	Semaine juridique édition notariat
JO	Journal Officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loy. Et copro.	Loyers et copropriété
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observation
Op. Cit.	<i>Opus citatum</i>
P.	Page
PDEC	Principe de droit européen des contrats
Préc.	Précité
PUF	Presse universitaire de France
RD rur.	Revue de droit rural
RDA	Revue de droit des affaires

RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue de droit ASSAS
RDC	Revue de droit des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil
Rép. Com.	Répertoire de droit commercial
Rép. Min.	Réponse ministérielle
Rep. Trav.	Répertoire de droit du travail
Req.	Requête
Rev.	Revue
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Fr. Aff. Soc.	Revue française des affaires sociales
Rev. Loy.	Revue des loyers
Rev. Loyers	Revue des loyers
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RIDC	Revue de droit international comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Sirey
Soc.	Chambre sociale
Spec.	Spécialement
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE L'APRÈS-CONTRAT, UN TEMPS HORS DU CONTRAT

TITRE I - UN TEMPS QUI SUCCÈDE À L'EXTINCTION

Chapitre 1. L'extinction du contrat : un instant tourné vers l'avenir

Chapitre 2. La disparition du contrat : les désordres de la rétroactivité

TITRE II - UN TEMPS QUI SUT LE CONTRAT

Chapitre 1. La force des effets contractuels après le contrat

Chapitre 2. La stabilisation de la relation *inter partes* par-delà l'extinction

SECONDE PARTIE L'APRÈS-CONTRAT, LE CONTRAT HORS DE SA DURÉE

TITRE I - UN CONTENU ANTICIPÉ PAR LE CONTRAT

Chapitre 1. L'ingérence du contrat dans l'après-contrat : Les raisons

Chapitre 2. La gestion de l'après-contrat par le contrat : Les sanctions

TITRE II - UN DÉPLOIEMENT CONTENU PAR DES LIMITES

Chapitre 1. L'efficacité relative des clauses postcontractuelles

Chapitre 2. L'après-contrat et l'office du juge

INTRODUCTION

Propos liminaires (n° 1 à 3). - **I.** Apparitions de l'après-contrat dans les disciplines juridiques. - **II.** Compréhension phénoménologique du temps postérieur. - **III.** Approche socio-économique du rapport contractuel. - **IV.** Les mécanismes postcontractuels dans l'histoire. - **V.** Actualité du sujet. - **VI.** Problématisation de l'après-contrat.

« *Tel le navire qu'aucun sillage ne suit, la blessure sans cicatrice,
le dernier accord que ponctue un silence indifférent, l'obligation s'évanouit.
Elle ne laisse pas de trace ; le débiteur est libéré, replacé dans une situation comparable à celle qui précédait l'engagement.
Rien ne subsiste du lien de droit qui aura été une anomalie provisoire entre deux périodes d'isolement des parties.
Après l'obligation, le néant, la liberté se réinstalle* »¹.

1.- L'image d'un « navire sans sillage » est celle d'un droit sans emprise sur le temps qui passe, emprisonné dans une réalité éphémère qui « s'évanouit » dans les bras du néant. Ces mots dépeignent le tableau d'un parcours contractuel entropique², aspiré par le vide extracontractuel, montrant que l'œuvre des parties ne reste pas, parce que « *tout s'anéantit* »³. L'après-contrat, c'est-à-dire la période de temps qui succède à l'extinction de la convention, appartiendrait à un univers vidé de toute obligation par l'effet de l'extinction. Le retour au temps extracontractuel livrerait ainsi les parties à une absolue liberté dans un espace où l'engagement n'a plus prise. En effet, le temps du contrat apparaît « *cohéré, organisé, consolidé* »⁴. Il en résulte que les espaces de temps extracontractuel peuvent sembler plus anarchiques, informels, infinis, comme si le contrat avait su « *marche[r] entre deux éternités* »⁵. Un mysticisme enrobe ainsi ce qui vient avec la fin du contrat, autant qu'il pousse à se demander si réaliser un travail de recherche sur l'après-contrat ne relevait pas de la crise eschatologique⁶. Mais, sans aucun doute, la beauté de la métaphore précitée trouve

¹ ATIAS Ch., « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », D. 1995. 125, montrant par la suite que l'obligation a son sillage. Cf. *infra* n° 291 et s.

² OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 24, rappelant que le temps s'écoule de l'*avant* vers l'*après*, dans un mouvement irréversible et dans une unique direction. Les choses sont donc emportées de façon irrésistible, créant le « *vertige de l'entropie* », c'est-à-dire de l'évolution des phénomènes vers un désordre inévitable et croissant, « *comme si le passé n'avait plus rien à nous dire, et que l'avenir, décidément trop incertain, ne demandait pas à être construit dès aujourd'hui* ». La durée du contrat serait ainsi un temps organisé et ordonné, en progression vers le désordre amené par le temps extracontractuel. C'est pourquoi ce qui relève de l'*après* évoque ce qui est désordonné ou chaotique, ce qui a perdu un ordre originel.

³ DIDEROT D., *Salon de 1767*, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 229 : « *tout s'anéantit, tout périt, tout passe, il n'y a que le monde qui reste, il n'y a que le temps qui dure* ».

⁴ Cf. (sur la notion de consolidation du temps) BACHELARD G., *La dialectique de la durée*, 1950, Bibliothèque numérique « Les classiques des sciences sociales », <http://classiques.uqac.ca>, p. 82. V. ég. LITTY O., Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels, Bibl. de dr. privé, t. 322, LGDJ, 1999, n° 6. Comp. GAVALDA Ch., « Le temps et le droit », in *Etudes offertes à B. Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 23 et s. ; OST F. et VAN HOECKE M. (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

⁵ DIDEROT D., *ibid.*

⁶ L'eschatologie s'entend de la science des choses ultimes (du grec *ta eschata*). Elle évoque « *l'au-delà sans retour* » :

tout son intérêt dans l'enseignement qu'il est permis d'en tirer par contraste. Elle n'est que le point de départ de la compréhension de l'après-contrat. Effectivement, des subterfuges ont été imaginés par juristes et contractants afin que la norme contractuelle ait son sillage, qu'elle ait la capacité d'agir sur « *l'avenir indéterminé* »⁷, que le droit exerce son aptitude à ordonner le désordonné, à coloniser le néant et offrir ainsi des repères sécurisants. À la recherche de garanties pour l'après, se développe un commerce économique et juridique de la fin.

2.- Le commerce de la fin. Assurément, la fin suscite l'angoisse de ce qui peut venir *après*. L'*après*, précisément parce qu'il semble par nature inconnu et insaisissable, inspire aux Hommes des modes de sécurisation de l'avenir. Au XVIII^e siècle, Condorcet narrait les pratiques de certains prêtres ayant mis en place un commerce sacerdotal lucratif⁸. Comme des agents immobiliers, ou des experts en placement d'avenir, les ministres du culte organisaient la vente d'« *espaces de paradis* » proposés aux fidèles désireux d'anticiper et préparer leur vie dans l'au-delà. Plus encore, « *on imagine jusqu'à un enfer d'une durée limitée, que les prêtres avaient le pouvoir d'abrèger, dont ils pouvaient même dispenser ; et ils faisaient acheter cette grâce, d'abord aux vivants, ensuite aux parents, aux amis des morts. Ils vendaient des arpents dans le ciel pour un nombre égal d'arpents terrestres* »⁹. Aujourd'hui, les sciences juridiques aussi proposent des outils de gestion du futur et précisément de l'*après* - contrat : clauses de non-concurrence postcontractuelle, clause catalogue, clause de discrétion, mais aussi garantie d'éviction, décennale, mécanismes de reconduction, etc. Si la perspective de la fin de la convention, dessinée par la théorie classique du contrat, s'est originellement enracinée dans une vision limitée de l'anticipation contractuelle, l'évolution du droit objectif et de la pratique a défié les certitudes conceptuelles. De façon de plus en plus explicite, aussi bien dans le droit commun que dans les textes spéciaux, la loi regorge d'instruments destinés à définir les contours et le contenu du temps postcontractuel. De même, conscients de l'enjeu économique porté par le dénouement de l'engagement, les acteurs économiques ont surmonté une conception figée de l'acte juridique, en développant des techniques visant à garantir leurs intérêts au-delà de la durée de la convention. Un marché juridique de l'après-contrat existe ; il fait écho aux

« *d'un côté, c'est le destin post mortem de l'individu qui est en jeu : sa survie, son éventuel jugement dans l'au-delà, son salut ou sa damnation, ou encore sa future réincarnation. De l'autre, il s'agit des événements de fin la fin du monde* », in *Encyclopaedia Universalis*, V^o « Eschatologie », par HULIN M.

⁷ OST F., *op. cit.*, p. 25. Cf. ég. PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Doctorat et Notariat, t. 35, Defrénois, Lextenso, 2009, p. 46 et s. ; HAURIOU M., *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., 1910, p. 206 ; HEBRAUD P., « La notion de temps dans l'œuvre de Maurice Hauriou », in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, éd. Pédone, coll. Philosophie, Coll. Philosophie comparée du droit et de l'Etat, Paris, 1969, p. 179 et s. ; du même auteur, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p.1 ; SERIAUX A., « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Paris, PUF, 1985, p. 77 et s. ; HAUSER J., « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à J. Ellul*, PUF, 1983, p. 507.

⁸ CONDORCET J.-A.-N. (marquis de Caritat), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, (1794), Boivin et Cie, Paris, 1933, p. 98.

⁹ CONDORCET J.-A.-N. (marquis de Caritat), *Esquisse d'un tableau historique...*, (1794), préc., p. 98.

besoins profondément humains de dominer le temps. L'angoisse causée par l'*après* appelle donc des outils de gestion de l'avenir et de maîtrise des conséquences de l'extinction. L'approche de la fin marque à ce titre un bouleversement qui peut aussi bien être vu en tant que délivrance que traumatisme.

3.- La fin libératoire ou traumatique ? Le droit connaît des cessations qui relèvent véritablement d'une idée de délivrance. La simple « cessation des obligations » l'illustre, signant le recouvrement d'une liberté jusque-là aliénée¹⁰, mais aussi la « cessation du trouble manifestement illicite », la « cessation des poursuites », ou la « clause de cessation »¹¹. La fin rime donc avec libération, même s'il a été remarqué que « *ce n'est pas du tout en ce sens que le langage juridique s'est emparé de l'expression, car elle serait plutôt en droit de nature à traumatiser* »¹². Ces propos trouvent une illustration dans l'utilisation des formules telles que « cessation des paiements », « cessation d'inscription », « cessation d'activité », auxquels s'ajoutent l'idée de « radiation »¹³, de « banqueroute » ou de « liquidation ». Le « divorce » quant à lui évoque parfaitement l'ambivalence de la fin, pouvant être vécu comme un nouveau départ après une période douloureuse, tournée vers l'avenir, ou une séparation elle-même douloureuse, emprisonnée dans le passé¹⁴. La cessation est d'ailleurs associée à la notion d'« extinction »¹⁵, littéralement et symboliquement plus funeste, comme désignant le dernier soupir du *de cuius* qui s'éteint¹⁶, ou la disparition d'une espèce végétale ou animale¹⁷. Elle est plus objectivement définie par la « *perte d'un*

¹⁰ « *Lorsque les relations contractuelles ont cessé, et que le salarié n'est pas tenu d'une obligation de non concurrence résultant de son ancien contrat de travail, c'est le principe de la liberté du travail et d'entreprendre qui prévaut* », in VIRASSAMY J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD com. 1988. 210, n° 40.

¹¹ La clause de cessation a pour fonction, comme son nom l'indique, de faire cesser un droit ou une obligation. Elle met ainsi fin aux effets d'un acte juridique. Tel est le cas de la clause de cessation automatique du contrat de travail, mais aussi de la clause de cessation de garantie. Cf. sur ces deux exemples : SABATAKAKIS E., « Chronique de droit social européen (juin 2010 - juin 2012) », Rev. UE. 2013. 313, pt 44, concernant limite d'âge de 60 ans prévue dans la convention collective des pilotes de ligne allemands ; BRETONNEAU A. et LESSI J., « Limite d'âge des contrôleurs aériens et droit de l'Union : autorisation de vol », AJDA 2014. 1029 ; « Assurance d'un emprunt : clause de cessation de garantie », D. 2008. 2226 ; ASSELAÏN M., « La clause de cessation des garanties à la date de mise en retraite de l'assuré », EDA, 1^{er} janv. 2017, 1, p. 5 ; MAYAUX L., « L'étendue de la garantie dans le temps dans l'assurance "Loyers impayés" : la Cour de cassation est trop favorable à l'assureur », RGA, 1^{er} avr. 2017, p. 284.

¹² GAUTIER P.-Y., « Rapport de Synthèse », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, p. 217.

¹³ Ce terme peut néanmoins avoir un aspect positif lorsqu'il désigne, en droit substantiel, la fin de l'inscription qui marque une garantie, libérant ainsi le garant (cf. art. 2339 C. civ.).

¹⁴ V. ANTONINI-COCHIN L. et COURTIN Ch. (dir.), *Le prix de la rupture : au cœur des contentieux familiaux*, L'Harmattan, Paris, 2012 ; ANTONINI-COCHIN L. (dir.), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, Bruxelles, 2014 et *Les enjeux patrimoniaux de la séparation, Questions récurrentes*, L'Harmattan, Paris, 2016. Cf. (sur la fin du mariage) *infra* n° 54, 86, 363, 364, 392, 583.

¹⁵ L'extinction désigne en droit un « *acte mettant fin à un lien juridique* », in Ortolang, CNRTL, V° « Extinction », mais le mot définit également la mort d'une personne, par l'extinction de ses forces, ou l'expiration de son dernier soupir, de même qu'il est employé pour exprimer l'idée qu'une espèce du vivant est menacée ou disparue.

¹⁶ Ce qui signe aussi le temps de la dévolution successorale dont certains se réjouiront peut-être.

¹⁷ Le décret n° 95-140 du 6 févr. 1995 (JO 11 févr.), et la directive no 92/43/CEE permettent la reconstitution d'espèces menacées, par l'introduction d'un animal sauvage appartenant à une espèce en voie d'extinction. Cf. art. L. 414-4 du C. de l'environnement (créé par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016) ; CE 23 févr. 2009, n° 292397, AJDA 2009. 400 : la réintroduction d'ours dans les Pyrénées est légale.

droit venu à expiration »¹⁸. Toutefois, le vocable est intuitivement corrélé à une expiration, laquelle implique un effet d'érosion d'un droit par l'œuvre du temps, par le jeu d'un terme extinctif par exemple¹⁹. Mais l'extinction recouvre différentes causes correspondant aux modes de révocation de la convention, de la résiliation à la résolution²⁰, en passant par le *mutuus dissensus*²¹, mais aussi des extinctions-sanctions²² telles que la caducité²³, en passant par la nullité²⁴. De plus, des événements, comme le décès du contractant, peuvent dans certains cas causer l'extinction du contrat²⁵. Le cas se présente lorsque le contrat est conclu *intuitu personae* comme pour le contrat de travail, le contrat d'agence commerciale ou encore le mandat²⁶. Qu'elle soit signe de délivrance ou traumatique, l'extinction du contrat a un impact sur la relation *inter partes*. Pour être compris, cet impact mérite d'être mis en perspective avec l'expérience partagée par les parties, de leur rencontre précontractuelle à leur lien postcontractuel. Les travaux consacrés à l'après-contrat se sont néanmoins montrés isolés, spécialisés ou épars. La doctrine a effectivement su se montrer incrédule quant à l'existence d'un « après-contrat », autant qu'elle put l'être au sujet de « la légende » de l'avant-contrat²⁷. Sur les traces du concept, les apparitions de l'après-contrat dans les disciplines juridiques sont en effet le reflet d'une certaine perplexité.

¹⁸ V^o « Extinction », in *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, CORNU G. (dir.), PUF, Coll. Quadrige, 3^e éd., 2002.

¹⁹ Cf. *infra* not. n^o 53, 61 et s., 77 et s., 238 et s.

²⁰ GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. LEVENEUR L., Bibl. de dr. privé, t. 484, LGDJ, 2007.

²¹ SIRI A., *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, th. Aix Marseille 3, 2011.

²² Cf. *infra* n^o 133 et s.

²³ FRICERO N., *La caducité en droit judiciaire privé*, th. Nice, 1979 ; CHABAAN R., *La caducité des actes juridiques*, Préf. LEQUETTE Y., Bibl. de dr. privé, t. 445, LGDJ, 2006.

²⁴ Cf. not. BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, Coll. Université LMD, 13^e éd., Dalloz Sirey, 2012, p. 471, « Tableau : Comparaison des principaux modes d'extinction des obligations », *i-e* le paiement, la compensation, la dation en paiement, l'exécution forcée, la résolution, la résiliation, la caducité, la prescription extinctive, la confusion, la remise de dette, la novation. Cf. *infra* Première partie, Titre I, Chapitre 2 (n^o 234 et s.).

²⁵ L'usufruit, même pour une durée fixe, s'éteint de plein droit par le décès de l'usufruitier (Cass. Ch. réun., 16 juin 1933, DH 1933. 393).

²⁶ BEHAR-TOUCHAIS M., *Le décès du contractant*, Economica, 1988 ; art. 1795 et s. du C. civ. (décès de l'ouvrier, de l'entrepreneur ou de l'architecte avec qui a été conclu le louage d'ouvrage), et art. 2003 (décès du mandant ou du mandataire).

²⁷ RINGLER S., *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, th. Toulouse 1, 2010, n^o 1, déplorant un « déficit de popularité » qui « donne naissance à un mythe ». L'auteur relève au cours du même paragraphe que « les réquisitoires récurrents à l'encontre de l'avant-contrat trouvent leur force dans le mystère qui l'entoure ». Adde MAINGUY D., « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009. 308, n^o 5 (« horrible notion ») ; DESCHAMPS J., *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914 ; FOISSIN P., *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924 ; MEURISSE P., *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, Jouve, 1925 ; BOULARD H., *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Caen, 1927 ; DAUTRICHE J.-R., *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, Ed. Bossuet, 1930 ; BOYER H., *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1932 ; SABATIER P., *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936 ; DELOMMEZ P.-M., *Des promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Lille, 1947 ; FIESCHI-VIVET P., *La promesse de contrat*, th. Lyon II, 1975 ; BENAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Préf. J. GHESTIN, th. Paris I, LGDJ, T. 177, 1983 ; OTRI Z., *La promesse unilatérale de contrat*, th. Strasbourg, 1994.

²⁸ BRETILLARD J., *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929 ; BARTET J., *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932 ; DESIDERI J.-P., *La préférence dans les relations contractuelles*, Préf. J. MESTRE, th. Aix-Marseille, PUAM, 1997.

I. APPARITIONS DE L'APRÈS-CONTRAT DANS LES DISCIPLINES JURIDIQUES

4.- **Premières occurrences du terme « après-contrat ».** C'est au sujet de la force obligatoire de la lettre d'intention, dans la phase préliminaire à la formation du contrat, que certains débats ont dès les années 1970 illustré ce propos : « *s'il y avait en France, pays de Descartes, un avant-contrat, il y aurait aussi un après-contrat* », a-t-on pu entendre lors d'un colloque²⁸. Un certain sarcasme, ou du moins une forme de perplexité, se dessine ainsi autour des notions d'avant-contrat et d'après-contrat. Or, l'avant-contrat constitue aujourd'hui une institution consacrée dans l'étude du régime général des obligations²⁹. Il est devenu un classique incontournable de l'étude du droit des obligations³⁰, offrant un « *schéma plus complexe de l'accord de volonté* »³¹. Mais tel n'est pas le sort de l'après-contrat, encore « *mal-aimé* »³², pour lequel « *une étude d'ensemble reste à conduire (pourquoi toujours l'avant-contrat ?)* »³³. C'est à ce titre que la doctrine a observé que « *le no man's land juridique de la période précontractuelle existe aussi au sein de la période post-contractuelle* »³⁴, et relève que « *l'abondance des études consacrées à la période précontractuelle n'a guère pour équivalent que la rareté de celles consacrées à l'après-contrat. À croire (et à espérer d'ailleurs) que*

²⁸ Propos rapportés par EISEMANN F., in « Comment négocier un contrat international à long terme », Discussions, Tours, 1-3 juin 1978, *Droit et pratique du commerce international*, mars 1979, t. 5, n° 1, p. 60.

²⁹ « *Si l'on s'en tient à des pourcentages, la part réservée à la formation du contrat dans le vénérable Traité pratique de Droit Civil publié sous l'autorité de PLANIOL et RIPERT, qui a longtemps servi de modèle, représente plus de 75% de l'ensemble des développements propres au contrat* », JAMIN Ch., « Pour en finir avec la formation du contrat », LPA, 1998/5, n° 54, p. 26.

³⁰ Développée par la doctrine allemande au travers du *Vorvertrag* et de la *Punktation* (cf. DEGENKOLB H., *Der Begriff des Vorvertrages, Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, (Zur Lehre vom Vorvertrag)*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Freiburg, 1887) et par la doctrine italienne évoquant le *contratto preliminare* (cf. COVIELLO L., *Die contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896), la notion d'avant-contrat a été importée et pensée en France par Saleilles (in *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand*, Paris, 1901 ; « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907. 697), et Roubier (in *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911). Cf. ég. VON JHERING R., *Culpa in contrahendo, oder Scahdensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, *4. Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 1 (1861). Adde not. PLANIOL M., RIPERT G., ESMEIN P.-E., *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, LGDJ, 1952, n° 144 ; ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 581 et s. ; SCHMIDT-SZALEWSKI J., « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 2-1990, p. 545 et s. ; GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 1993, n° 330 ; STARK B., ROLAND H., BOYER L., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Litec, 1998, n° 347 ; MOUSSERON J.-M., GUIBAL M., MAINGUY D., *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001 ; DESHAYES O. (dir.), *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008 ; F. TERRE, SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2009, n° 185 ; BENABENT A., *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 2010, n° 63 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010, n° 99 ; LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2010, n° 839 ; RINGLER S., th. préc. ; SARVARY-BENE P., *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, th. Montpellier, 2015.

³¹ BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *op. cit.*, p. 282 et s.

³² À l'instar de la notion d'acte extinctif, in SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, *Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque de thèses*, Dalloz, 2010, p. 2 : « *l'acte extinctif, ce mal-aimé* », se demandant alors « *se fait-on complice du "réveil" d'un nouveau "monstre" ?* » ; ou de la publicité foncière : GOBERT M., « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Mélanges Flour*, Defrénois, 1979, p. 207.

³³ BARBIERI H., *Partir, c'est revenir un jour*, obs. ss Civ. 3^e, 12 juin 2003, *Bull. civ. III* n° 128, p. 114, pourvoi n° 01-17.692, Lamyline Dr. et patr. 2003, p. 119.

³⁴ MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », in *Remédier aux défaillances du contrat. Acte du colloque à l'Université de Lille en novembre 2008*, Larcier, 2010, p. 149.

l'esprit humain est plus attiré par ce qui se crée que par ce qui se défait ! »³⁵. Mais, « *esprit de symétrie aidant, le juriste peut, au souvenir de la fortune connue par l'avant-contrat, rêver l'après-contrat en mine prometteuse* »³⁶. L'intérêt pour l'après-contrat est d'ailleurs en pleine recrudescence. La notion apparaît de plus en plus dans la littérature juridique³⁷ et ses enjeux sont sans aucun doute au cœur de l'actualité³⁸, qu'il s'agisse du droit de la consommation³⁹, du droit des baux⁴⁰ ou de la vente⁴¹, du régime général des obligations⁴², ou encore du droit des affaires⁴³, révélant ainsi que la communauté economico-juridique exprime clairement le fait que « *la gestion de la fin de la relation, en tant que telle, n'est pas suffisante. Ainsi et au-delà des questions de durée et de droits de sortie, les parties auront tout intérêt, dès le départ, à envisager et encadrer les conséquences et les suites de l'expiration ou de la rupture du contrat* »⁴⁴.

³⁵ MESTRE J., « Des relations postcontractuelles », RTD civ. 1987, p. 311, n° 4. V. aussi la thèse de Mme SEVELY-FOURNIE qui formule la même remarque au sujet de la notion d'acte juridique extinctif en droit privé, relevant que « *l'acte juridique, on le préfère créateur ou translatif, voire simplement déclaratif - inclination bien naturelle, humaine trop humaine* », profondément ancrée dans le caractère de l'homme », au point de se demander si « *le droit, comme la nature, aurait-il donc horreur du vide ?* », et observant que l'attention doctrinale est principalement dirigée vers la mécanismes créateurs et non extinctifs, in SEVELY-FOURNIE C., th. préc., p. 1.

³⁶ STOFFEL-MUNCK Ph., « L'après-contrat », RDC 2004, I, p. 159.

³⁷ BOYER L., Rép. Dr. Civ., V° « Contrats et conventions », « Chapitre 4 - L'après-contrat » (août 1993 - actu. Avr. 2015) ; ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005 ; PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994 ; BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM 2003 ; MESTRE J., « Où l'après-contrat est nettement distingué de l'après-contrat », RTD civ. 1999. 399 ; MESTRE J. et FAGES B., « L'obligation de loyauté qui pèse sur le concédant décident de ne pas renouveler le contrat doit le conduire à faciliter l'après-contrat », RTD civ. 2005. 863 ; MESTRE J. et FAGES B., « L'après-contrat et les enregistrements de Johnny Halliday », RTD civ. 2007. 117 ; GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, op. cit., spéc. p. 162 et s. ; STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », préc.

³⁸ Cf. *infra* n° 21 et s.

³⁹ Cf. les facilités de résiliation en droit de la consommation : v. par ex. art. L. 113-13-2 du C. des ass. (issu de la *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*. V. ég. la loi dite *Chatel* dont l'obligation faite au professionnel d'attirer l'attention du consommateur sur l'approche du terme en lui notifiant l'échéance ainsi que son droit de résiliation et les délais dans lesquels il peut résilier la convention. *Adde* LEDUC F., « Contrat d'assurance - La résiliation de l'assurance « emprunteur » sous les feux de l'actualité », RDC, 15 sept. 2017, 3, p. 475 ; STOFFEL-MUNCK Ph., « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », CCC, n° 3, mars 2005, comm. 45. : « *pour ces contrats, il est bien vrai que la discrète et généralement heureuse modalité de la tacite reconduction amène souvent un consommateur à laisser passer la date adéquate pour l'empêcher* ».

⁴⁰ V. par ex. l'art. 8-1-VI ajouté à la *loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* par la *loi du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové* et qui prévoit notamment que « *la solidarité d'un des colocataires et celle de la personne qui s'est portée caution pour lui prennent fin à la date d'effet du congé régulièrement délivré et lorsqu'un nouveau colocataire figure au bail. À défaut, elles s'éteignent au plus tard à l'expiration d'un délai de six mois après la date d'effet du congé* ». Cf. *infra* n° 451 et s.

⁴¹ V. par exemple l'art. 1657 du C. civ. : « *En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retèvement* ». Cf. *infra* n° 187, 192, 201, 232.

⁴² Réforme du droit des obligations : v. nouveaux art. 1211 à 1216 C. civ, dans la nouvelle section relative à « la durée du contrat ». Cf. *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 1 (n° 235 et s.).

⁴³ BUY F., « Loi "Macron" : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », D. 2015. 1902. V. ég. Soc. 15 oct. 2014, Bull. 2014, V, n° 240, pourvoi n° 13-11.524, D. 2014. 2118, et 2015. 829, obs. PORTA J. ; cf. *infra* Seconde partie.

⁴⁴ SAVOVA D. et KENNEDY A., « L'aménagement de la relation "post-contractuelle" », AJ Contrat 2016 p.470. *Adde* STOPHEL-MUNCK, « L'après-contrat », préc. ; KOHL B., « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », RDAI, 2002/3-4, p. 443 ; BERTRAND N., *Terres agricoles périurbaines : Une gouvernance foncière en construction*, Coll. Update Sciences & technologies, éd. Quae, Versailles, 2013, p. 227 : « *lorsque les bailleurs décident d'agir en justice, c'est avant tout dans un contexte « post-contractuel ». La relation contractuelle est déjà terminée et ils souhaitent voir l'institution judiciaire se prononcer sur les conséquences de la rupture du bail* ».

Pourtant, déjà en 1927, le Doyen Josserand s'est intéressé à « *la période à laquelle nous donnons le qualificatif de postcontractuelle* »⁴⁵. Le qualificatif ainsi que l'étude de Josserand sont cités par la doctrine outre-Atlantique, lorsqu'il s'agit notamment d'évoquer l'abus commis dans la rupture ou dans la phase postcontractuelle (« *the post-contractual stage* »)⁴⁶. Par la suite, en 1960, le vocable « après-contrat » a été employé par le Doyen Carbonnier au sujet de l'obligation de vider les lieux en fin de bail, analysant une jurisprudence dans laquelle les ex-contractants « *vont demeurer indéfiniment liés dans un après-contrat, de qualification incertaine* »⁴⁷. Une première occurrence du terme apparaît, enfin, littéralement dans un arrêt de la Cour de cassation, en 1981⁴⁸. La Cour discerne précisément la période du contrat en cours de celle postcontractuelle, laquelle était assujettie en l'espèce à une clause restrictive de la concurrence. Les Hauts magistrats distinguent et cloisonnent ainsi les temps du contrat et de l'après-contrat en énonçant que la clause de non-concurrence postcontractuelle n'a d'effet que postérieurement à la fin du contrat, ce qui implique qu'elle ne peut porter que sur les comportements du débiteur après l'extinction de la convention.

5.- Appréhender les comportements postcontractuels. Le droit des contrats internationaux s'est également saisi du sujet dès les années 1980, relevant que « *si les contours juridiques de la naissance et de l'exécution des contrats ne présentent plus guère d'incertitudes fondamentales, en revanche, l'on s'avance souvent en terre inconnue lorsqu'il s'agit de la fin du contrat et de la période post-contractuelle* »⁴⁹. C'est aussi le droit des entreprises qui est venu souligner l'intérêt d'une étude sur la période postcontractuelle, employant expressément le terme « après-contrat », au sujet du régime de responsabilité pour concurrence déloyale du salarié informateur après la cessation du contrat de travail⁵⁰. En effet, tandis que « *l'utilisation par un salarié des informations dont il dispose sur son ancienne entreprise est de plus en plus mal tolérée* », la jurisprudence illustre la nécessité

⁴⁵ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, t. 1, 2^e éd. D. 2006, p. 205, n° 149. Cf. *infra* n° 64.

⁴⁶ ANGUS D., « Abuse of rights in contractual matters in the province of Quebec », *McGill Law Journal*, Case and comment, n° 2, vol. 8, 1962, p. 157, URL: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5911502-angus.pdf>.

⁴⁷ CARBONNIER J., « De l'obligation de vider les lieux en fin de bail », *RTD civ.* 1960, t. 58, p. 494.

⁴⁸ Civ. 1^{re}, 7 juill. 1981, Bull. civ. n° 249, pourvoi n° 80-13.014 : « *Ayant constaté que deux kinésithérapeutes signataires d'un contrat de collaboration rédigé sous seings privés en un seul exemplaire, avaient appliqué pendant la période de leur collaboration les dispositions de l'acte relatives à celle-ci et qu'une clause de non concurrence objet du litige, ne concernait "que l'après contrat", les juges du fond estiment souverainement que ce contrat a été exécuté* ». Cf. ég. Soc. 26 mars 1992, inédit, pourvoi n° 91-40.808 : « *la société Samovie fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de ses demandes, alors selon le moyen d'une première part, qu'en estimant, que la société Samovie avait recouru à l'affirmation, à l'extrapolation, à la déduction, au commentaire, au soupçon et au mélange de tous les cas pour, sous la forme de griefs généraux, construire une thèse d'après contrat* » (utilisation du terme dans l'exposé des moyens au pourvoi).

⁴⁹ KOHL B., « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAL*, 2002/3-4, p. 443. Cf. FONTAINE M., « Les obligations « survivant au contrat » dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1984, p. 7 ; du même auteur, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, 1989, p. 323 et s. V. ég. dès 1983 FONTAINE M., « *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in *Festschrift für KARL H. NEUMAYER*, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 217 (cf. not. *infra* n° 62 et 63). En 1979, Madame Saint-Halary-Houin emploie le terme « *post-contractuel* » dans sa thèse, in *Le droit de préemption*, Bibliothèque des thèses, LGDJ, t. 164, 1979, p. 55, 81 et 280.

⁵⁰ VIRASSAMY J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », préc., n° 43.

de protéger « *l'intérêt postcontractuel* »⁵¹ de l'entreprise⁵² « *alors même que par définition [l'ancien salarié est] libéré de son obligation de non concurrence et de l'obligation de confidentialité qu'elle implique* »⁵³. Est alors identifiée « *une sorte de prolongation de l'obligation de non concurrence après le terme des relations contractuelles* », menant à s'interroger sur la source de cette obligation. Relève-t-elle de la concurrence déloyale, attachée à une action délictuelle ? Relève-t-elle au contraire de la responsabilité contractuelle ? Au surplus d' « *une simple application de la responsabilité civile* », il est en revanche possible de s'interroger sur une responsabilité de nature originale, laquelle ressemblerait à une « *action disciplinaire particulière venant sanctionner les manquements à la morale professionnelle et commerciale* »⁵⁴.

Or, l'apparition d'une règle de conduite postcontractuelle peut s'avérer comparable au régime de la responsabilité précontractuelle : « *dans le droit français et belge la rupture des négociations contraire à la bonne foi entraîne la responsabilité délictuelle. Une approche semblable s'applique à la phase postcontractuelle. Lorsqu'un contrat entre les parties a pris fin, celles-ci sont tenues de se conduire l'une envers l'autre conformément aux exigences de la convenance sociale* »⁵⁵. L'enjeu serait donc éthique, représentatif du principe selon lequel *juris est ars boni et aequi*⁵⁶. L'influence d'une conception naturaliste du droit et de la justice peut ici se faire sentir, mais elle se concentre sur le recours à la raison et au jugement de valeur, entendu comme l'appréciation de ce qui est juste. Alors extrait d'une conception métaphysique, le juste repose sur une idée objective de la justice, caractéristique de la règle de droit. Dès lors, la période postcontractuelle semble intuitivement induire le principe d'un retour à la liberté, telle qu'on la trouvait antérieurement à la formation du contrat. Mais, dans une logique de discipline des intérêts et de conformité à une règle

⁵¹ « *La protection par l'après-contrat des effets définitifs de la précédente convention et la lutte contre un préjudice postcontractuel s'expliquera par la notion de « l'intérêt postcontractuel » qui est un avantage, positif ou négatif, acquis du fait du contrat. L'existence et la défense de cet intérêt s'oppose à l'identité des périodes pré- et post-contractuelles que le principe de liberté des partenaires paraît imposer* », in Penant, *Revue de droit des pays d'Afrique, La documentation africaine*, 2004, p. 418. Rapp. n° 354 et s.

⁵² Une analogie est possible avec l'étude de François GénY, en 1921, sur l'aspect patrimonial du droit d'auteur dans le régime de communauté. GénY montre comment les œuvres littéraires et artistiques ne peuvent pleinement être libérées dans la communauté entre époux, « *en tant que leur productivité dépasse les limites temporaires de la communauté conjugale et qu'elles représentent ainsi un capital d'avenir plutôt qu'une simple somme de revenus accumulés* », in GENY F., *op. cit.*, p. 206. Le même raisonnement peut tout à fait s'appliquer au savoir-faire développé par l'entreprise, de même que son fichier clients, ou les informations relatives à sa stratégie économique, lesquelles doivent restées circonscrites à l'intérieur de l'entreprise et ne peuvent être exploités que temporairement par les employés. L'utilisation de ces éléments postérieurement à la cessation du contrat travail constitue une captation et un détournement des droits personnels de l'entreprise, attentatoire à sa productivité postcontractuelle. Cf. spéc. *infra* n° 402 et s., 415 et s. (sur la nécessité de protéger le savoir-faire et les restrictions de la concurrence).

⁵³ VIRASSAMY J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », préc., n° 43. Cf. not. sur cette question *infra* n° 319, 370, 385, 415 et s.

⁵⁴ VIRASSAMY J., *idem*.

⁵⁵ VERHAGEN R., « La responsabilité civile dans le code civil néerlandais », *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixième journées René Savatier*, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, t. 32, PUF, Paris, 1997, p. 117. Cf. not. *infra* n° 318 et s.

⁵⁶ Les obligations en lien avec les exigences de convenance sociale ne sont pas sans rappeler l'idée selon laquelle « *le droit objectif doit s'abreuver à l'ordre moral, l'ordre « considéré idéalement comme le meilleur dans les rapports entre les hommes sur la base de la justice »* », in ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005, p. 6 (Préface (DEROUSSIN D.)).

de conduite non plus déduite de la loi contractuelle mais de principes moraux, l'expérience pratique de l'après-contrat implique de concevoir une liberté postcontractuelle raisonnable, c'est-à-dire limitée par la prise en considération des intérêts de l'ancien contractant mais aussi de ceux de la société toute entière⁵⁷.

6.- Les *files invisibles* de l'éthique. Cet enjeu éthique, induisant des normes d'une bonne conduite paracontractuelle, se retrouve dans certaines analyses de droit étranger. La *Common Law* se préoccupe de l'opportunisme postcontractuel⁵⁸ (« *moral hazard* »⁵⁹ ou « *post-contractual opportunism* »⁶⁰), en organisant des « *governance mechanisms* »⁶¹, c'est-à-dire *mécanismes de gestion* ayant pour but de prévoir et prévenir le phénomène d'opportunisme postcontractuel. Le droit italien évoque pour sa part « *gli obblighi postcontrattuali* », ou « *devoirs post finitum contractum* »⁶², comme un genre d'obligations qui pousse à une réflexion s'inscrivant dans un champ d'analyse plus large relatif au contrat social⁶³ : « *on peut se demander, d'une part, s'il existe, entre*

⁵⁷ Cf. *infra* n° 15, 92, 228, 307 et s., 539 et s.

⁵⁸ Le terme « *post-contract* » est entendu de manière très large. En effet il désigne aussi bien la période postérieure à la conclusion du contrat que celle succédant précisément à son extinction. Pour quelques exemples, cf. not. (Coll.), *Proceedings of the 20th international symposium on advancement of construction management and real estate*, Springer, 2017, spec. p. 952, adde p. 883, 949, 951, 957; KNOWLES R., *200 contractual problems and their solutions*, Wiley-Blackwell, 3e éd., 2012, p. 54, 68 et s.; TETLEY W., « Good faith in contract particularly in the contracts of arbitration and chartering », *J Mar L & Com*, 2004, p. 561 (opposant la « *good faith in pre-contractual bargaining* » et la bonne foi appliquée à la « *post-contractual performance* »). Rapp. KRAUSS O., « The enforceability of escalation clauses providing for negotiations in good faith under english law », *McGill Journal of dispute resolution*, vol. 2, 2015-2016, p. 161, URL: <http://mjdr-rrdm.ca/law/wp-content/uploads/2014/09/10.Krauss.pdf>. Rapp. du référé postcontractuel administratif et du « *contentieux postcontractuel* » compris comme survenant après la conclusion du contrat, in DELVOLLE P., « Les nouveaux pouvoirs ? mélanges en l'honneur de Roger Perrot », in (Coll.), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 88-99 ; DOGUE K. O. C., *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, th. Montréal, 2013, pp. 323-428, spéc. p. 324 : « *L'après-contrat ou phase post-contractuelle part de l'exécution ou inexécution du contrat à sa résolution en passant par son interprétation* ». Alors que le « *post-contract* » en anglais désigne plus spécifiquement la période qui suit la fin du contrat, in SALACUSE W. J., *The three laws of international investment, National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University press, 1^{ère} éd., 2013, p. 281.

⁵⁹ Littéralement « *aléa de moralité* », le « *moral hazard problem* » se définit comme un problème d'opportunisme postcontractuel qui survient d'une exécution imprédictible du contrat, in MCGUIGAN J. R., MOYEN R. Ch. et HARRIS F. H. B., *Managerial Economics : Applications, Strategies and tactics*, p. 555 (« *a problem of post-contractual opportunism that arises from unverifiable or unobservable contract performance* »). Adde « Nouvelles approches du conflit, de l'emploi des femmes et du salariat : Le modèle suédois », in *Economies et Sociétés*, vol. 24, 1990, p. 184.

⁶⁰ MCGUIGAN J. R., MOYEN R. Ch. et HARRIS F. H. B., *Managerial Economics*, préc., p. 555 : « *post-contractual opportunistic behavior: actions that take advantage of a contract partner's vulnerabilities and are not specifically prohibited by the terms* ». Cf. sur ces notions et celles de *adverse selection* et *asset specificity*, BAILEY F. G., *The saving lie: truth and method in the social sciences*, University of Pennsylvania press, Philadelphia, 2003, p. 40.

⁶¹ Terminologie employée par Olivier Williamson, soulignant que le si la préparation *ex ante* du contrat donne un cadre à la relation, les *governance mechanisms* permettent de gérer la mise en œuvre *ex post* de manière optimiser la valeur de l'opération, in WILLIAMSON O., « Economics and organization : A primer », in *California management review*, (winter 2016). Elle se définit comme les procédés détectant, solutionnant et minimisant l'opportunisme postcontractuel, in MCGUIGAN J. R., MOYEN R. Ch. et HARRIS F. H. B., *Managerial Economics*, préc., p. 555 (« *processes to detect, resolve, and reduce post-contractual opportunism* »).

⁶² Au sujet de la bonne foi postcontractuelle: VECCHI P. M., « Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio », in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, IV*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 353-401. Cf. *infra* n° 318 et s. (sur la bonne foi postcontractuelle), n° 359 et s. (clauses de renégociation postcontractuelle), n° 363 et s. (clause de bonne foi).

⁶³ Cf. not ROUBIER P., *Théorie du droit*, préc., p. 234 et s. Cf. ég. (sur le contrat comme institution sociale)

les sphères juridiques respectives, un temps identifiable pour les parties d'un retour à l'indifférence ; d'autre part, quelles sont les relations juridiques qualifiées, protégées par le régime de l'obligation - que l'on pourrait dire - d'attente sociale »⁶⁴. L'obligation postcontractuelle aurait donc trait à la bonne conduite des contractants, par une projection de la bonne foi en dehors du contrat (« *affidamento* »)⁶⁵, dans une logique de moralisation des comportements économiques⁶⁶. L'obligation est alors aussi bien déduite du contrat qui l'a précédée que des règles de comportement dictées par le contrat social : la loi du contrat se confond avec celle de la société. L'après-contrat apparaît ici comme un « *pêle-mêle du non-dit* »⁶⁷, au travers d'obligations qui survivent au contrat « *tels des fils invisibles reliant les anciens contractants* »⁶⁸. Il exprime la préexistence du contrat au travers de sa prolongation dans le temps en tant que « *relation universelle* »⁶⁹. Si cet élément permet de reconnaître une fonction à l'après-contrat, il n'offre pas encore les moyens de comprendre la nature de la responsabilité qui en dépend. Très certainement, la nature enchevêtrée du temps postcontractuel donne au sujet toute sa complexité. L'après-contrat est effectivement autant connecté aux réminiscences⁷⁰ de relations contractuelles préexistantes, qu'à celles d'un retour dans les limbes de la liberté, desquelles surgit un préjugé vide juridique.

7.- À la recherche d'une responsabilité postcontractuelle. En effet, la problématique de la responsabilité postcontractuelle révèle particulièrement la nature enchevêtrée de l'après-contrat. En d'autres termes, « *que penser de la liberté retrouvée* »⁷¹ ? La doctrine s'y est intéressée de façon implicite⁷², en 1965, donnant l'impression que la responsabilité contractuelle succombe irrémédiablement à l'extinction de l'acte qui la supporte, en retenant notamment que si elle

PLOUVIEZ M., « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Emile Durkheim », in (dir.) LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 69 et s.

⁶⁴ GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, Vol. 1 : *Il rapporto obbligatorio*, (dir.) SACCO R., UTET Giuridica, 2015, Milanofiori, « *Capitolo secondo : fonti dell'obbligazione e criteri del giudizio giuridico, Sezione 3 : La dissociazione dell'effetto dalla fonte* », n° 9.

⁶⁵ GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, op. cit. Cf. *infra* n° 318 et s. (sur le rayonnement de la bonne foi en-dehors du contrat), n° 10, 28 et s., 63, 74, 322, 455 et s., 664 et s. (sur l'extranéité).

⁶⁶ Cf. *infra* n° 362 et s.

⁶⁷ VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 162.

⁶⁸ VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., *ibid*, p. 162.

⁶⁹ SPENCER H., *Principes de sociologie*, t. 2, Alcan, Paris, 1898, p. 813 et 816.

⁷⁰ Les auteurs se posent la question suivante : « *quelles sont les rémanences sans doute non dites, souvent inaperçues* », après la cessation du contrat, in VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., *ibid*, p. 165.

⁷¹ VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p.162.

⁷² V. not. MESTRE J., « Des relations post-contractuelles », préc. ; VIRASSAMY G. J., *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, préc. ; MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6° éd. Montchrestien, 1965, p. 153 et s. ; JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, essais de téléologie juridique*, t. 1, 2° éd. D., 2006, p. 205 ; FLOUR J., AUBERT et SAVAUX E., *Le rapport d'obligation*, t. 3, 8e éd., 2013, Dalloz/Sirey n° 179 : « *il n'y a de responsabilité précontractuelle ou postcontractuelle que délictuelle* » ; BOUCARD H., *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, V° « Responsabilité contractuelle » (mars 2014 - actu. Juin 2016), n° 106 et s. et n° 117, 122 et s.

« apparaît avec le contrat, elle disparaît avec lui. [...] En principe, dès que le contrat est rompu, aucun problème de responsabilité ne peut plus, à l'occasion de ce contrat, se trouver soulevé entre les « ex-contractants » »⁷³. Mais en 1978, Monsieur Le Stanc s'est questionné explicitement sur l'existence d'une « responsabilité postcontractuelle », et sur son éventuel régime⁷⁴. Il sort ainsi l'après-contrat du vide juridique auquel il était relégué. Effectivement, l'auteur opère pour la première fois, à notre connaissance, une construction juridique de l'après-contrat non pas en tant que concept, mais en tant que régime de responsabilité civile lié à la phase postcontractuelle. Il établit que le phénomène prend forme, soit par la survie du contrat, soit par son souvenir. La survie peut s'opérer, d'une part, au travers d'un maintien d'obligations préexistantes, et, d'autre part, au travers de nouvelles obligations (de faire ou de ne pas faire)⁷⁵. Le souvenir du contrat, quant à lui, peut constituer la condition d'une mise en œuvre de la responsabilité, en ce qu'il permet d'apprécier et de qualifier la faute selon que la situation de fait est comparable ou non au passé contractuel, ou la faciliter, en ce qu'il aide à prouver la faute, ou à évaluer le dommage⁷⁶.

8.- L'analogie avec la responsabilité précontractuelle. Monsieur Le Stanc s'interroge de la sorte sur l'influence de la convention éteinte et remarque que la démarche de réparation menée par un créancier, soumise au régime de la responsabilité contractuelle, peut échouer parce que le contrat n'existe pas, parce que le dommage n'a pas de lien avec la convention, parce que la nature de la faute restreint le champ de la responsabilité contractuelle, ou enfin, à cause du moment de commission de la faute (temps précontractuel par exemple⁷⁷). Sur cette dernière hypothèse, l'auteur propose d'appliquer, par analogie, la règle à la phase postcontractuelle : la survenance d'une faute après le contrat exclurait l'application de la responsabilité contractuelle. L'extinction du contrat serait donc le point de départ d'un retour au régime de droit commun. Cependant et dans le même temps, il identifie deux séries de questions relatives, premièrement, au moment de rupture d'une responsabilité contractuelle vers une responsabilité postcontractuelle (donc en l'occurrence délictuelle⁷⁸) et, deuxièmement, au fait de savoir si la responsabilité postcontractuelle possède une certaine autonomie au sein même du régime de droit commun. Il s'agit alors de déterminer si, à « l'intérieur »⁷⁹ même de la phase soumise au droit commun, l'état postcontractuel est susceptible d'influencer le régime délictuel jusqu'à créer une spécificité. Une responsabilité postcontractuelle

⁷³ MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *op. cit.*, p. 153.

⁷⁴ LE STANC Ch., « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP, éd. C.I., 1978. II, 12735, pp. 289-300.

⁷⁵ Cf. *infra* n° 428 et s. (obligations négatives), 434 et s. (obligations positives).

⁷⁶ Cf. *infra* n° 466 et s.

⁷⁷ V. SCHMIDT J., « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 45.

⁷⁸ Rappr. FLOUR J., AUBERT et SAVAUX E., *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 179 : « il n'y a de responsabilité précontractuelle ou postcontractuelle que délictuelle » ; BOUCARD H., Rép. Dr. Civ. V° « Responsabilité contractuelle » (mars 2014 - actu. Juin 2016), n° 106 et s. et n° 117, 122 et s.

⁷⁹ LE STANC Ch., préc., p. 290.

en tant que telle se définirait de la sorte autour d'une faute intervenue postérieurement à l'existence de la convention.

Il est toutefois fort à craindre que la pratique ne permette pas toujours d'identifier clairement la nature de l'après-contrat, parce que la volonté des parties n'est parfois elle-même pas claire quant aux effets voulus de la convention dans le temps. À cette difficulté, s'ajoute celle précisément de l'identification des fondements des responsabilités en jeu, du fait que la phase postcontractuelle se présente comme une marge temporelle dans laquelle se mélangent les domaines légal, conventionnel et délictuel⁸⁰. C'est d'ailleurs à ce titre qu'une étude menée sur les obligations postcontractuelles a mis en exergue la « *multitude de sources de droit applicables* », créant une véritable « *superposition* » de normes, facteur à la fois de « *complexité* » et de « *richesse* »⁸¹. Si une responsabilité postcontractuelle existe, elle serait stratifiée, et mériterait ainsi d'ordonner une grille de lecture permettant de comprendre les mécanismes d'intervention des différentes responsabilités⁸². La relation postcontractuelle est donc régie par un droit des sources diverses, montrant que « *pour établir le régime juridique d'une seule relation de la vie en société, il est bien rare qu'une règle de droit isolée puisse suffire, et en général un faisceau de règles est nécessaire, qui comporte des positions de principe, des limitations ou restrictions, l'indication des conditions dans lesquelles naît ou s'éteint telle situation juridique, des dispositions sur les effets ou la transformation de cette situation, sur sa sanction ou sa preuve* »⁸³.

9.- La réfutation paradoxale de l'existence d'un *postcontrat*. Concernant les fautes seulement d'apparence postcontractuelle, une simple « *survie du contrat* » a été envisagée⁸⁴. En l'occurrence, l'acception de la durée du contrat et des obligations est donc au cœur du sujet, conduisant parfois à assimiler la période postcontractuelle à un élément de durée d'efficacité du contrat lui-même⁸⁵.

⁸⁰ Cf. *infra* n° 221 et s., 230, 331, 454 et s. De plus, lorsque les parties aménagent la phase postcontractuelle, elles offrent un cadre de responsabilité contractuelle à la faute postcontractuelle, sans que cela exclut pour autant l'intervention de la responsabilité extracontractuelle lorsque la faute consiste en un délit civil qui sort du domaine des obligations prévues par les parties.

⁸¹ CASEAU-ROCHE C., *Les clauses postcontractuelles*, th. Paris Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 499 : « *Complexité d'une part, car la superposition de règles peut menacer la cohérence de l'ensemble en introduisant des contradictions [...]. Richesse d'autre part, car à travers l'élaboration de la notion et du régime des obligations postcontractuelles, c'est en réalité tout le droit privé contemporain qui s'est trouvé finalement rassemblé* ».

⁸² Cf. *infra* n° 230, 454 et s. Adde BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 137 et s.

⁸³ ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 15.

⁸⁴ LE STANC Ch., préc., p. 209 : « *On ne peut alléguer un quelconque "postcontrat". Une observation fruste de la durée contractuelle pouvait laisser à penser qu'au-delà de son terme les attitudes fautives empruntées par les partenaires engageaient à leur charge une responsabilité d'ordre postcontractuel, extérieure, partant, au cercle de la convention. Une meilleure analyse de cette durée a pu montrer que, par-delà le phénomène d'« extinction » du contrat, certaines obligations puisant à la convention, se trouvaient maintenues, identiques ou altérées, d'autres se trouvaient prendre leurs effets à cet instant précis. Dès lors, ce que l'on eût été tenté de définir comme la période postcontractuelle, avec toutes les conséquences que cela eût emporté, ne correspondait en vérité qu'à une simple survie du contrat, en ce que cet acte juridique n'a point, bien souvent, de durée homogène, mais développe des effets dont les points de départ et les points d'arrivée peuvent être essentiellement divers* ».

⁸⁵ Cf. *infra* n° 74. Tel peut être le cas pour les clauses postcontractuelles (cf. *infra* Seconde partie, ou de certaines obligations telles que les restitutions (cf. *infra* n° 148, 155, 434, 615).

Toutefois, paradoxalement, en cas d'extinction définitive de la convention, la situation passée peut influencer sur la situation présente, ce que l'auteur reconnaît lui-même : « *le contrat est mort, le contrat a vécu, la métalepse⁸⁶ n'est pas sans conséquences* »⁸⁷. L'existence passée de la convention est décrite comme *la lueur persistante d'un astre disparu et qui peut encore éclairer une relation juridique*⁸⁸. Est ainsi reconnue l'existence d'une responsabilité postcontractuelle *informée* par le « *souvenir du contrat* »⁸⁹. Force est de remarquer que cette comparaison doit même inspirer, mieux qu'une métalepse, l'idée d'une analepse⁹⁰. L'analogie avec un corps céleste⁹¹ rappelle également l'emprise inertielle qui peut exister entre les effets du contrat et ceux de son extinction. D'aucuns soulignent effectivement le rôle de l'acte extinctif dans une « *dialectique fondamentale entre la force d'inertie des situations juridiques qui ont vocation à durer, en vertu de leur force obligatoire, jusqu'à leur terme ou l'accomplissement de leur finalité, et la puissance libératoire des sujets de droit* »⁹².

10.- L'après-contrat, en-dehors du contrat. Imbriqué dans cette lecture, c'est le rapport entre ce qui est intérieur et extérieur au contrat qui vient s'ajouter à la compréhension du temps postcontractuel. La difficulté à surmonter sera alors de déterminer précisément quel est le moment pouvant être identifié comme la fin du contrat⁹³, mais aussi la durée des obligations nées de l'acte, afin de vérifier si, par exemple, une faute postcontractuelle ne se situe pas en réalité encore « *à l'intérieur de la convention* »⁹⁴. L'« en dehors » et l'« en dedans » du contrat peuvent en effet se trouver entremêlés, si bien que la définition de l'après-contrat joue avec les frontières qui délimitent le contrat et sa durée. Les contours de l'après-contrat embrassent ceux du contrat lui-même, autant qu'ils floutent et se jouent de la frontière du temple contractuel. Or, de la frontière de ce temple à celle du *temps* contractuel, la différence est à peine perceptible. En effet, le domaine du contrat est naturellement en lien avec sa place dans le temps. Partant, le caractère postérieur de l'après-contrat est identifiable à partir d'un critère temporel autant qu'il implique *a priori* une extranéité quant au contenu du contrat. En d'autres termes, en tant que phase qui n'est plus censée appartenir à la norme contractuelle, l'après-contrat se veut extérieur au contrat, mais c'est aussi parce que contrat et après-

⁸⁶ Terme de rhétorique. Cf. ég. MAZALEYRAT J. et MOLINIE G., *Vocabulaire de la stylistique*, PUF, 1989, p. 213 : « *en analyse du récit, la métalepse désigne une transgression dans le suivi d'un niveau homogène de narration* ». Adde GENETTE G., *Figures III*, Seuil, 1972, p. 82.

⁸⁷ Rapp. « *Le contrat, lorsqu'il produit, principalement ou de façon accessoire, un effet définitif, donne naissance à un « intérêt » qui perdure malgré l'expiration de la convention. Or cette idée d'un intérêt légitime qu'il convient de protéger n'existe pas dans la période ante-contractuelle. Le néant qui caractérise la période ante-contractuelle fait place à la nécessaire sauvegarde de cette « intérêt » dans l'après-contrat* », in BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat*, th. préc., p. 224, n° 272.

⁸⁸ LE STANC Ch., préc., p. 209.

⁸⁹ LE STANC Ch., préc., p. 209. Cf. *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 2.

⁹⁰ « *Toute évocation après coup d'un événement antérieur au point de l'histoire où l'on se trouve* », in GENETTE G., *op. cit.*, p. 82.

⁹¹ Cf. *infra* l'image de la « queue de comète » employée par HUSSERL E., n° 12.

⁹² SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif*, th. préc., p. 669.

⁹³ Sur ce point, cf. *infra* n° 50, 60, 67, 75 et s.

⁹⁴ LE STANC Ch., préc., p. 290.

contrat se succèdent dans le temps (ils sont par définition privés de simultanéité⁹⁵) qu'ils connaissent une « *extériorité réciproque* »⁹⁶.

II. COMPRÉHENSION PHÉNOMÉNOLOGIQUE DU TEMPS POSTÉRIEUR

11.- Le défaut de simultanéité, facteur d'extériorité, selon Bergson. Cette compréhension de l'écoulement du temps a notamment été théorisée par Henri Bergson, et permet de montrer comment l'*avant* et l'*après* se juxtaposent et prennent forme comme des oscillations « *nettement distinctes puisque l'une n'est plus quand l'autre se produit* » et décomposées en « *moments successifs en parties extérieures les unes aux autres* »⁹⁷. Mais le philosophe apporte deux précisions. Il énonce premièrement que « *le temps se confond avec la continuité* », comme un écoulement ou un passage. En ce sens, la transition entre les instants, mémorisée par la conscience, « *prolonge l'avant dans l'après empêchant qu'ils ne soient que de purs instantanés dans un présent qui renaît sans cesse* »⁹⁸. De là, découle la seconde précision qui veut que les états successifs du changement se suivent mais s'interpénètrent. Bergson nous force ainsi à maintenir ces deux aspects de la durée pour que, même lorsque nous sommes tentés de découper le temps, nous ne perdions pas le temps fondamental. C'est pourquoi la durée est aussi simple à éprouver que difficile à penser. Cette théorie pousse à découper les instantanéités constitutives du temps qui passe, pour situer l'*avant* et l'*après*, mais en retenant la continuation de ce qui a précédé dans ce qui suit. Elle se rapproche en cela de la description du temps par un autre philosophe : Edmund Husserl.

12.- Phénoménologie du temps selon Husserl. Un diagramme du temps, c'est ce que le philosophe Husserl propose dans ses leçons de phénoménologie⁹⁹ : « *pendant qu'apparaît sans cesse un nouveau présent, le présent se change en un passé* »¹⁰⁰. Évinçant de son approche le temps objectif, celui de la nature, il s'intéresse à l'apparition du temps phénoménologique¹⁰¹. Il tente ainsi

⁹⁵ Le défaut de simultanéité du temps est le critère qui permet de distinguer ce qu'est le temps de ce qu'est l'éternité. L'éternité dure, sans que l'on puisse lui reconnaître un caractère successif. Elle ne s'écoule pas, du fait de son infinie permanence. Le temps pour sa part se distingue de l'éternité du fait de son caractère successif, ce qui s'oppose à la simultanéité. Saint Thomas écrit notamment que « *l'éternité n'offre pas de succession, existant tout à la fois dans l'indivisible* », in *Somme théologique, op. cit.*, p. 250.

⁹⁶ BERGSON H., *Durée et simultanéité*, 1922, Paris, PUF, 2009, p. 41-46.

⁹⁷ BERGSON H., *Durée et simultanéité, op. cit.*

⁹⁸ BERGSON, *Durée et simultanéité, op. cit.*

⁹⁹ HUSSERL E., *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, 1964, PUF-Epiméthée, § 10-11, p. 40-46. Cf. ég. GRANEL G., *Le sens du temps et de la perception chez Husserl*, Bibliothèque de philosophie, Gallimard, 1968.

¹⁰⁰ HUSSERL E., *ibid*, § 10.

¹⁰¹ La phénoménologie est entendue de manière générale en philosophie comme « *l'observation et description des phénomènes et de leurs modes d'apparition, considéré indépendamment de tout jugement de valeur* ». Cher Husserl, elle désigne la « *méthode qui propose un retour aux choses mêmes, à leur signification, en s'en tenant non aux mots, mais aux actes où se dévoile leur présence* ». Pour les deux définitions, cf. V° « Phénoménologie », in Ortolang, CNRTL.

de comprendre la manière dont le temps peut apparaître dans les vécus de la conscience. Il dégage alors le concept de *tempo-objets* (« *Zeitobjekte* »), désignant des extensions temporelles, à l'instar d'un écho ou d'une musique qui perdure. L'intérêt de cette étude est de traduire les phénomènes d'écoulement du temps qui passe au travers de ses extensions. Le souvenir a la particularité de permettre à l'objet temporel de basculer dans le passé sans que son existence ne cesse pour autant. L'image du *continuum* qui forme le souvenir primaire des objets, est comparée par le philosophe à celle d'une étoile filante dans laquelle le noyau est constitué du présent auquel est rattachée « *une queue de comète* »¹⁰². C'est pourquoi une situation temporelle répond à ce schéma d'écoulement du temps : elle connaît son horizon d'attente autant que son dégradé postérieur. Dès lors, les fragments que nous nous représentons abstraitement du temps peuvent être distincts individuellement de chaque autre. Mais ils ne peuvent être ailleurs que dans l'ensemble de l'écoulement du temps, autant qu'ils sont les points de sa continuité : « *chaque phase ultérieure d'écoulement est elle-même une continuité, et une continuité en croissance continue, une continuité de passés* »¹⁰³.

13.- Discerner l'espace et le temps occupés par le contrat. C'est ainsi qu'il est possible d'affirmer que la durée du contrat n'est pas « *une zone de parfaite étanchéité* »¹⁰⁴, même s'il est essentiel de lui réserver un *avant* et un *après*¹⁰⁵. Une réflexion sur la durée nécessite donc « *l'étude de sa mesure comme celle de son influence* »¹⁰⁶. Pour cela, la compréhension de ce qu'est le terme extinctif est une étape indispensable¹⁰⁷ : « *one of the most basic, but important, elements of a contract is its term. Term indicates "the duration" for a contract or how long a contract remains in force* »¹⁰⁸. Mais, précisément, **il ne faut certainement pas confondre *mesure* (qui se heurte à un besoin de délimitation ferme) et *influence* de la durée du contrat (qui transcende les limites)**¹⁰⁹. Le

¹⁰² V. sur cette notion EUSTACHE M.-L., « Le concept de rétention chez E. Husserl : une mémoire constitutive aux sources de la mémoire de travail », *Revue de neuropsychologie*, 2009/4, Vol. 1, p. 321-331, spéc. n° 40 : « *la rétention n'est ni un maintenant, ni un souvenir. [...] La rétention serait alors une "résonance"* ». URL : <http://www.cairn.info/revue-de-neuropsychologie-2009-4-page-321.htm>. Adde PATOCKA J., *Introduction à la phénoménologie de Husserl*, Coll. Krisis, Ed. Millon, 1992, Grenoble, p. 150 et s. : « *la rétention actuelle n'est pas le son actuel, mais la conscience actuelle du son passé [...]. Dans le continuum des rétentions, chaque point ultérieur est la rétention de chaque point antérieur* ».

¹⁰³ HUSSERL E., *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, *op. cit.*, § 10.

¹⁰⁴ DELFORGE C., « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in *Actualités de la rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, n° 6.

¹⁰⁵ V. PETEL I., *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier I, 1984, n° 3, relevant que la conception selon laquelle le contrat s'inscrit dans une durée n'a rien d'une banalité, né même d'une approche juridique classique du temps contractuel.

¹⁰⁶ BUJOLI F., *La durée du contrat*, th. Nice, 2007, p. 2.

¹⁰⁷ Cf. *infra* n° 53, 61 et s., 77 et s., 238 et s.

¹⁰⁸ « *L'une des choses les plus élémentaires dans un contrat, c'est son terme. Le terme indique la "durée" du contrat ou combien de temps il reste effectif* », in PRIVES P. G., « Evergreen clauses : be aware of the pitfalls », in *Business Law and Governance, A publication of the American Health Lawyers Association, Business Law and Governance practice group*, Vol. 6, Issue 1, avr. 2013, p. 1.

¹⁰⁹ Cf. *infra* spéc. n° 297 et s., 359 et s.

fait que le contrat éteint continue, au-delà de l'extinction, d'influencer le comportement des anciens contractants, n'est pas le signe de la prolongation de la durée conventionnelle ; sans quoi la durée du contrat s'étendrait à perte de vue. Ce serait alors exagérer le pouvoir normatif des parties¹¹⁰ : la durée de la loi privée est soumise au temps qui passe, et la persévérance dans ce temps de certains effets de la convention éteinte ne signe pas la survie de l'acte, mais seulement la continuité naturelle des événements dans l'écoulement de l'avant vers l'après. L'influence du passé sur les instants qui lui succèdent crée ainsi une « *solidarité entre le passé et l'avenir* »¹¹¹, et l'apparente « *viscosité de la durée* »¹¹². C'est ce que nous enseignent Bergson et le diagramme d'Husserl¹¹³.

Partant, le contrat est « *une durée créée* »¹¹⁴ ; et il est encore possible de reconnaître la durée des objets juridiques à partir du rythme imposé par les mouvements créateurs de droit, à partir de « *systèmes d'instant* »¹¹⁵. Le contrat s'enferme dans une durée qui marque l'étendue de la volonté, segmentée par, à l'origine, l'acte formateur, et, en bout de ligne, l'acte extinctif. En-dehors de ces marques, c'est un temps subi qui se fait sentir, un temps externe. En effet, si « *l'étendue est la marque de ma puissance, le temps est la marque de mon impuissance* »¹¹⁶. Ainsi, il convient de bien discerner la place occupée par les effets du contrat dans la vie des parties, marquée par l'intervention de l'engagement et de l'exécution à laquelle il a donné lieu, et l'espace de temps¹¹⁷ occupé par le contrat lui-même. La conception sociologique et économique du contrat est au cœur de ce discernement.

III. APPROCHE SOCIO-ÉCONOMIQUE DU RAPPORT CONTRACTUEL

14.- L'après-contrat, empreinte sociologique du contrat. Si, selon Emile Durkheim, « *le contrat est, par excellence, l'expression juridique de la coopération* »¹¹⁸, que reste-t-il de cette coopération dans l'après-contrat ? Car, durant le temps du contrat, les volontés des parties forment une autocratie conciliatrice des intérêts de chacune, alors que la fin du rapport obligatoire signe la

¹¹⁰ KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », APD 1940. 33, n° 13.

¹¹¹ BACHELARD G., *La dialectique de la durée, op. cit.*, p. 15, (au sujet de la pensée de Bergson).

¹¹² BACHELARD G., *idem*.

¹¹³ Cf. numéros préc.

¹¹⁴ SUAREZ, « Disputations métaphysiques », in *Opera omnia editio nova*, t. 26, Vivès, 1861, p. 922.

¹¹⁵ V. la compréhension de la durée par BACHELARD G., *La dialectique de la durée, op. cit.*, p. 11 : « *les phénomènes de la durée sont construits avec des rythmes, loin que les rythmes soient nécessairement fondés sur une base temporelle bien uniforme et régulière* ».

¹¹⁶ LAGNEAU J., « Cours sur la perception », in *Célèbres leçons et fragments*, PUF, 1950, pp. 175-176.

¹¹⁷ L'idée de concevoir la durée en spatialisant le temps, *i-e* comme un espace de temps, est aussi métaphysique que juridique. En effet, le droit a pu recourir au « laps de temps », ce qui ne désigne rien d'autre que, littéralement un espace de temps (V° « Laps », in Ortolang, CNRTL). Or, lorsque la loi évoque la prescription, elle utilise précisément la notion de « laps de temps » : cf. ancien art. 2219 du C. civ., anté. loi n°2008-561 du 17 juin 2008, « La prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. » ; et art. 2219 du C. civ. « *La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».

¹¹⁸ DURKHEIM E., *De la division du travail social*, PUF, Paris, 1998, p. 192.

libération des comportements. En ce sens, les parties basculent d'une période autorégulée¹¹⁹ par le contrat, c'est-à-dire une norme spécialement adaptée aux besoins des contractants, à une période gouvernée par des égoïsmes qui ne sont plus régulés que par les normes extracontractuelles, abstraites et générales¹²⁰. L'intérêt contractuel a poussé les égoïsmes à coopérer¹²¹, alors que, *a fortiori*, l'après-contrat ne tient naturellement plus les anciennes partenaires à la coopération. Cependant, même si l'œuvre contractuelle se veut immuable et protégée des volontés extérieures, elle se heurte à des limites pouvant contraindre les comportements en dehors de la loi contractuelle¹²². Les parties doivent pouvoir disposer de manière raisonnable de leur quote-part de liberté, autant qu'elles ne peuvent exploiter cette ressource pour étendre leur volonté au-delà d'un certain point¹²³. Assurément, la somme totale du contrat est enfermée dans un ordre juridique plus grand qui, pour sa propre cohérence, viendra réguler les excès de la norme privée. C'est donc l'outil contractuel qui doit être mis en perspective dans l'ordre socio-économique auquel il appartient. Un exemple parlant est donné par le phénomène d'obsolescence programmée.

¹¹⁹ Parce que les parties trouvent un intérêt commun dans cette autorégulation qui permet la réalisation du contrat. Cf. *infra* les développements sur le *lock-in effect*, n° 359.

¹²⁰ Sur l'insuffisance de protection du régime extracontractuel, poussant les parties à anticiper contractuellement l'après-contrat. En ce sens, la relation contractuelle s'inscrit dans le temps, elle lui est soumise, autant qu'elle peut faire du temps un objet de contractualisation. cf. *infra* Seconde partie, Titre I. V. sur la temporalité juridique en général : PFERSMANN O., « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », RRJ, 1994-1, p. 223.

¹²¹ V. d'ailleurs en ce sens la pensée d'Adam Smith, dans sa célèbre description des principes de la division du travail : « *Whoever offers to another a bargain of any kind, proposes to do this. Give me that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer ; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of. It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity, but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages* » in *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Thomas Nelson, Edinburg, 1838, p. 6-7.

¹²² Cf. pour une vue d'ensemble sur la place du droit objectif et de la justice étatique dans les échanges contractuels : DELPEUCH Th., DUMOULIN L., et GALEMBERT (de) C., *Sociologie du droit et de la justice*, Arman Colin, Paris, 2014, « Chapitre 1 - Le droit dans la régulation sociale », et, spéc. « Chapitre 8 - Droit et économie, 2^{ème} partie. Le droit comme ressource pour l'action économique ». L'ensemble de la présentation montre notamment comment se dessinent des tensions entre la loi contractuelle des parties et son environnement extérieur, du fait par exemple de conflits de normes hétérogènes. Ainsi, l'autorégulation du système de valeurs créé par les contractants doit tout à la fois se subordonner à l'ordre normatif dans lequel il s'insère nécessairement, et surmonter les frictions entre l'ordre contractuel et l'ordre juridique englobant. Cette contingence contraint les parties à se conformer *a minima* à une certaine bonne conduite, leur imposant des comportements qui ne répondent pas forcément à la loi du marché. La durée de la coopération, au même titre que les informations disponibles pour chaque parties, l'évaluation des risques d'inexécution, ou la prise en compte de la norme extérieure, constitue un facteur d'influence du comportement des acteurs économiques. Adde CHARBONNEL L., *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th. Avignon, 2010, n° 3, 63, 154 et s., 414, ; CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, th. Avignon, 2010, not. p. 127 et s., 155, 199 et s. ; TERNEYRE P., « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1435 ; ROCHFELD J., « Contrat et libertés fondamentales », RDC 2003, p. 17 ; MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 42 ; KELSEN H., « La théorie de la convention », APD, 1940, pp. 33-76, n° 13 ; COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan.

¹²³ Cf. not. WEBER M., *Sociologie du droit*, coll. Quadrige, PUF, « Chapitre II. Les formes de création des droits subjectifs », spéc. p. 53 et s., rappelant que la liberté contractuelle n'est jamais illimitée du fait qu'elle s'exerce et n'obtient la garantie coercitive qu'autant que l'ordre juridique le permet.

15. - L'obsolescence programmée. Le droit de la consommation est fructueux lorsqu'il s'agit d'étudier les droits et obligations postcontractuels des parties. Reposant sur la vente, contrat-modèle à exécution instantanée, il offre nécessairement d'observer la charge obligationnelle subsistant alors que les parties se sont séparées. De plus, lorsque la relation s'inscrit dans le droit de la consommation, le régime postcontractuel est incontournable du fait qu'il est l'œuvre du législateur cherchant la protection de la partie réputée faible. L'obsolescence programmée est à ce titre un exemple récent d'enjeux socio-économiques de la phase postcontractuelle.

Déjà, en 1925, dans son ouvrage intitulé « *The tragedy of waste* », Stuart Chase jalonne une réflexion fondamentale à propos des effets de la société de consommation sur le comportement des consommateurs et la production d'un gaspillage à grande échelle. Il s'intéresse très précisément aux pratiques industrielles développées au travers de techniques de production et de commercialisation uniquement au profit des industriels, dans le but notamment d'encourager la répétition des achats et, par ce biais, accroître la consommation de masse. Il évoque la rentabilisation de l'« *idle material* »¹²⁴ (le matériel mort, obsolète), mais aussi les techniques de falsification¹²⁵ (« *adulteration* »¹²⁶) des biens et des services, notamment dans le but de vendre un produit de moindre qualité avec le plus de marge possible, en comptant sur l'impossibilité pour le consommateur de se rendre compte par lui-même des caractéristiques substantielles d'un produit¹²⁷. Entre dans la catégorie des pratiques de falsification, celle de l'obsolescence programmée, dont la fonction est résumée en ces termes : « *dans notre système industriel, le renouvellement rapide des achats entraîne une multiplication rapide des profits* »¹²⁸. C'est bien toute la question de la durabilité des effets socio-économiques du contrat de vente qui est au cœur de l'obsolescence programmée. En tant qu'échange économique, le contrat se présente aussi comme un outil pourvu d'un impact sociologique à grande échelle.

¹²⁴ CHASE S., *The tragedy of waste*, Library of the New York State College of home economics, Cornell University, Ed. The MacMillan Company, New York, 1929, p. 151.

¹²⁵ Le terme « falsification » est littéralement repris par l'article L. 413-1 du Code de la conso., créé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, incriminant le fait de falsifier des produits servant à l'alimentation humaine ou animale, de les exposer à la vente ou de les vendre, ainsi que de faire commerce des objets ou appareils propres à effectuer une telle falsification. Est également incriminée l'incitation à l'emploi de ces produits. Cet article fait partie d'une nouvelle section intitulée « Falsifications », au sein du Chapitre III (Falsifications et infractions relatives aux produits), dans le Titre Ier « Conformité », du Livre IV « Conformité et sécurité des produits et services » (Partie législative nouvelle).

¹²⁶ CHASE S., *The tragedy of waste*, *op. cit.*, spéc. p. 71. V. ég. SLADE G., *Made to Break. Technology and Obsolescence in America*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2006, p. 78, qu'il considère, en référence aux travaux menés par Robert Hunter, comme une « *particular forme of illth as the most wasteful of them all* ».

¹²⁷ L'économiste démontre cette impossibilité en se fondant sur deux facteurs. Le premier est l'abondance de l'offre sur le marché : les acheteurs ne sont plus en mesure de comparer les produits les uns aux autres, en raison d'un trop grand nombre de produits de même catégorie proposés par les fabricants. Les produits médiocres se confondent avec d'autres de meilleure qualité en raison d'un travestissement habile de leur apparence (ce que Chase appelle le « *Cleopatra blush* » - p. 42), au sein de falsifications et charlatanisme effrénés (p. 42). Le second repose sur le fait que les informations fournies aux clients par les vendeurs proviennent dans 75% des annonceurs (« *advertisers* ») (p. 42).

¹²⁸ « *Under the present industrial order, quick turnover means quick profit* », in CHASE S., *The tragedy of waste*, *op. cit.*, p. 269, citant Robert Hunter (*Labor once Lost*, 1923).

Or, vendre un bien de consommation, c'est aussi vendre une durée d'utilisation, laquelle a un impact sur le marché autant que sur la rentabilisation des obligations de garantie. L'obsolescence programmée permet notamment le développement d'une « *économie de fonctionnalité* » :

« *la substitution de la vente de l'usage des produits à la vente des produits eux-mêmes, ce que l'on appelle l'économie de fonctionnalité, peut aussi contribuer à cet objectif de disjonction des flux matériels et financiers : la vente des produits eux-mêmes implique leur obsolescence programmée alors que la vente de leur usage peut s'accompagner de leur durée. En vendant non plus des pneus aux flottes de camions, mais un service pneumatique, Michelin peut voir son chiffre d'affaires augmenter tout en réduisant le nombre de pneus vendus pour un même kilométrage* »¹²⁹.

Tel est le cas également du « service après-vente » qui constitue un enjeu économique du contrat instantané¹³⁰. En conséquence, outre le questionnement éthique tant sur le plan économique qu'écologique, le phénomène peut être ramené à une véritable problématique du point de vue du droit de la consommation. En 2014, dans une réponse ministérielle, le gouvernement a ainsi affirmé que la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation* est une réponse au problème de la durée de vie des produits. La loi est axée autour de trois objectifs principaux. Tout d'abord, elle a entendu permettre une meilleure information du consommateur sur l'existence et la disponibilité des pièces de rechange. Ensuite, elle offre une meilleure information des droits octroyés par les obligations garanties de conformité et contre les vices cachés. Enfin, elle a multiplié par deux le délai de présomption d'antériorité du défaut de la chose vendue, le faisant passer de six à douze mois¹³¹.

Mais des mesures répressives ont été également instaurées, puisque la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte* est venue instaurer un délit d'obsolescence programmée. A ainsi été introduit un article L. 213-4-1 dans le Code de la consommation, définissant l'obsolescence programmée comme « *l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement* »¹³². C'est donc une nouvelle garantie qui a été créée par l'incrimination de l'obsolescence programmée, laquelle correspond en quelque sorte à *une garantie de durée de vie postcontractuelle* du bien de consommation. L'élément temporel fait donc son

¹²⁹ V° « Développement durable », in *Encyclopaedia Universalis*, par BOURG D.

¹³⁰ Cf. *infra* n° 207 + annexe. Cf. LONDON B. et DAVID Ch., « En finir avec la crise grâce à l'obsolescence planifiée », *Rev. Ecologie & politique*, 2012/1, n° 44, pp. 167-179. SLADE G., *Made to Break. Technology and Obsolescence in America*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2006. PACKARD V., *L'art du gaspillage*, Calmann-Lévy, Paris, 1962 ; ANDERS G., *L'obsolescence de l'homme. Sur la destruction de la vie à l'époque de la troisième révolution industrielle*, t. 2, Fario, Paris, 2011, p. 41. Cf. ég. *infra* Annexes.

¹³¹ Réponse du Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, in JO Sénat, 19 juin 2014, p. 1455.

¹³² Cette disposition a été abrogée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V), qui a créé un nouvel article L. 441-2 du Code de la conso., reprenant une définition identique. L'article L. 451-1, venant à la suite dans l'ordre du Code, sanctionne les manquements de tout opérateur qui, ayant connaissance, après avoir acquis ou cédé des produits, d'une non-conformité à la réglementation portant sur une qualité substantielle de tout ou partie de ces produits, n'en informe pas sans délai, par tous moyens dont il peut justifier, celui qui lui a fourni ces produits et ceux à qui il les a cédés (cf. obligation énoncée à l'art. L. 411-2).

entrée dans l'appréciation de la conformité, en plus des seuls délais d'actions et de présomption d'antériorité du vice¹³³.

16.- Le rapport contractuel pris dans sa globalité. Ainsi, l'évaluation de la situation postcontractuelle doit nécessairement emprunter au passé *inter partes*, autant qu'elle compose avec les interactions entre le droit et les faits qui se manifestent alors que la convention est éteinte. C'est pourquoi, envisager l'après-contrat sur le plan du droit des obligations, nécessite de s'intéresser à la reconstitution du parcours contractuel des parties, lequel les a menées d'une intention contractuelle à un résultat matériel. Sur le plan circonscrit des sciences juridiques, l'après-contrat est donc une étape permettant de compléter la synthèse contractuelle. Sans que la présente recherche ne prétende en énoncer la synthèse parfaite, elle se présente néanmoins comme l'occasion d'un voyage indispensable en droit des contrats, de ses branches les plus générales à ses ramifications spécialisées. Or, une telle exploration peut ressembler à « *la résolution d'un puzzle* », ce qui implique de « *rechercher les morceaux qui s'ajustent* »¹³⁴. D'autant que les préoccupations techniques liées à la compréhension et la gestion du temps qui succède à la fin du contrat ne sont pas neuves.

IV. LES MÉCANISMES POSTCONTRACTUELS DANS L'HISTOIRE

17.- Les préoccupations liées à l'après-contrat au cours de l'histoire. Certains mécanismes étudiés aujourd'hui trouvent une origine historique. Les préoccupations liées à la période postcontractuelle dans l'histoire peuvent être illustrées au travers de la poursuite de la relation après le contrat, de l'état des lieux après l'exécution, et de la gestion du temps intermédiaire entre des contrats successifs.

18.- La poursuite de la relation après le contrat. En droit romain, la *locatio conductio*¹³⁵ concernait des dispositions établies dans le but de régler les rapports entre les parties après l'expiration du contrat de bail. C'est ainsi que, lorsque le locataire se maintenait dans les lieux après l'expiration du bail, la loi romaine prévoyait que le *conductor* (preneur) était tenu de verser au *locator* (loueur) une contrepartie à la jouissance postcontractuelle. Cette indemnité était calculée au prorata du temps d'occupation et équivalente au montant du loyer¹³⁶. Mais, par ailleurs, le droit

¹³³ Toutefois, la doctrine remarque « *il sera toutefois difficile de quantifier le préjudice matériel résultant de la durée pendant laquelle le bien aurait encore pu être utilisé à défaut de programmation de son obsolescence. Reste que l'obsolescence programmée, « délit de masse » à l'origine d'autant de préjudices que d'unités produites, se prête particulièrement à une action de groupe* », in MARTIN A.-C., « Le délit d'obsolescence programmée », D. 2015. 1944.

¹³⁴ KOURGANOFF V., *La recherche scientifiques*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 165, Paris, p. 63. Rappr. *infra* n° 673.

¹³⁵ Cf. *infra* n° 240.

¹³⁶ V. Les institutes d'Ulpien : *Corpus juris civilis*, Dig. XI, 2, *locatio conductio*, loi XIII, § 2.

romain admettait la tacite reconduction au travers de la *locationem renovare*¹³⁷ qui permettait au louage, contrat consensuel, de se renouveler lorsque le *conductor* se maintenait dans les lieux, sans opposition du *locator*¹³⁸. Dans ce cas, la reconduction se formait aux mêmes conditions que le bail primitif, à l'exception de sa durée. En effet, la durée de la prorogation est un point sensible lorsque la volonté des parties n'a pas été explicitement exprimée. Le droit romain offrait donc aux parties le droit de se libérer quand elles le souhaitaient, donnant ainsi au nouveau contrat une durée indéterminée (une *perpetua locatio*). Un traitement différent était cependant réservé au louage de biens ruraux puisque pour ceux-ci la reconduction tacite ne pouvait être que d'une année, à moins que les parties aient anticipé la durée d'une éventuelle reconduction, déterminant ainsi à l'avance le temps pour lequel elles s'engageraient à nouveau¹³⁹. Toutefois, une divergence déterminante s'est dessinée entre les interprètes. Alors que certaines traductions ne donnaient aucune précision sur la façon d'exprimer la durée du renouvellement, d'autres estimaient qu'elle devait être formulée par écrit¹⁴⁰. Il est intéressant de noter que cette dernière traduction a donné lieu à la distinction dans le Code de 1804 entre bail écrit et bail oral¹⁴¹. C'est donc une disposition relative au sort de la convention postérieurement à son extinction qui a donné lieu à la *summa divisio* présente dans le Code napoléonien.

Le droit coutumier a préservé le principe de la tacite reconduction. Antoine Loysel énonçait à ce titre la règle suivante : « *qui jouit et exploite un héritage, après le terme fini sans aucune dénonciation, peut jouir un an après à pareil prix que devant* »¹⁴². Néanmoins, c'est à nouveau la question de la durée du renouvellement qui a connu des divergences d'appréciation. Selon les territoires et les coutumes, la reconduction était effectivement organisée différemment. C'est plus précisément le temps de jouissance postcontractuel du locataire qui servait de référence afin de déterminer l'existence d'une tacite reconduction. Selon certaines coutumes, le seul fait de se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail caractérisait une volonté de reconduire la relation

¹³⁷ Ou encore : *ex integro locare, reconducere*. V. MAYNZ Ch., *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine*, 3^{ème} éd., t. 2, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, Bruxelles et Librairie de A. Durand et Pedone, Paris, 1870, p. 220.

¹³⁸ Cf. THOMAS G., *De la prorogation volontaire tacite en droit français, Tacite reconduction*, Th. Poitiers, 1929, Ed. Guillemot et Lamothe, Limoges, 1929, p. 11. Cf. (sur les mécanismes de continuation de la relation au-delà du terme extinctif) *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, Section 1 (n° 235 et s.).

¹³⁹ MAYNZ Ch., *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine, op. cit.*, p. 221.

¹⁴⁰ MAYNZ Ch., *op. cit.*, p. 221.

¹⁴¹ Art. 1715 et s., 1736 et s., 1758 et s., et 1774 et s. du C. civ.

¹⁴² DUPIN J.-J., EDOUARD R. et LABOULAYE L., *Institutes coutumière d'Antoine Loysel ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, t. 2, Durand Libraire, Paris, 1846, p. 319 et 347. Il posait déjà les questions suivantes : « *combien de temps celui qui jouit et exploite un héritage sans aucune dénonciation, peut-il en jouir après ? à quel prix ?* », *ibid*, V° « Dénonciation », p. 332. Rappr. Art. 1759 du C. civ. : « *Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, sans opposition de la part du bailleur, il sera censé les occuper aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux* ».

contractuelle, à la condition que les parties n'aient pas dénoncé le contrat antérieurement à l'expiration¹⁴³. Le délai de dénonciation souffrait d'hétérogénéité : il pouvait aller de 5 jours à 6 mois selon les coutumes¹⁴⁴, tandis que, par ailleurs, le temps de jouissance postcontractuelle permettait d'établir si une volonté tacite de renouveler la convention était née¹⁴⁵. La durée de la reconduction elle-même était sujette à variation puisqu'elle allait parfois d'un quart de la durée du contrat initial¹⁴⁶ jusqu'à, le plus souvent, une année¹⁴⁷. La tacite reconduction fut ensuite supprimée pour les baux ruraux en 1791¹⁴⁸.

Mais, aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, l'intérêt porté à la période postcontractuelle ne se limite pas à la reconduction. L'attention se porte sur des obligations comparables à celles faisant suite au bail : il s'agit de régler les suites de la cessation de jouissance de certains domaines délivrés, par exemple, à titre de concession¹⁴⁹.

19.- L'état des lieux après le contrat. Il était prévu à cet égard une obligation précontractuelle qui connaissait une réplique symétrique dans la phase postcontractuelle. En effet, nul ne pouvait entrer en jouissance du domaine sans la visite préalable du *grand maître du département*, lequel dressait un procès-verbal descriptif de l'état des lieux. De même, il fallait « *qu'aussitôt qu'est expiré le terme de la jouissance, il soit fait une nouvelle visite dans la première, de l'état de ces bois afin qu'il s'y trouve des dégradations, dépérissements ou changements préjudiciables, on puisse contraindre ceux qui les ont possédés, ou leurs héritiers, à les remettre en bon état, ou à en payer l'indemnité au pied le tour. C'est ce que prescrivent les article 1 et 4 du titre 22 de l'ordonnance de 1669* »¹⁵⁰. Comme pour le bail, la période qui suit l'extinction de la jouissance doit donc être évaluée, de manière à faire apparaître les effets de l'exécution, et d'en évaluer éventuellement les

¹⁴³ Rappr. Art. R123-168 du C. de comm. : *le contrat de domiciliation est rédigé par écrit. Il est conclu pour une durée d'au moins trois mois renouvelable par tacite reconduction, sauf préavis de résiliation.*

¹⁴⁴ 6 mois à Aurillac, 3 mois à Cambrais, 15 jours à Auxerre, dernier jour dans le Bourbonnais : *in* THOMAS G., th. préc., p. 14.

¹⁴⁵ C'est un temps qui apparaît aujourd'hui relativement court qui était retenu pour caractériser la volonté de prorogation : 5 jours à Reims, 8 jours à Orléans, 1 mois à Lille (*in* THOMAS G., th. préc., p. 14). Cf. *infra* n° 266 et s.

¹⁴⁶ Pays de Guyenne : *in* THOMAS G., *idem*.

¹⁴⁷ Orléans, Sens, Bourbonnais : *in* THOMAS G., *idem*.

¹⁴⁸ Décret des 28 septembre et 6 octobre 1791 concernant les liens et usages ruraux et la police rurale.

¹⁴⁹ Il s'agissait précisément de la « *jouissance des bois du domaine tenus à titre d'engagement, concession, douaire, ou usufruit* », *in* GUYOT J. N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 26, Panckoucke, 1779, p. 367 et s.

¹⁵⁰ GUYOT J. N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 26, Panckoucke, 1779, p. 367 et s. : « *ces précautions ont été établies pour mieux assurer la conservation des bois engagés, parce qu'il peut arriver que les possesseurs naturellement portés à s'en regarder propriétaires incommutables, y commettent des dégradations qui pourraient échapper à la vigilance des officiers des maîtrises ou des gardes ; mais si elles restent impunies pendant quelques temps, pour n'avoir pas été reconnues lorsqu'on les a faites, les engagistes n'en sont pas déchargés pour cela, puisque le procès-verbal qu'on dresse à l'expiration de leur jouissance ne manque pas de les constater* ».

conséquences sur la responsabilité des parties : il faut comparer l'état des choses antérieurement à la formation du contrat et celui postérieur à son exécution.

Un dernier exemple de gestion du temps postcontractuel est celui du principe des *gages intermédiaires*.

20.- La gestion du temps entre les contrats successifs. Les *gages* désignaient les rétributions versées à un officier royal en l'échange de ses services. Ces *gages* ne couraient que du moment de l'entrée en exercice de l'officier jusqu'à celui de la cessation de l'office à l'instar d'un contrat de travail. Mais les *gages intermédiaires* sont apparus avec la vénalité des offices, posant ainsi la question, en cas de décès de l'officier royal, du destinataire des *gages* nés postérieurement au décès : l'office pouvait effectivement rester vacant un certain temps avant que le Roi ne nomme un nouveau titulaire. Il existait donc un temps intermédiaire entre la cessation d'un office et l'entrée en fonction de l'officier successeur. C'est pourquoi « *on appell[ait] Gages intermédiaires, ceux qui ont couru depuis le décès ou résignation du dernier titulaire, jusqu'au jour des provisions du nouvel office* »¹⁵¹. Or, bien que ces derniers étaient considérés davantage comme un fruit de l'office plutôt que comme la contrepartie du service de l'officier¹⁵², ces rétributions n'appartenaient, selon l'usage, ni aux héritiers du dernier titulaire, ni même à son successeur. En 1779, par lettres-patentes du 6 août, Louis XVI a donc choisi de nommer un régisseur chargé du recouvrement des *gages* dits intermédiaires. La Chambre des comptes de Paris a alors ordonné que les montants recouverts resteraient entre les mains du Trésor qui ne pourrait s'en dessaisir au profit de créanciers éventuels avant l'expiration d'un délai de deux ans. Cette durée intermédiaire devait permettre aux « *veuves, enfants, héritiers et successeurs des titulaires et propriétaires des offices* » de « *se retirer par-devers le roi, afin d'obtenir, de sa majesté, le don des Gages intermédiaires* »¹⁵³.

Ainsi, *locatio conductio*, *gages* intermédiaires, fin de la jouissance, montrent que la nécessité de gérer les conséquences de l'extinction du contrat est consubstantielle à l'existence même d'une relation contractuelle. Une transition doit se faire entre une situation juridique qui s'éteint et une autre qui prend sa suite. C'est pourquoi il est naturel de retrouver dans l'actualité juridique certaines de ces préoccupations.

¹⁵¹ GUYOT J. N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 26, Panckoucke, 1779, pp. 443-444.

¹⁵² « *Avant la vénalité des offices, on ne parlait point des Gages intermédiaires ; les Gages n'étant donnés que pour le service de l'officier, ne couraient jamais que du jour de sa réception, et même seulement du jour que l'officier avait commencé d'entrer en exercice* », in GUYOT J. N., préc.

¹⁵³ GUYOT J. N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 26, Panckoucke, 1779, pp. 443-444.

V. ACTUALITÉ DU SUJET

21.- **L'entrée dans le Code civil de la « durée du contrat ».** Le Code napoléonien ne connaissait pas expressément la notion de durée du contrat¹⁵⁴. Il n'y a pas non plus de réglementation d'ensemble envisageant le traitement de la temporalité du contrat¹⁵⁵, même si des études contribuent à la compréhension du temps juridique de façon plus ou moins générale¹⁵⁶. Mais l'ordonnance réformatrice du 10 février 2016¹⁵⁷ a doté le Code civil d'une nouvelle section relative à « la durée du contrat », avec l'insertion des nouveaux articles 1211 à 1216. L'innovation se concentre principalement sur la formalisation d'une division consacrée à la durée. En effet, le contenu de la codification s'inscrit globalement dans la continuité du droit positif¹⁵⁸, en consacrant des solutions « *que la Cour de cassation avait forgées depuis des décennies et dont on ne trouvait pas la moindre trace dans le Code civil* »¹⁵⁹. Elle clarifie néanmoins l'approche terminologique de la continuation du contrat après son terme¹⁶⁰, ainsi que la sanction applicable au contrat perpétuel¹⁶¹.

Il faut remarquer que la section est constituée de quatre dispositions qui concernent au premier chef l'après-contrat. L'article 1212 (nouveau) du Code civil s'applique aux contrats à durée déterminée et prévoit « *une limite indépassable* »¹⁶² incarnée par le terme. En ce sens, si les parties peuvent choisir ensemble de poursuivre leur relation au-delà du terme initialement prévu, soit par l'effet d'une clause de tacite reconduction, soit par une continuation de fait, l'article 1212 énonce

¹⁵⁴ CABANIS A., « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges Pierre Hébraud*, 1981, p. 171.

¹⁵⁵ MAZEAUD D., « La durée des promesses de contrat », *in Durées et contrats*, RDC 2004. 15 ; ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, Thémis Droit, PUF, 1^{ère} éd., Paris, 2011, p. 437.

¹⁵⁶ Cf. pour un aperçu non exhaustif : ROLAND H., « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », *Mélanges P. Voirin*, 1966, p. 738 ; HEBRAUD P., « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 11 ; HAUSER J., « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Mélanges Ellul*, 1983, p. 507 ; LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, (GHESTIN J. (Préf.), Bibl. de dr. privé, t. 322, LGDJ, Paris, 1999, n° 6. DEPREZ J., *La rétroactivité des actes juridiques*, th. Rennes, 1953, n° 40 fait remarquer que « *le temps n'est pas un élément juridique, mais un facteur chronologique* » ; rappr. CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. préc., n° 209, relevant ég. que le temps, s'il n'est pas un élément juridique en soi, joue néanmoins un rôle prépondérant en droit. La doctrine a néanmoins proposé des études sur la durée du contrat : BUJOLI F., *La durée du contrat*, th. préc. ; ETIENNEY A., *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 475, LGDJ ; MAZEAUD D., « Durée et ruptures », RDC, 2004, 1, p. 129. Elle a également proposé des essais de théorie générale ou de compréhension du temps juridique en tant que tel : OST F., *Le temps du droit, op. cit.* ; *ibid* « Les multiples temps du droit », *in Le droit et le futur*, Troisième colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, Paris, 1985, p. 115, concédant néanmoins qu'une théorisation de la relation entre le temps et le droit reste à mener ; COLONNA D'ISTRIA F., *Temps et concepts en droit des obligations, Essai d'analyse méthodologique*, th. Aix-Marseille III, 2009 ; CRESPI M., *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, HAUSER J. (Préf.), th. Bordeaux IV, 2010 ; AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002.

¹⁵⁷ Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats.

¹⁵⁸ Cf. toutefois *infra* n° 255 et s.

¹⁵⁹ MAZEAUD D., « Observations conclusives », *in RDC*, Hors-série (relatif à la réforme du droit des contrats), 2016, p. 53.

¹⁶⁰ Cf. *infra* n° 237 et s.

¹⁶¹ Cf. *infra* n° 57 et s.

¹⁶² CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 506, n° 588.

qu'il n'existe pas en principe de droit acquis au renouvellement¹⁶³. Cette disposition qui peut sembler d'évidence, du fait que la relation contractuelle repose sur le consensualisme, révèle néanmoins implicitement une règle essentielle selon laquelle la durée du contrat est fermement circonscrite dans le temps qui lui est imparti. Le contrat à durée déterminée est une séquence temporelle choisie et organisée par les parties. Il doit nécessairement expirer lorsqu'intervient le terme extinctif. Après la survenance du terme, le temps n'est plus contractuel et aucune des parties ne peut contraindre l'autre à maintenir la relation¹⁶⁴.

Pour leur part, les articles 1213 et 1214 (nouveaux) du Code civil énoncent plus précisément les modes de continuation¹⁶⁵ du contrat au-delà du terme. Ces modes de poursuite de la relation peuvent aussi bien consister en un allongement dans le temps de la convention en cours (prorogation prévue à l'article 1213) qu'à la formation, après extinction du contrat initial, d'un nouvel acte supportant la nouvelle relation (renouvellement et tacite reconduction aux articles 1214 et 1215)¹⁶⁶. À l'exception de l'article 1211, force est donc de constater que toutes les dispositions nourrissant la nouvelle section relative à « la durée du contrat » sont directement liées à l'après-contrat¹⁶⁷. Assurément, ce qui intéresse l'après-contrat s'attache incontestablement à la prise en compte de la durée du contrat, et réciproquement, avec pour barycentre le moment de la fin de l'acte. Il s'agit d'un indice fort sur la notion d'après-contrat dont l'étude ne peut faire l'économie d'allers-retours entre le temps contractuel et celui qui lui succède ; confirmant ainsi, sur le plan épistémologique, l'apparente indivisibilité entre les deux, et l'ensemble systémique que forment le contrat et les temps qui l'entourent.

22.- La responsabilité « délictuelle » rebaptisée « extracontractuelle ». D'ailleurs, ce rapport d'extranéité et d'interdépendance entre le temps contractuel et le temps extracontractuel existe au travers d'un autre point de la réforme opérée en 2016. La responsabilité « délictuelle » est effectivement devenue formellement la responsabilité « extracontractuelle »¹⁶⁸. Ce changement

¹⁶³ V. cep. Les dispositions protectrices du preneur à bail commercial (cf. *infra* n° 86, 89, 250 et s., 272, 275, 500) et du salarié dont la relation de travail repose sur une succession de contrats ou sur une prorogation tacite (cf. *infra* n° 623 et s.).

¹⁶⁴ Cf. *infra* n° 267 et s.

¹⁶⁵ Sur la notion de continuation, v. not. REZGUI M., *La continuation du contrat*, ROCHFELD J. (dir.), th. Paris XI, 2010.

¹⁶⁶ Cf. *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 2 (n° 234 et s.).

¹⁶⁷ L'Encyclopédie Dalloz est d'ailleurs constituée d'un chapitre expressément consacré à « l'après-contrat », dans un titre traitant de « la cessation du contrat », in BOYER L., *Rép. Dr. Civ.*, « Contrats et conventions », août 1993 (actu. avril 2015), n° 449 et s., estimant (n° 454) que « la tacite reconduction apparaît ainsi comme une constitution générale de la théorie de l'après-contrat ». L'ensemble du chapitre est ainsi exclusivement consacré à la stabilisation des rapports *inter partes* postérieurement à l'extinction, faisant ainsi du régime de la continuation du contrat après son terme un archétype de l'après-contrat.

¹⁶⁸ Le deuxième sous-titre du Titre III, intitulé « La responsabilité extracontractuelle », contient un premier chapitre consacré à « la responsabilité extracontractuelle en général » (art. 1240 à 1244 C. civ.). Les deux chapitres suivants concernent la responsabilité du fait des produits défectueux et la réparation du préjudice écologique. V. (sur le rapprochement des deux régimes de responsabilité) : FABRE-MAGNAN M., « Un projet à refaire », in « Pour une

terminologique dans la loi est particulièrement intéressant dans la mesure où il propose un vocable qui permet de définir les deux branches de la responsabilité civile exclusivement autour du contrat, prenant ce dernier comme « *paradigme* »¹⁶⁹. En effet, le vocabulaire emprunté donne à croire qu'il existe par principe une responsabilité primordiale, la responsabilité contractuelle, et que l'« autre » responsabilité civile se définit au travers de son extranéité par rapport au contrat.

Autres illustrations des préoccupations contemporaines au sujet de l'après-contrat, certaines clauses à effet postcontractuel. C'est le cas des clauses processuelles, qui ont vocation à résister à l'extinction rétroactive du contrat et de la clause de non-concurrence postcontractuelle.

23.- Les clauses processuelles. La clause processuelle est la vedette d'un nouvel article 1230 du Code civil, inséré par l'ordonnance du 10 février 2016, posant le principe d'autonomie des clauses relatives au règlement des différends en cas de résolution du contrat. Mais elle n'est que la représentante d'un genre à part entière visé par le texte : « *la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* »¹⁷⁰. Il existe donc des stipulations ayant « vocation » à survivre à la résolution, ce qui pose le problème de leur identification et de la compréhension de cette propriété spéciale¹⁷¹. Depuis la réforme de 2016, le tracé de la ligne temporelle contractuelle est effectivement plus subtil, et encore plus complexe, qu'on ne pourrait *a fortiori* le concevoir. Échappant à une lecture du contrat proche du « tout ou rien », l'ordonnance a permis à la doctrine de reconnaître qu'« *entre le contrat parfaitement valable et parfaitement exécuté et à défaut sinon entièrement anéanti, se sont multipliées les figures de l'entre deux* »¹⁷², observant ainsi « *le recul de l'anéantissement de l'acte entier et la promotion des sanctions partielles* »¹⁷³. Affirmant ainsi le « *triomphe des sanctions partielles* »¹⁷⁴, la doctrine a vu dans l'article 1230 une nuance apportée au mécanisme de la résolution, faisant reculer la notion nébuleuse de rétroactivité, en faveur d'une disparition du contrat davantage tournée vers l'avenir. L'article 1230

réforme ambitieuse de la responsabilité contractuelle », RDC 2016, 4, p. 782. V. déjà, sur l'usage et le sens de l'adjectif qualificatif « *extracontractuelle* » pour désigner la responsabilité délictuelle : LARROUMET Ch., *Droit civil*, t. 3, *Les obligations*, 1^{ère} partie, Economica, 4^e éd. 1998, n° 599.

¹⁶⁹ FABRE-MAGNAN M., « Un projet à refaire », *in* « Pour une réforme ambitieuse de la responsabilité contractuelle », RDC 2016, 4, p. 782, qui relève néanmoins que cette approche est très réductrice : « *s'il y a un type de responsabilité qui a servi de modèle à l'autre, c'est celui de la responsabilité délictuelle et non pas celui de la responsabilité contractuelle* ».

¹⁷⁰ Rappr. Avant-projet Terré, art. 115 et Art. 9 : 305 (2) des PDEC.

¹⁷¹ Cf. *infra* n° 376 et s.

¹⁷² BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016. 247.

¹⁷³ BARBIER H., *ibidem*.

¹⁷⁴ BARBIER H., *ibidem* ; SIMLER Ph., *La Nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969.

peut être à ce titre rapproché de l'article 1447 du Code de procédure civile qui prévoit, en cas d' « inefficacité » de l'acte, que la clause compromissoire a vocation à la « survie »¹⁷⁵.

Ce repli de la notion de rétroactivité se retrouve par ailleurs dans la nouvelle rédaction de l'article 1304-6 du Code civil, prévoyant que l'obligation conditionnelle est réputée pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition. Les parties peuvent néanmoins déroger à cette disposition de manière à faire rétroagir l'obligation à compter du jour de formation du contrat¹⁷⁶ et, pour sa part, la condition résolutoire anéantit rétroactivement l'obligation tel que le prévoit l'article 1304-7. Les effets de l'extinction de la convention sont donc régulés tant dans leur temporalité que dans leur impact sur le contenu du contrat concerné¹⁷⁷.

24.- La clause de non-concurrence postcontractuelle. Le nouvel article L. 341-2 du Code de commerce, introduit par la *loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, prévoit notamment que « toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite ». Cette disposition de principe connaît cependant des exceptions, prévues au même article, qui sont l'expression du droit constant¹⁷⁸. Dans un objectif de renforcement de la concurrence, cette loi dite *Macron* est donc venue affirmer un principe d'illicéité des clauses postcontractuelles restrictives de la concurrence, tout en offrant aux parties la possibilité d'anticiper contractuellement, à certaines conditions légalement prévues, les suites de l'extinction. Il ne pouvait en être autrement compte tenu de l'enjeu que représente, par exemple, la protection du savoir-faire dans certaines relations commerciales telles que le franchisage. C'est donc un certain équilibre qui est recherché pour la période postcontractuelle soumise à une convention de non-concurrence¹⁷⁹.

25.- L'aspect kaléidoscopique de l'après-contrat. Ainsi, l'après-contrat recouvre une réalité juridique aux multiples visages. Il est à la fois révélateur de l'empreinte sociologique du contrat, des

¹⁷⁵ CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle », - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », in JCP G 2016, doctr. 1295, observant que le terme « inefficacité » est « volontairement large pour englober toutes les affections possibles ». Cf. *infra* 135 et 376 et s.

¹⁷⁶ *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.*

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé.

¹⁷⁷ V. LATINA M., « Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », RDC, 2015, 3, p. 796, n° 5 et s. *Adde ibid*, « Délai d'accomplissement de la condition et perpétuité : nouveau temps de la valse », RDC 2015, 4, p. 867. CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 662 et s.

¹⁷⁸ Cf. *infra* n° 401 et s.

¹⁷⁹ Cf. GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Préf. SERRA Y., PUP, 2014. Cf. ég. *infra* n° 401 et s.

enjeux du marché, mais il exprime aussi certains aspects de notre conception de la Justice. Il catalyse dès lors l'art de la pesée des intérêts scientifiques et des intérêts inhérents à la science juridique : protection du consommateur, et de la partie faible plus généralement, portée des clauses processuelles, interprétation du comportement des parties à l'occasion de, et après l'extinction du contrat, compréhension des régimes de responsabilité, etc. Or, si les préoccupations liées à la période postcontractuelle sont aussi sérieuses que nombreuses, l'après-contrat n'est pas pour autant construit en tant que concept. Pour envisager une telle construction, au vu de l'ensemble des réflexions précédentes, il convient toutefois désormais de mettre en évidence la problématisation de l'objet d'étude.

VI. PROBLÉMATISATION ET CONSTRUCTION DE L'APRÈS-CONTRAT

26.- Émergence d'une notion tangible. En définitive, l'après-contrat se révèle peut-être plus tangible qu'il n'y paraît, apparaissant de manière impressionniste dans l'œuvre doctrinale, à partir de laquelle une fresque est susceptible de voir utilement le jour. C'est l'idée d'extranéité¹⁸⁰ qui permet de comprendre la place de l'*après* dans le temps juridique : extranéité logique (l'après-contrat est en dehors du contrat) et chronologique (l'après est un temps extérieur à celui qui précède). S'impose alors le fait que, dans toutes les hypothèses, l'après-contrat est matérialisé par des suites au contrat.

En effet, la croyance répandue selon laquelle « *deux parties négocient, contractent et exécutent ou non le contrat, et poursuivent leur route séparément* »¹⁸¹, semble pour le moins simpliste, et éloignée de la pratique¹⁸². À l'instar du droit matrimonial qui permet « *la réouverture des ententes entre les ex-époux* »¹⁸³ en cas de survenance de nouvelles circonstances, ou de poursuite de la collaboration après la séparation¹⁸⁴, la réouverture de l'affaire passée pour les parties reste

¹⁸⁰ Cf. *supra* et *infra* n° n° 10, 28 et s., 63, 74, 322, 455 et s., 664 et s.

¹⁸¹ Au sujet de la réalité commerciale, par opposition aux suites du divorce, *in* LANGEVIN L., « *Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues* », Les Cahiers de droit, vol. 49, n° 4, 2008, p. 521.

¹⁸² Cf. not. sur la poursuite de la relation après l'extinction, Première partie, Titre II, Chapitre 2 (n° 235 et s.). *Adde* REZGUI M., *La continuation du contrat*, th. préc. ; DIBAS-FRANCK E., *Le renouvellement du contrat*, Th. Sceaux, 1998 ; DURANTE D., *Le renouvellement des contrats de durée, Solutions légales et contractuelles*, Coll. Genevoise, Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, 2016.

¹⁸³ LANGEVIN L., « *Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues* », Les Cahiers de droit, vol. 49, n° 4, 2008, p. 522. Cf. é.g. LARRIBAU-TERNEYRE V., « Demande en partage complémentaire de biens omis après homologation de la convention définitive et responsabilité du notaire », *Droit de la famille*, n° 2, févr. 2013, comm. 27, sous Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2012, pourvoi n° 11-19.098 : « *Si la convention définitive homologuée ne peut être remise en cause, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs ou de dettes communes omis dans l'état liquidatif homologué, et le notaire, auquel il incombait de s'enquérir auprès des parties et quelles que soient leurs compétences personnelles, du point de savoir si les biens leur revenant en propre avaient été financés, en tout ou partie, par la communauté, engage sa responsabilité* ».

¹⁸⁴ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Éléments caractérisant la poursuite de la collaboration entre époux », *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2013, comm. 4, sous Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-30.522 : « *Acheter plusieurs biens immobiliers et contracter des emprunts au-delà de la période de séparation permet de déduire la poursuite de la collaboration après la cessation de la cohabitation* ».

possible. Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater une prise de conscience des partenaires économiques : un regain de prudence a commandé le développement des clauses postcontractuelles¹⁸⁵. Le contrat, considéré comme éphémère, lègue ainsi des directives à la postérité.

27.- Gérer l'après. Toutefois, si les parties sont animées aujourd'hui de l'ambition légitime à l'anticipation, il faut étudier la manière dont elle est rendue possible et les limites jusqu'auxquelles les obligations qui en découlent sont susceptibles de conduire¹⁸⁶. Le désir avoué du marché d'un rendement maximal des opérations juridiques pousse dans ses retranchements la ressource contractuelle comme instrument de prévision. Chaque partie s'emploiera pour elle-même à garantir d'une main le maximum de sécurité pour ses intérêts, tout en se ménageant de l'autre main le maximum de souplesse pour aménager ses propres obligations. Dans une perspective totalisante¹⁸⁷, la durée du contrat et de ses effets crée ainsi une véritable valeur économique de la relation postcontractuelle, tenante d'un défi déterminant : « *juger les événements présents avec exactitude et prévoir avec sagacité les événements futurs qui doivent en résulter* »¹⁸⁸. Ainsi, les parties devront faire face à l'indétermination de l'avenir, en préparant la protection prospective de leurs intérêts et, pour ce faire, anticiper la rupture de la relation.

28.- L'après, entre résonance et disparition du contrat. Cependant, l'après-contrat n'a pas de régime général propre. Cela se justifie par le fait qu'il se présente comme une marge temporelle sujette à l'hybridation juridique, aux confins du rapport obligatoire et à la croisée des responsabilités¹⁸⁹. Il peut être une période de temps dont le contenu n'est pas formalisé, assujéti au régime extracontractuel, ou supporter des obligations contractuelles. Cette observation justifie l'utilisation d'une grille de lecture du phénomène postcontractuel au travers d'un double critère, axé sur un indice temporel et sur un indice matériel, sans que cela exclut pour autant l'existence d'un dénominateur commun. Pour cela, il faut ancrer la situation postcontractuelle dans les réalités juridiques et matérielles qui ont nourri son développement. Un changement de perspective est nécessaire, afin d'observer, depuis la phase postcontractuelle, les événements ayant conduit les parties à leur point d'arrivée. Dans cette optique, l'étude de l'après-contrat permet de compléter la

¹⁸⁵ V. MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase postcontractuelle », art. préc. ; BOYER L., Rép. Civ., « *Contrats et conventions* », août 1993, n° 454 ; MESTRE J., *Avant-propos, in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, Colloque 30 et 31 mai 1996, PUAM 1997, p. 1 ; CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. préc. ; GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. Clermont-Ferrand I, 2014, n° 1, p. 1.

¹⁸⁶ Cf. *infra* not. Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2, §2 (n° 104 et suivant - La portée des effets extinctifs) ; Seconde partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2 (n° 386 - L'atténuation contrôlée de l'effet extinctif), et Titre II (Le déploiement de l'après-contrat contenu par des limites).

¹⁸⁷ Cf. *supra* n° 16, et *infra* n° 98 et 663.

¹⁸⁸ PORTALIS J.-E.-M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1844, p. LXVI.

¹⁸⁹ Cf. par ex. *infra* n° 455 et s.

généalogie des obligations nées de la convention¹⁹⁰. En effet, si le contrat constitue certainement l'ombilic du régime général des obligations, il n'en demeure pas moins rayonnant, tant sur le critère temporel et causal que sur celui du contenu, pouvant générer des effets et provoquer des faits juridiques s'exprimant après l'extinction. Objet d'incertitudes, temps des dénouements et des nouveautés, il faut donc tenter de s'approprier l'*après* au travers d'une approche d'ensemble de la relation *inter partes*, c'est-à-dire rechercher l'unité structurante d'une multiplicité de situations susceptibles de rapprocher les parties. Une telle démarche permet de rendre au concept contractuel tout son dynamisme, et de lutter contre l'apparence trompeuse selon laquelle l'extinction cristallise une situation intangible, figée, suspendue au bord d'une limite indépassable. L'*après-contrat* est au contraire une notion-reflet¹⁹¹, permettant de voir le contrat depuis ses conséquences. Il s'accommode inéluctablement d'une double temporalité en ce qu'il est, à la fois, un temps hors du contrat et une émanation du contrat hors de sa durée. Cette double temporalité permettra de surpasser l'aporie formée par la définition et la nature paradoxale de l'*après-contrat* : l'*après-contrat* est-il encore du contrat ?

29. - D'une notion aporétique à une dialectique entre contrat et après-contrat. L'énoncé de la question posée conduit à des incertitudes.

Celui qui s'aventurera à y répondre par la négative, « *non, l'après-contrat n'est plus du contrat* », sera bien en peine d'expliquer pourquoi des contentieux surgissent après extinction de la convention, mettant en jeu le rapport obligatoire, notamment par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle¹⁹². Le critère de **rattachement** de l'*après(-)* consiste nécessairement en l'objet de préoccupation qu'est le *(-)contrat*.

Celui qui s'engouffrera sans hésitation dans une réponse affirmative, « *oui, l'après-contrat est du contrat* », aura à expliquer comment la responsabilité postcontractuelle repose en outre sur le régime de responsabilité extracontractuelle¹⁹³. Si c'est précédemment un critère de rattachement qui devait être souligné, c'est maintenant celui du **détachement** qu'il convient de rappeler, décrivant ainsi un mouvement de rupture et de continuité.

C'est pourquoi, tantôt libérateur, tantôt contraignant, l'*après-contrat* dévoile nécessairement des fonctions pouvant se présenter comme ambivalentes. Le défi principal du sujet réside dans la recherche d'une approche cohérente d'une notion polymorphe. Or, les paradoxes s'effacent lorsque son essence en est extraite par un travail de définition.

¹⁹⁰ V. not. SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif*, th. préc., n° 22 (sur l'approche généalogique des institutions en tant que phénomène défini par un cadre spatio-temporel).

¹⁹¹ Cf. *infra* n° 168.

¹⁹² Cf. par ex. *infra* n° 196, 201 et s., 218, 231, 429 et s.

¹⁹³ Cf. not. n° 218, 323, 330, 456 et s., 658.

30.- Les tentatives de définition. « *L'après-contrat naît de la cessation du lien contractuel qui unissait les parties* »¹⁹⁴, c'est ce qu'induit son caractère « postérieur ». Mais, il apparaît unanimement comme une émanation du contrat : il « *est tout ce qui procède du contrat tout en étant postérieur au contrat* »¹⁹⁵. Ainsi, il « *désigne la période qui suit l'extinction de la convention et subit encore l'influence de la convention éteinte* »¹⁹⁶, ce qui montre la caractéristique hybride de la notion. Aussi, a-t-il été considéré comme « *un mini-contrat d'extinction* »¹⁹⁷. Il serait une reproduction du modèle conventionnel à petite échelle. Cependant, l'expression semble davantage en obscurcir les contours que les éclairer. En effet, l'objet d'étude est présenté comme un « mini-contrat », ce qui semble faire le choix d'un contenu contractuel, tout en le minimisant. L'après-contrat recouvrirait la définition du contrat ; les deux mots seraient ainsi des synonymes. Or toute extinction n'est pas nécessairement de nature contractuelle : l'extinction peut être provoquée par un acte juridique ou par un fait juridique, elle peut être judiciaire ou privée, de même que les obligations qui s'en suivent peuvent avoir un fondement contractuel comme extracontractuel¹⁹⁸. Ce raccourci ne permet pas de distinguer entre régime du contrat et régime extracontractuel, tous deux appelés à régir les comportements postcontractuels, autant qu'il réduit les suites de l'extinction à ce qui s'apparente à un acte extinctif¹⁹⁹. Les parties n'auront pourtant pas toujours prévu ni formalisé les suites qu'elles souhaitent offrir à leur séparation, de même que les conséquences postérieures du contrat, en tant que fait juridique, ne relèvent pas toujours de l'acte extinctif, bien que ce dernier soit pris en considération dans le traitement juridique qu'il convient d'apporter²⁰⁰. Si cette définition mérite d'être clarifiée, elle reste néanmoins porteuse de pistes cruciales. La projection d'obligations après l'extinction indique effectivement que **le spectre contractuel est capable de s'étendre hors de son temps, soit en orientant le contenu des obligations extracontractuelles, soit en créant des obligations contractuelles.**

C'est pourquoi, dans une configuration où il est impossible d'évincer l'une ou l'autre hypothèse, la seule voie de progression est de trouver comment les concilier. L'après-contrat s'offre comme un temps qui donne à penser et réguler **les relations de droit ou de fait que les parties entretiendraient à la suite de l'extinction du contrat. Celles-ci peuvent être formalisées ou résulter de faits juridiques.** Pour clarifier la compréhension de ses manifestations, et appliquer le régime

¹⁹⁴ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, Etude à partir du droit de propriété littéraire et artistique*, th. préc., Résumé.

¹⁹⁵ CASEAU-ROCHE C., *Les obligations postcontractuelles*, Résumé, préc., 2001.

¹⁹⁶ PETIT F., *L'après-contrat de travail*, Th. Bordeaux, 1994, p. 589.

¹⁹⁷ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, Etude à partir du droit de propriété littéraire et artistique*, th. préc., n° 3.

¹⁹⁸ Cf. les obligations de restitutions *infra* n° 148 et s., 155 et s., 434, 460, 615, mais également celles prévues par la loi (cf. sur les obligations de garantie *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, ou l'obligation de dépollution imposée au dernier exploitant d'un site *infra* n° 308 et 470), ou par le juge (cf. sur la stabilisation des suites de l'extinction *infra* n° 309 et s., et sur la bonne foi postcontractuelle n° 318 et s.) *Adde* (sur la mixité du régime de responsabilité postcontractuel) n° 455 et s.

¹⁹⁹ (sur la notion d'acte extinctif) SEVELY-FOURNIE C., th. préc.

²⁰⁰ Cf. la prise en compte de l'extinction dans le changement de régime de responsabilité : n° 455 et s.

juridique adéquat selon les circonstances, l'objectif est donc de discerner ce qui est de source contractuelle et droit obéir à la responsabilité contractuelle, et ce qui est en rapport avec le contrat mais qui relève du régime extracontractuel.

31.- Sphères contractuelle et postcontractuelle. Le sujet pose en définitive le problème d'identification de la sphère contractuelle. Toutefois, plusieurs contours existent, servant à décrire différents aspects du domaine contractuel. En effets, se côtoient les contours temporels, qui contiennent la durée du contrat, et les contours de la matière contractuelle, faite des obligations de même nature. La problématique tient au fait que ces deux tracés des limites de la sphère contractuelle ne sont pas toujours superposables.

32.- La sphère temporelle. La sphère temporelle ne correspond pas nécessairement au rayonnement des obligations. Elle est celle qui délimite les extrémités de la durée de l'acte juridique. Cette dernière forme une séquence comprise entre les moments de formation et d'extinction. Se posera néanmoins la question de l'identification de l'instant extinctif²⁰¹. La sphère temporelle du contrat permettra alors, concomitamment, de distinguer le temps, nécessairement extérieur, occupé par l'après-contrat. Identifier les frontières de la première met en valeur le point de départ du second.

33.- La sphère substantielle. Sur ce point, la difficulté naît du fait que la matière obligationnelle est susceptible d'occuper un espace qui n'est pas celui délimité par la durée de l'acte. De ce fait, la sphère contractuelle et l'espace postcontractuel peuvent s'interpénétrer, c'est-à-dire former un entremêlement qui tend à les faire se confondre partiellement. Cette zone d'interpénétration crée une union entre le contrat et l'après-contrat : la délimitation temporelle est extracontractuelle alors que le contenu est contractuel. Le meilleur exemple reste les obligations portées par les clauses aménageant la phase postcontractuelle, telles que les clauses de confidentialité ou de non-concurrence²⁰². Contrat et après-contrat se superposent alors dans une union par interpénétration partielle.

De plus, qu'il s'agisse de la sphère temporelle ou substantielle, il existe entre le contrat et l'après-contrat des échanges d'effets.

34.- Les liaisons. Les obligations décrivent effectivement des mouvements d'un espace à l'autre au travers d'un phénomène de migration. Certaines obligations nées du contrat vont parfois migrer dans l'après-contrat, mais perdre en chemin leur nature contractuelle. Tel est le cas de

²⁰¹ Cf. *infra* Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 1.

²⁰² Cf. *infra* Seconde partie.

l'obligation de loyauté du salarié²⁰³, ou de certaines obligations de garantie²⁰⁴. Réciproquement, des obligations extracontractuelles vont devenir contractuelles. Tel est le cas lorsqu'une clause de non-concurrence n'est prévue que pour la phase postcontractuelle : seuls les actes de concurrence commis postérieurement à la rupture seront sanctionnés sur le fondement contractuel²⁰⁵.

Dans cette géométrie mouvante, apparaît une extranéité constante, soutenant la délimitation temporelle des sphères contractuelle et postcontractuelle ; tandis qu'une juxtaposition partielle reste possible quant à la délimitation des contenus. **L'après-contrat est donc nécessairement extérieur au champ temporel du contrat, mais il peut appartenir au champ contractuel substantiel.**

Une dialectique existe ainsi : l'extranéité temporelle de la période postérieure n'empêche pas les liaisons substantielles avec la période antérieure. Ces liaisons sont même une condition de définition de l'après-contrat. En effet, ce dernier s'intéresse aux suites de l'extinction. Mais tout ce qui succède à l'extinction s'inscrit-il forcément dans le sillage de la convention ? Pour que l'*après* soit rattachable au *contrat*, il faut que les suites soient un effet de l'acte juridique ou de son extinction, ou bien, que le contenu postcontractuel soit une conséquence du contrat vu comme un fait juridique²⁰⁶. Il existe donc une dimension causale intrinsèque au concept d'après-contrat, lequel ne peut être envisagé que par rapport au contrat qui le précède.

En définitive, il est possible d'observer que l'après-contrat est d'abord, littéralement, **un temps qui succède à l'extinction**, ce qui permet de délimiter sa place dans l'histoire de la relation *inter partes*. Mais, entretenant un lien nécessaire avec l'antécédant contractuel, il est aussi **un temps qui suit le contrat**, c'est-à-dire qu'il s'inscrit dans un certain suivi de l'exécution et l'extinction ; montrant le lien de causalité entre l'*avant* et l'*après*. Quand une interpénétration de contenu est présente, par l'effet d'une formalisation contractuelle, l'après-contrat devient alors **un contenu anticipé par le contrat**. Toutefois, **son déploiement ne peut être sans limites**. Le droit de l'extinction et de ses suites ne peut en effet échapper à une régulation, observable dans chaque configuration par l'intervention de la loi ou du juge.

²⁰³ Cf. *infra* n° 319, 370, 385, 409.

²⁰⁴ Cf. *infra* n° 193, **218**, 230, 525.

²⁰⁵ Soc. 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 484, p. 361, pourvoi n° 96-41.308 : les manquements du salarié à la clause de non-concurrence ne peuvent être que postérieurs à la rupture du contrat de travail. La clause de non-concurrence est distincte de l'obligation de loyauté à laquelle le salarié se trouve soumis pendant la durée d'exécution du contrat et ne peut, en l'espèce, entrer en application qu'à compter de la rupture du contrat de travail. Une cour d'appel énonce exactement que les seuls manquements du salarié pouvant, dans le cadre de cette clause, permettre à l'employeur de s'exonérer de son obligation financière sont ceux fondés sur des faits postérieurs à la rupture. Elle peut décider que, si les dépôts de brevets effectués avant le licenciement, à les supposer imputables au salarié, peuvent constituer un acte de déloyauté, que l'employeur a sanctionné en le qualifiant de faute lourde, ils ne constituent pas par eux-mêmes des infractions à la clause de non-concurrence postcontractuelle, susceptibles de priver l'intéressé du bénéfice de l'indemnité compensatrice.

²⁰⁶ V. en droit social : PETIT F., th. préc., p. 29 : « le contrat joue en effet un rôle capital au cours de la période postcontractuelle. Il est intéressant de voir que ce rôle est joué par le contrat en tant qu'acte juridique, mais aussi en tant que fait juridique ».

35.- Un temps qui succède à l'extinction. Tant que l'acte juridique est en cours de durée, l'après-contrat est suspendu. C'est l'extinction qui marquera la clôture de la durée du contrat et l'ouverture du temps postcontractuel. Mais cette ouverture ne peut se faire sans le respect d'une certaine continuité. Il en ressort que, si sur la ligne du temps la durée du contrat peut être représentée par un segment, clôt par des limites, celui-ci est aussi un vecteur. En effet, il oriente le temps contractuel en offrant une direction à la situation *inter partes*. C'est l'aspect dynamique de la durée du contrat qui apparaît, montrant que la relation entre les parties n'est pas figée mais en tension vers des objectifs. Un aspect évolutif est au cœur du déploiement dans le temps des effets du contrat et de son extinction, de sorte que l'après-contrat est en ligne de mire dans la perspective de cette évolution. Il incarne à ce titre un repère d'orientation de la relation. Au même titre qu'il existe un *statu quo ante* formant un point de départ du rapport contractuel, existe également un point d'arrivée : le *statu postquam*, c'est-à-dire l'état postcontractuel. Il est le résultat de l'opération menée par les contractants, installant une situation succédant à l'extinction et subissant les effets de l'expérience contractuelle. C'est ainsi que l'après-contrat est aussi un temps qui suit le contrat.

36.- Un temps qui suit le contrat. En effet, même si les parties n'ont pas prévu de clauses postcontractuelles, le contrat laisse une empreinte visible. Les effets de l'engagement auront suffisamment de force pour influencer la sphère postcontractuelle. L'absence de lien contractuel en cours n'empêchera pas la survivance d'une relation entre les parties. Alors que l'extinction signe l'avènement d'un temps de libération, il existe également des mécanismes de régulation et de stabilisation servant à accompagner cette transition. Le passage temporel de la période d'engagement à celle de désengagement ne saurait être trop brutal ou porter préjudice à l'efficacité de l'opération. C'est pourquoi le droit recherche une certaine continuité malgré la rupture. L'après-contrat peut alors être standardisé par le législateur : obsolescence programmée²⁰⁷, garantie des vices cachés²⁰⁸, tacite reconduction²⁰⁹, en sont autant de manifestations. Toutefois, les parties peuvent choisir elles-mêmes la voie de l'autorégulation.

37.- Un contenu anticipé par le contrat. Afin d'adapter un après-contrat « sur mesure » aux besoins de leur relation, le contenu du temps postcontractuel sera anticipé par des stipulations spécifiques, dans un but de pérenniser, de sécuriser ou de moraliser leur relation. La protection d'intérêts persistants est alors assurée par des clauses générant des obligations variées, le plus souvent restreignant la liberté postcontractuelle. Mais, bien que le développement de la technique

²⁰⁷ Cf. *supra* et *infra* n° 15, 228.

²⁰⁸ Cf. *infra* n° 192, 196 et s., 205 et 207, 210, 227, 232.

²⁰⁹ Cf. *infra* n° 240 et s.

contractuelle ait démocratisé le recours aux clauses postcontractuelles, le déploiement de l'après-contrat ne saurait être sans limite.

38.- Un déploiement contenu par des limites. Qu'il s'agisse de la fin du contrat ou des droits nés du contrat, l'après-contrat sera exposé, sur la scène judiciaire, au contrôle du juge. L'enjeu de la survie du contrat sera au cœur du contentieux de l'extinction, partagé entre quête de pérennité et droit à la libération des parties. L'office du juge vient délimiter les droits ouverts aux parties souhaitant agir sur le sort de leur engagement. C'est pourquoi l'étude de l'après-contrat ne peut faire l'économie des enjeux du différend postcontractuel au sein du procès. Le contentieux de l'extinction nourrit les pouvoirs du juge, autant que ceux-ci sont déterminants dans la mise en œuvre d'une extinction litigieuse. Au même titre que le rôle du juge peut s'avérer essentiel dans l'exécution du contrat, il l'est aussi dans la prise d'effet de l'extinction et la compréhension de la situation postcontractuelle.

39.- Annonce du plan. Ce qui traverse finalement l'ensemble de ces situations, c'est le besoin récurrent d'accompagner le retour des parties vers la liberté postcontractuelle. Quand l'après-contrat n'est pas prévu par les contractants, le législateur et la jurisprudence ont mis en place des moyens d'optimiser le droit de l'extinction en instaurant des instruments de sécurisation. Mais le contrat étant œuvre de prévision, les parties imagineront également, afin de mieux adapter les outils juridiques à l'évolution de leur relation, un cadre d'autorégulation optimisant la protection de leurs intérêts économiques. L'idée transversale reste que le point final de l'histoire contractuelle marque un repère qui tire son utilité d'une double nature : il clôt une durée (critère temporel) et signe un ordre de bouleversement dans le sort des obligations (critère substantiel) et ce, quel qu'en soit le sens. C'est pourquoi le sujet se doit d'être traité à partir de l'ensemble de ces critères. Toutefois, il ne s'agit pas, ce faisant, d'une dichotomie cloisonnée. Les deux critères énoncés forment la nature de l'après-contrat, fondamentalement composite. Sphères contractuelle et postcontractuelle décrivent la dialectique suivante : l'après-contrat est *un temps hors du contrat (Première partie)*, autant qu'il met en scène *le contrat hors de sa durée (Seconde partie)*.

Première partie. L'après-contrat, un temps hors du contrat.

Seconde partie. L'après-contrat, le contrat hors de sa durée.

PREMIÈRE PARTIE

L'APRÈS-CONTRAT, UN TEMPS HORS DU CONTRAT

« *L'adieu diffus et presque silencieux qui chuchote en nous à voix basse
après chaque minute heureuse et après chaque rencontre
se concentre dans la ferveur du dernier soir, de la dernière entrevue,
du dernier serrement de main et du dernier baiser.
Adieu pour toujours, ou à jamais !*

Comment l'écho poignant de ces paroles remplira-t-il le désert infini du temps ultérieur qui commence ce soir ? »²¹⁰.

40.- Un temps exclu de la durée du contrat. Pétri d'une routine intrinsèque instituée par le droit civil, le contrat n'est pas pour autant digne d'absolu ou d'éternité. Il connaît un *avant* et un *après*. Ne pouvant demeurer que dans la finitude, il est enfermé dans une durée. En effet, le droit lui veut pour plafond l'inaltérable liberté, celle-là même qui pointe la destination finale de l'œuvre des parties : le retour à la vie extracontractuelle. Cet ordonnancement naturel de la vie du contrat procède d'une subversion de la réalité juridique, sur la toile permanente du temps irréversible. Assurément, les changements se succèdent sans faire table rase du passé, parce que l'avenir se préforme dans ce qui a été. Le *devenir* dépend de ce qui est *advenu*, de sorte qu'à l'issue du contrat, l'acquéreur devient propriétaire, ou que les preneur et bailleur redeviennent des tiers l'un pour l'autre. La fin du contrat ne rompt donc pas le fil du temps qui continue de tisser son œuvre. Dans le mouvement irrésistible de l'*avant* vers l'*après*, la marche de *Chronos* se poursuit toujours quand celle des obligations semble se cristalliser. Il en ressort que les besoins conflictuels de rupture et de continuité administrent ainsi les liaisons entre préhistoire et après-histoire contractuelles, dont le trait d'union principal n'est autre que le contrat lui-même²¹¹. C'est pourquoi envisager la période postcontractuelle doit logiquement choisir le contrat comme référentiel, et plus précisément le moment de sa fin.

Ce prisme de lecture va révéler que la dimension finie du contrat n'empêche pas une étude au-delà des portes de l'extinction, permettant de souligner l'existence de suites au contrat. Ces suites autorisent une dédramatisation de la disparition de la convention, d'autant que la fin du rapport contractuel peut signer le succès de l'opération, l'obtention du résultat voulu²¹², ou la libération d'une

²¹⁰ JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, Champs Essais, 1974, p. 48.

²¹¹ MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », in *Remédier aux défaillances du contrat*, Larcier, p. 147.

²¹² C'est d'ailleurs la *destinée* naturelle du contrat. L'art. 1101-1 (nouveau) du C. civ. prévoit que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

situation insatisfaisante²¹³. Le temps de la fin n'est donc pas celui de la fin des temps²¹⁴. Il y a toujours un *après*.

41.- Un temps qui commence par la fin. Enfermée dans sa durée, la convention connaît inéluctablement une chute. Cette dernière se jette dans le temps de l'*après*, un temps en dehors du contrat. Mais si l'extinction projette les parties à l'extérieur du lien contractuel, elle n'en crée pas moins du droit, un nouveau droit appelé à régir le rapport faisant suite à la fin. C'est pourquoi l'événement de la fin est aussi l'avènement du commencement²¹⁵. Cerner la date qui clôt la durée du contrat permettra d'identifier le temps postcontractuel. On discernera de la sorte le temps qui appartient à la convention de celui qui s'en émancipe. Notre étude nécessite donc l'originalité de commencer par la fin, pour dégager la période postcontractuelle de celle contractuelle et affirmer que le contrat connaît une postérité. Il s'agit pour cela de présenter l'après-contrat comme un temps qui succède à l'extinction (**Titre 1. Un temps qui succède à l'extinction**).

Toutefois, l'idée de *fin* ne doit pas éclipser celle de *commencement*. Il ne faut donc pas limiter l'étude de l'*après* à celle de la seule extinction. Au contraire, il convient de compléter la prise en compte de la fin par celle des finalités. Or, les finalités visées par l'extinction du contrat sont celles d'un retour à la liberté, et doivent coexister avec les finalités poursuivies par le contrat lui-même. La scission qui s'opère entre temps contractuel et postcontractuel doit donc assurer la liaison entre ces deux aspects des effets nés de la convention. Alors que la vocation essentielle de l'engagement est d'obliger les contractants, celle naturelle de l'après-contrat est de les en libérer. C'est pourquoi l'après-contrat sera ensuite abordé comme une notion certes émancipée du joug de l'engagement, mais qui assure un suivi des effets voulus par les parties. À ce titre, l'après-contrat désigne un temps qui suit contrat (**Titre 2. Un temps qui suit le contrat**).

²¹³ « A partir du moment en effet où la durée n'est valorisée que lorsqu'elle est efficace, l'acte extinctif pourrait bien être un instrument au service de la pérennité dans la mesure où il est un moyen de faire disparaître les situations inefficaces ou désavantageuses », in SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, p. 9.

²¹⁴ Cette idéologie catastrophiste, qui donne l'image d'une fin immobile, laisse le temps contractuel en suspens, à l'image de l'horloge de Beaubourg « décomptant le temps restant avant le passage à l'An 2000 [...] [évoquant] les "piles électriques" que l'on accole au cœur de certains patients en sursis, pour les aider à survivre », in LANTELME M., *Le roman contemporain : Janus postmoderne*, L'Harmattan, 2009, p. 16. Ainsi, l'étude de la fin du contrat est signée par « une certaine tristesse, pour ceux qui conçoivent le contrat comme un instrument privilégié de collaboration, il recèle néanmoins lui-même quelques rayons de soleil » in MESTRE J., *Avant-propos, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996*, PUAM 1997, p.1. Par ailleurs, un auteur fait également remarquer le côté paradoxal de l'acte extinctif, lequel est la manifestation « d'un pouvoir d'agir juridiquement et un pouvoir destructeur, il est à la fois "anormal" et normatif », in SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique, op. cit.*, p. 11, n° 5.

²¹⁵ ROZES L., Préface in SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique, op. cit.* : « Il y a un paradoxe dans l'acte extinctif, il est la fois fin et recommencement, il est destiné à combattre l'anormalité d'une situation pour restaurer le normal ». Adde SEVELY-FOURNIE C., *ibid*, p.24 et s.

TITRE I

UN TEMPS QUI SUCCÈDE À L'EXTINCTION

42.- L'extinction précède l'après. Le recours au critère temporel constitue le premier pas indispensable à la détermination de la notion d'après-contrat. La consistance sémantique du terme « après-contrat » se prête à une analyse ne pouvant s'ouvrir que sur une évaluation chronologique du sujet. La première composante du sujet (*après-*) impose naturellement de cerner les contours de ce qui désigne principalement une période. La seconde composante du sujet (*-contrat*) indique que la période concernée est exclusive de la durée du contrat, bien qu'évaluée à partir du référentiel contractuel.

43.- Quand le contrat bascule. En effet, l'adverbe « après » signifie « *postérieurement dans le temps* »²¹⁶, tandis que la locution « *après-* » se définit comme un « *élément qui, devant un nom propre ou un substantif faisant référence à une époque, marque la postériorité* »²¹⁷. Ce rappel sémantique associe l'idée d'après-contrat aux *suites du contrat*. Cerner les contours d'une époque référentielle, entendue en l'occurrence comme la « phase d'exécution »²¹⁸, nécessite d'envisager l'étendue de la durée du contrat, afin d'en dégager les bornes. C'est pourquoi il est incontournable d'analyser les modes d'extinction de la convention pour en déduire les modes de naissance de la période postcontractuelle. Cette étape permettra de découvrir l'assise de départ de l'après-contrat avant d'envisager ultérieurement les finalités premières de cette commissure temporelle. Dans cette perspective, débiter une étude sur la phase postcontractuelle doit se faire en s'intéressant à la rupture du temps contractuel, en partant du constat que l'après-contrat est précédé par l'extinction de la convention. En tant que marqueur de la durée du contrat, et donc de l'ouverture du temps postcontractuel, l'extinction devra être identifiée. L'enjeu de cette identification sera notamment de démontrer que l'extinction est instantanée. Il devra être complété par la mise en perspective de l'effet extinctif dans le parcours contractuel, de manière à comprendre l'orientation de l'effet extinctif, lequel est en principe dirigé par les finalités poursuivies par l'opération contractuelle et donc vers l'avenir (*Chapitre 1. L'extinction du contrat : un instant tourné vers l'avenir*).

Toutefois, un mode particulier d'extinction mérite que l'on s'y attarde. Lorsque le contrat est remis en question, son anéantissement peut être de grande ampleur, jusqu'à agir rétroactivement. La place de l'après-contrat est alors plus difficile à identifier, dans un temps contractuel désordonné.

²¹⁶ V° « Après », *Le petit Robert, op. cit.*, p. 126.

²¹⁷ V° « Après », *idem*.

²¹⁸ Cf. *infra* n° 70.

Assurément l'après-contrat sera perturbé par la disparition rétroactive du contrat (*Chapitre 2. La disparition du contrat : les désordres de la rétroactivité*).

CHAPITRE 1

L'EXTINCTION DU CONTRAT : UN INSTANT TOURNÉ VERS L'AVENIR

44.- « *Tout est dans la fin* »²¹⁹. Né du cachet de l'engagement, le contrat meurt du sceau de la liberté. Les modes d'extinction prospective de la convention sont tournés vers un objectif d'émancipation des parties. L'extinction est en ces termes le vecteur naturel des suites libératoires du contrat. C'est pourquoi le temps postcontractuel doit être essentiellement identifié comme porteur des effets de l'extinction. Le démarrage de l'*après* met un terme à l'aventure des parties, à la recherche de l'état dans lequel elles doivent se trouver une fois l'opération consommée : *le statu postquam, alter ego du statu quo ante* et désignant littéralement « l'état de l'après »²²⁰.

45.- **Les effets de la fin.** Le contrat se survit principalement à lui-même au travers de son œuvre. Ses effets se perpétuent dans les mémoires de l'*après*. Il est probable que l'après-contrat soit l'expression la plus profonde du sens de l'engagement. C'est une notion creusée au cœur même de ce que comprend la volonté. Elle incarne sans conteste une acception des plus significatives de l'orientation de l'exécution et de l'extinction. Vers quoi tendent les parties ? Le point d'ancrage de l'après-contrat se dessine autour d'une idée fondamentale : rien n'est éternel, mais tout dure. Si toute fin est réputée éteindre la situation contractuelle, il convient pourtant de noter que toute fin est elle-même vivante en ce qu'elle crée à son tour des effets. La mort du contrat ne doit alors pas être envisagée comme un événement dépourvu de vie juridique. Un tel moment marque en effet les points d'échouage d'obligations, leurs points de relai et leurs points de départ, montrant que les effets extinctifs coexistent avec les effets constructifs de la convention. Dès lors, la délimitation du sujet passe nécessairement par l'identification du moment de l'extinction, laquelle est un temps ambivalent : elle signe la clôture de la durée du contrat et l'ouverture du temps postcontractuel (*Section 1. L'ouverture de l'après-contrat par la clôture de la durée contractuelle*). L'après-contrat apparaît ainsi émancipé de la sphère temporelle de la convention. Mais cet affranchissement n'en fait pas moins un temps dirigé, qui s'inscrit dans une certaine continuité avec la période précédente. La fin doit donc être éclairée par les finalités poursuivies par les parties ; ce qui permet d'orienter l'après-contrat vers l'instauration d'un état postcontractuel (*Section 2. L'orientation de l'après-contrat vers le statu postquam*).

²¹⁹ DE NERVAL G., « *Sur un carnet de Gérard de Nerval* », in *L'Artiste*, 13 mai 1855, p. 27.

²²⁰ Cf. *infra* n° 82 et s.

SECTION 1

L'OUVERTURE DE L'APRÈS-CONTRAT PAR LA CLOTURE DE LA DURÉE CONTRACTUELLE

46.- **Le temps postcontractuel, un temps antithétique.** Un temps d'ouverture et de clôture, c'est ce double titre, *a priori* antithétique, qui doit revenir à l'après-contrat. Cette particularité tient au fait que le point final de la durée de la convention est aussi celui du commencement du temps postcontractuel : l'extinction est un moment de liaison entre le contrat et le temps qui lui succède. Il faut ainsi envisager la fin comme indice du temps postérieur : ce dernier s'ouvre après l'extinction du contrat. Comprendre la formation du temps postcontractuel appelle donc de comprendre la fin conçue par le droit civil (**§1. La fin conçue par le droit civil**), tout en reconnaissant qu'elle s'institue simultanément comme marqueur de la durée du contrat (**§2. La fin comme marqueur de la durée du contrat**).

§ 1) La fin conçue par le droit civil

47.- **Le caractère postérieur.** L'après-contrat se définit intuitivement comme la postérité du contrat. Il est donc indispensable, pour comprendre l'après-contrat, de définir ce que signifie cette caractéristique « postérieure ». Pour cela, il faut d'abord décrire ce qu'il est possible d'entendre par « postérité », et donc de revenir sur le positionnement temporel de l'après-contrat. (**A. Le positionnement temporel de l'après-contrat**). Or, il est assurément impossible de conclure à ce qui est postérieur, sans rechercher ce qui doit être repéré comme la fin du contrat. Cette recherche s'articulera autour de deux pôles : legaliste et doctrinal. C'est ainsi que sera ensuite envisagée l'extinction selon le Code civil (**B. L'extinction selon le Code civil**), avant de s'intéresser à la conception doctrinale de l'extinction (**C. La conception doctrinale de l'extinction**).

A- LE POSITIONNEMENT TEMPOREL DE L'APRÈS-CONTRAT

48.- **Le sens de la postériorité.** Admettre la notion même de postériorité au contrat, c'est logiquement réfuter la possibilité que les engagements soient permanents²²¹. La préposition²²² « après » désigne précisément « *la postériorité, c'est-à-dire qu'une chose en a suivi une autre ou en suivra une autre dans le temps* », « *marquant l'ordre, le rang* »²²³, ou encore les « *transpositions spatiales et*

²²¹ Cf. not. SAINT THOMAS, *Somme théologique, Dieu*, t. 1, Desclée, Paris, 1925, p. 248 : « *le temps n'est autre chose que le nombre des parties du mouvement selon l'ordre d'antériorité et de postériorité... ; là où il n'y a pas de mouvement, là où l'être est toujours le même, on ne peut désigner l'antérieur et le postérieur... ; ainsi l'appréhension de l'uniformité, de la stabilité dans ce qui est complètement étranger au mouvement donne la notion de l'éternité* »²²¹. Il ajoute encore que « *il y a une mesure propre de l'être permanent, et c'est l'éternité ; il y a une mesure propre au mouvement, et c'est le temps* » (p. 266). Ainsi l'après-contrat devient la partie *postérieure* du temps contractuel, en ce sens qu'il intervient comme mouvement mesuré à partir de l'extinction du mouvement précédent.

²²² Il s'agit d'une préposition, ou d'un « *morphème situant le procès en postériorité par rapport à une date ou une action données* », in, Ortolang, CNRTL, V° « Après ».

²²³ V° « Après », in Littré en ligne.

logiques de la notion de postériorité temporelle »²²⁴. L'après-contrat désigne ainsi une période qui succède à la précédente. Ce temps est celui du souvenir²²⁵ : il est désigné par une expression dont le sens est construit en référence à la durée du contrat. La référence au contrat est donc incontournable pour définir l'après-contrat. Il est alors intéressant d'observer que l'*après* existe par l'effet d'une transition avec le moment de la fin, comme s'il s'agissait de désigner une évolution dont la dynamique est puisée dans la disparition, en vue d'un changement d'état. L'« après » se présente comme ce qui ne sera plus comme *avant*, et emprunte aux idées de subversion, de traumatisme²²⁶, ou de bouleversement. La transition est signataire d'une marge temporelle identifiée comme les écarts ou les délais disponibles entre les limites, où se côtoient le temps qui précède et celui qui suit, la fin et le commencement. Ces limites sont parfois fugaces, car quand le contrat tarde à mourir, l'après-contrat peine à naître²²⁷. La gravité qui affecte le moment de l'extinction appartient à une doctrine de la fin, dans laquelle la théorie générale des contrats fonctionne comme un conte classique, dont les péripéties se produisent pour se rapprocher toujours un peu plus d'un événement ultime qu'est celui du dénouement.

49.- Le dénouement du temps contractuel. Nombre de verbes servent à exprimer la fin du contrat : « s'éteindre », « disparaître », « cesser », « finir », « rompre », « mourir » ; autant que « résilier », « résoudre », « annuler », etc. Ce sont aussi des noms communs qui sont employés couramment : la fin du contrat, son terme, sa cessation, sa disparition, son extinction, son expiration, sa destruction... Autant d'événements qui chacun font basculer les parties dans l'« après ». Toutes ces expressions sont effectivement des indices de la naissance de l'après-contrat. Mais il est intéressant de remarquer que plusieurs d'entre eux renvoient au sens d'un autre. En effet, les verbes « s'éteindre » et « disparaître » renvoient notamment à l'idée de « cesser de brûler, de paraître, d'exister, d'être visible », mais encore d'« être détruit », de « mourir doucement », ou de « procurer sa propre extinction »²²⁸. En appliquant littéralement ces définitions, il est difficile de considérer que le contrat éteint ou disparu puisse être compris comme celui qui cesse de brûler, quoique l'après-contrat ait déjà été comparé à une « *figure du contrat* » qui, comme le « *phénix* », « *renaît de ses cendres* »²²⁹. Il peut

²²⁴ V° « Après », *in* Ortolang, CNRTL.

²²⁵ EMERY E., *Temps et musique*, *op. cit.*, p. 96 : « *L'idée d'intention favorise le classement des souvenirs, l'enchaînement et la cohérence des événements passés ; la logique permet l'exercice de la mémoire* », à quoi nous devons ajouter que les sciences juridiques donnent son sens au contrat qui accomplit l'intention, enserrée dans le temps précontractuel qui la forme et le temps postcontractuel qui lui offre toute sa perspective. Cf. not. *infra* n° 90, 97, 100 et s., 238 et s., 266 et s., 356, 377.

²²⁶ Cf. *supra* n° 3.

²²⁷ Cf. *infra* n° 565 et s.

²²⁸ V. Littré en ligne, V° « disparaître » - V° « s'éteindre ».

²²⁹ MAZEAUD D., « La vitalité d'un avant-contrat dans le temps de l'après-contrat », *Defrénois*, 15 déc. 1999, n° 23, p. 1329.

néanmoins être compris comme le contrat devenu inactif ou interrompu, disparu ou moribond. Par ailleurs, quand la convention « cesse », l'action de « cesser » se définit comme celle de « mettre fin », « de ne pas continuer », « d'être dans l'inaction »²³⁰. La cessation s'oppose donc à la « continuité », la « persistance », la « perpétuation », l'« action ». Elle est pointée par l'« expiration » du contrat qui se traduit par la « *fin d'un certain temps marqué* »²³¹. Le mot latin *cessare* exprime d'ailleurs l'action de se reposer, « *en d'autres termes, la fin du cauchemar est le début de l'Eden* »²³². Mais le contrat, en tant que « *durée vécue en commun* »²³³, peut tout autant laisser place à une fin conflictuelle, synonyme de séparation ou d'interruption d'un projet²³⁴.

Toutefois, la définition de l'extinction ne suffit pas encore à discerner le moment à partir duquel le contrat est considéré comme éteint. Or, débiter une étude sur l'après-contrat rend incontournable l'identification des bornes de la durée du contrat, ne serait-ce que pour établir quand et comment naît l'après-contrat.

50.- Identifier la clôture de la durée contractuelle. La tâche n'est pas simple, du fait que la durée dans les contrats est hétérogène. Alors que le contrat à durée déterminée limite la liberté de rompre, le contrat à durée indéterminée est gouverné par un principe de liberté dans l'exercice du droit de rupture. Le contrat de commodat exprime bien l'enjeu de cette distinction²³⁵. Depuis un revirement de jurisprudence en 2004, quand le prêt à usage permanent est consenti en l'absence de terme prévisible, le prêteur peut y mettre fin à tout moment pourvu qu'il respecte un délai de préavis raisonnable²³⁶. Le

²³⁰ V° « Cesser », *in* Littré en ligne.

²³¹ PLANCHE J., *Dictionnaire françois de la langue oratoire et poétique, suivi d'un vocabulaire de tous les mots qui appartiennent au langage vulgaire*, V° « Expiration », Librairie de Gide Fils, Paris, 1822, p. 2322. Rapp. ancien art. 31 du Code chinois du droit des affaires (Larcier, 1995) dans le Titre 2 relatif aux contrats économiques internationaux, *Loi de la République populaire de Chine sur les contrats économiques avec l'étranger (adoptée le 21 mars 1985 lors de la 10^{ème} réunion du Comité Permanent de la VIème Assemblée populaire nationale et entrée en vigueur le 1er juillet 1985)*, qui prévoit littéralement qu'un contrat arrive à **expiration** dans les cas suivants : 1) le contrat a été exécuté conformément à ses dispositions ; 2) une institution arbitrale ou un tribunal judiciaire prononce l'expiration du contrat ; 3) les deux parties se mettent d'accord, après consultation, pour mettre fin au contrat.

²³² GAUTIER P.-Y., « Rapport de Synthèse », *in* *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque, préc., p. 217.

²³³ DELFORGE C., « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », *in* (Coll.), *Actualités de la rédaction des contrats de distribution*, Bruxelles 2014, Bruxelles, pp. 1-20, n° 3.

²³⁴ Cf. *supra* n° 3.

²³⁵ L'article 1888 ne permet alors à ce dernier de retirer la chose « *qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* ».

²³⁶ Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 34, p. 28, pourvoi n° 01-00.004 : « *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, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable* ». LEVENEUR L., « Durée indéterminée : revirement complet de jurisprudence et retour à la case départ ! », CCC, 4, Avril 2004, comm. 53, relevant à juste titre qu'« *il est sans doute plus important encore pour lui que pour tout autre contractant d'éviter de tomber dans une perpétuité forcée et le geste gratuit qu'il fait doit plutôt inciter à la mansuétude à son égard qu'à la sévérité* ». *Contra* jurispr. ant. Civ. 3^e, 4 mai 2000, Bull. civ. III, n° 97, p. 65, pourvoi n° 98-11.783, CCC. 2000, comm. 141, note LEVENEUR L. ; D. 2001. 3154, note MATHIEU-LZORCHE M.-L. ; RTD civ. 2000, p. 596, obs. P.-Y. GAUTIER : pour accueillir la demande du propriétaire d'une maison

jeu des qualifications est ici prépondérant puisque la qualification du contrat en durée déterminée ou indéterminée permettra au prêteur de réclamer la restitution de la chose quand il le souhaite²³⁷. La détermination du terme incarne alors le point crucial de discussion autour de la qualification et de ses conséquences. La jurisprudence relative à l'appréciation du terme, et du régime de rupture qui doit s'imposer aux parties, est confrontée aux tentatives courantes de qualifier la durée de la convention en durée indéterminée afin de bénéficier du régime d'extinction le plus favorable au plaideur²³⁸. Il a été ainsi observé que « *le terme, en ce qu'il rattache d'un commun accord l'épuisement de l'exécution contractuelle à un événement objectif ultérieur, dessaisit chacun des contractants - dès la conclusion du contrat - du pouvoir de s'en remettre à la volonté souveraine d'un seul pour décider d'une autre date à laquelle se terminera le rapport d'obligation* »²³⁹. Cette acception du *terme* dresse le constat d'un renoncement des parties à leur pouvoir de se dégager du rapport obligatoire avant l'écoulement de la durée contractuellement prévue, sous réserve des sanctions liées à la formation du contrat ou à l'inexécution. C'est le temps lui-même qui dispose du pouvoir de rompre l'engagement, scellant ainsi le destin de chaque partenaire.

Cependant, une autre *summa divisio*, reprise dans la nouvelle codification et critiquée par la doctrine²⁴⁰, distingue également entre les contrats à exécution instantanée et ceux à exécution successive. Quand peut-on affirmer qu'un contrat à exécution instantanée est éteint, sans faire se confondre l'instant de l'exécution et celui de l'extinction²⁴¹ ? De plus, qu'il s'agisse des contrats réputés instantanés ou des contrats de durée, la question se pose également de savoir si la présence persistante d'obligations (telles que les obligations de garantie) ou d'un arriéré obligatoire (une dette restée insatisfaite alors que le terme extinctif est déjà intervenu) doit indiquer que le contrat est toujours en cours. La rencontre entre la théorie du contrat et la pratique contractuelle laisse des zones de doute quand il s'agit de mettre en rapport la notion de durée du contrat avec celle de durée des obligations nées du contrat. La recherche des contours de l'après-contrat nécessite ainsi la recherche de l'instant final de la convention. C'est à ce

d'habitation, en expulsion et paiement d'une indemnité d'occupation à l'encontre de l'occupant qui l'avait remise en état moyennant une mise à disposition et à qui avait été délivré une sommation de déguerpir, la cour d'appel retient que les relations entre les parties étaient organisées par les règles du prêt à usage et qu'en l'absence de terme au contrat, le propriétaire avait le droit de le résilier unilatéralement. En statuant ainsi, sans rechercher si le besoin de l'occupant, en vue duquel l'immeuble lui avait été donné en commodat, avait cessé ou si le propriétaire avait un besoin urgent et imprévu de sa maison, les juges du fond, n'ont pas donné de base légale à leur décision au regard des articles 1888 et 1889 du Code civil.

²³⁷ Cf. *infra* n° requalifications-sanctions.

²³⁸ V. MAZEAUD D., *Durées et ruptures*, RDC 2004, p. 129.

²³⁹ ROLAND H., « *Regard sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs* », in *Mélanges Voirin*, LGDJ 1966, p. 740.

²⁴⁰ CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 137 ; ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, th. préc., p. 62 et s.

²⁴¹ Cf. *infra* n° 76 et s.

titre que s'impose une lecture des dispositions du Code civil, en quête d'un éclairage de la notion et des modes d'extinction du contrat.

B- L'EXTINCTION SELON LE CODE CIVIL

51.- Les apparitions de l'extinction. La lecture du Code civil peut s'avérer déconcertante quand il s'agit de rechercher une définition unitaire de la fin du contrat. Il existe effectivement des mécanismes et des effets extinctifs, lesquels sont reconnaissables dans différentes divisions du Code et n'ont pas, en apparence, les mêmes attributs. Toutefois, après avoir remarqué la présence dispersée des mécanismes extinctifs (*a. La présence dispersée des mécanismes extinctifs*), il reste possible de réunir ces derniers autour d'un principe transversal de prohibition des engagements perpétuels (*b. Le principe transversal de prohibition des engagements perpétuels*).

a) La présence dispersée des mécanismes extinctifs

52.- À la recherche de l'extinction. Le Code civil ne contient pas de division relative à l'extinction du « contrat », mais il est plus précisément pourvu d'un chapitre consacré à « l'extinction de l'obligation ». Il s'agit du Chapitre IV du Titre IV « Du régime général des obligations », au sein du Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », composé en cinq sections présentant chacune un mode d'extinction de l'obligation : le paiement²⁴², la compensation²⁴³, la confusion²⁴⁴, la remise de dette et l'impossibilité d'exécuter. Pourtant, il est clair que d'autres mécanismes juridiques mériteraient de figurer parmi cette liste.

Au premier chef, il faut citer l'extinction conventionnelle : le nouvel article 1101 définit effectivement le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Dans la même lignée, l'article (nouveau) 1193 du Code civil prévoit la liberté pour les parties d'exercer leur *mutuus dissensus*²⁴⁵, dans une section

²⁴² Cf. *infra* n° 108, 110 et s., 172, 444, 451.

²⁴³ Cf. *infra* n° 113.

²⁴⁴ Cf. *infra* n° 114 et s.

²⁴⁵ V. PUTMAN E., « La révocation amiable », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 125, relevant l'ambiguïté de ce mécanisme pouvant être à la fois regardé comme un *jus commune* de la rupture, n'en est pas moins assimilé à une convention. L'auteur fait remarquer le faible contentieux relatif au mode de rupture amiable et « *paisible* » (p. 131) : « *le mutuus dissensus n'est pas normalement destiné à avoir une histoire judiciaire. Aussi sa place assez modeste dans les recueils de jurisprudence pourrait-elle être le signe de sa bonne santé* ». Adde PUTMAN E., « La disparition du lien contractuel par volonté commune », *Lamy droit civil, Droit des contrats*, n° 470-21 ; RECEVEUR B., *La Force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, th. Cergy Pontoise, 2013, p. 27 et s. ; HOUIN B., *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973, p. 54. Rapp. VATINET R., « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987, p. 252, révélant le paradoxe caractéristique du mécanisme, paradoxe selon lequel « *l'on est d'accord pour mettre fin à l'accord* ».

réservée aux « effets du contrat entre les parties »²⁴⁶. Contenu dans le même chapitre dédié aux « effets du contrat », mais dans une section traitant cette fois-ci de l'inexécution, l'article 1217 (nouveau) prévoit le droit de résolution unilatérale au profit du créancier dont la créance n'a pas été honorée, ou ne l'a été qu'imparfaitement. Mais, par ailleurs, le Code civil évoque aussi littéralement la « *fin du contrat* ».

53.- La référence à la « fin du contrat ». La « fin » du « contrat » ou de l'« engagement » est provoquée par la caducité prévue à l'article 1187 (nouveau) du Code civil²⁴⁷, par la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée aux articles (nouveaux) 1210 et 1211, et par la résolution visée à l'article (nouveau) 1229. Une section du Code civil est également consacrée à l'extinction de l'usufruit, intitulée « *comment l'usufruit prend fin* »²⁴⁸, prévoyant notamment, au travers de l'article 625, que les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit. En outre, l'article 1229 (nouveau) dispose expressément que la résolution, qu'elle soit judiciaire ou extrajudiciaire, « met fin au contrat ». En ce sens, il peut être rapproché de l'article 1187 (nouveau) selon lequel la caducité, elle aussi, « met fin au contrat » ; mais également de la nullité de la société qui, en vertu de l'article 1844-15 « met fin », sans rétroactivité, à l'exécution du contrat (à l'égard de la personne morale qui a pu prendre naissance, elle produit les effets d'une dissolution prononcée par justice). La caducité est d'ailleurs rangée, en compagnie de la nullité, dans une section codifiant les sanctions de la formation du contrat.

Un autre mode d'extinction du contrat est encore le terme extinctif. Toutefois, nulle trace de celui-ci n'apparaît littéralement dans le Code civil, alors même qu'il a pour seule et unique fonction l'extinction de la convention – ce qui fait de celui-ci un mécanisme phare de l'extinction. Si le chapitre consacré aux « modalités de l'obligation » ne traite pour sa part que du terme suspensif, une simple allusion au terme extinctif est néanmoins identifiable dans la nouvelle section du Code civil, intitulée « la durée du contrat »²⁴⁹. En effet, les articles 1210 et suivants s'intéressent à la prohibition des

²⁴⁶ Au sein du Chapitre IV traitant des « effets du contrat », dans le Sous-titre Ier « Le contrat », du Titre III du Livre III.

²⁴⁷ « *La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* ». Dans son deuxième chapitre, *in fine*, le rapport fait au Président de la République, relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, explique que la caducité met fin au contrat sans que la question de la rétroactivité ne soit tranchée « dans un souci pragmatique » : la rétroactivité « *n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce* ». La rétroactivité n'est donc pas un obstacle à l'identification d'une « fin » au contrat. C'est pourquoi la nullité, rangée dans la même division que la caducité, peut être comprise comme mettant fin au contrat sans que la rétroactivité ne soit un frein. Il en ressort que l'après-contrat doit pouvoir être observé, nonobstant la rétroactivité d'un effet extinctif.

²⁴⁸ Art. 617- art. 624.

²⁴⁹ Le projet Catala prévoyait un article 1188 disposant que « *le terme extinctif met fin à l'engagement pour l'avenir. Jusqu'à l'échéance du terme, l'obligation produit le même effet que si elle était pure et simple* ». Il était alors rangé avec les modalités

engagements perpétuels, aux conditions dans lesquelles les parties peuvent « mettre fin au contrat », selon que ce dernier est à durée déterminée ou indéterminée, ainsi qu'aux modes de continuation du contrat au-delà de l'extinction²⁵⁰. La place du terme extinctif est donc désolidarisée de celle des modalités de l'obligation, de sorte qu'il est possible de le considérer comme une modalité particulière qui n'a pas trait à la temporalité de la seule obligation mais de l'acte tout entier. Bien que la modalité dont une obligation est assortie (terme suspensif ou condition) peut influencer sans conteste la durée de l'acte qui la contient, le terme extinctif est donc perceptible comme une modalité remarquable en ce que celle-ci ne semble s'intéresser qu'à la durée de l'acte juridique dans son ensemble²⁵¹.

Les mécanismes extinctifs sont ainsi présents dans diverses parties du Livre III du Code civil. Toutefois, ils sont également reconnaissables en dehors de cette division.

54.- Des *modes* et des *causes* d'extinction. Dans un autre Livre du Code consacré non plus au régime de l'obligation mais aux personnes²⁵², le législateur a prévu plusieurs dispositions dont l'objet est de décrire un mode d'extinction de l'obligation. L'article 270 dispose que le divorce « met fin » au devoir de secours entre époux. Ensuite, l'article 377-2 prévoit que la délégation de l'autorité parentale peut s'éteindre par l'effet d'un nouveau jugement²⁵³. Mettant en relief la distinction qu'il conviendra de souligner entre l'extinction de l'obligation et celle du contrat²⁵⁴, l'article 299 énonce que la séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation²⁵⁵, tandis que, comme par effet de symétrie, l'article 305 affirme que la reprise volontaire de la vie commune « met fin » à la séparation de corps. Ce dernier article met en exergue l'extinction d'une *situation juridique*. La fin dépend en l'occurrence de la commission d'un *fait juridique*, alors même que de ce complexe

de l'obligation dans une section consacrée aux « obligations à terme ». Cette dernière était composée de trois paragraphes traitant du terme en général, du terme suspensif et du terme extinctif. Le terme en général était alors défini par un article 1185 énonçant que : « *Le terme est un événement futur et certain qui affecte une obligation née soit en retardant son exécution soit en y mettant fin. Il peut être exprès ou tacite, ainsi quand il résulte implicitement de la teneur de l'engagement. Le terme peut être une date déterminée ou son échéance être inconnue bien qu'il soit sûr qu'elle adviendra* ».

²⁵⁰ Comp. L'art. 3 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques prévoit que le contrat de location est établi par écrit et respecte un contrat type défini par décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de concertation, et qu'il précise notamment la nature et le montant des travaux effectués dans le logement *depuis la fin du dernier contrat de location ou depuis le dernier renouvellement du bail*.

²⁵¹ Rappr. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, n° 569 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE F., *Traité théorique et pratique de droit des obligations*, t. 2, Sirey, 3^e éd., 1907, n° 973 ; AZEMAJ., *La durée des contrats à exécution successives*, n° 239 et s. ; BEHAR-TOUCHAIS M., J-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 175 « Extinction du contrat, Les causes », n° 5 ; GUESMI A., « Les effets de la prescription extinctive du point de vue du terme (Le mécanisme d'extinction des créances contractuelles) », LPA, 23 mars 2010, n° 58, p. 8 : « *Lorsqu'il est contractuel, [le terme] est une modalité d'un acte juridique à l'entière discrétion des parties* ». Rappr. *infra* n° 77 et s., 267 et.

²⁵² Livre I^{er} « Des personnes », Titre VI « Du divorce ».

²⁵³ Cf. *infra* n° 113, 166, 174, 399, 570, 607 et s., 650 (sur les effets du jugement sur le sort de l'obligation).

²⁵⁴ Cf. not. *infra* n° 73.

²⁵⁵ Des obligations s'éteignent sans que le contrat ne meure, autant que le contrat peut s'éteindre sans que toutes les obligations ne périssent avec lui. Il y a une dissociation entre le flux d'obligations dans le temps, et la durée de l'acte juridique.

conjuncturel (situation de fait et de droit) peut dépendre le contenu d'un *acte juridique* (le contrat de mariage et les obligations qui en découlent). En plus des *modes* d'extinction des obligations, il existe donc des *causes* circonstanciées d'extinction.

En effet, des *faits juridiques* sont susceptibles de causer tant l'extinction d'*obligations* que de *situations*. L'article 418 prévoit que le décès de la personne protégée met fin à la mission de la personne mandatée pour sa protection²⁵⁶, tandis que l'article 2029 indique que le contrat de fiducie « prend fin » par le décès du constituant personne physique (mais aussi par la survenance du terme, par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme²⁵⁷, ou par la renonciation des bénéficiaires de la fiducie). L'article 386-2 énonce que le droit de jouissance légal « cesse » dès que l'enfant atteint l'âge de seize ans accomplis ou même plus tôt quand il contracte mariage, par les causes qui « mettent fin » à l'autorité parentale ou à l'administration légale, ou par celles qui « emportent l'extinction » de tout usufruit²⁵⁸. De même, le décès du salarié²⁵⁹, de l'assuré, ou de l'agent commercial met automatiquement fin au contrat de travail, d'assurance ou d'agence commerciale²⁶⁰. En conséquence, le décès « fait obstacle à l'examen de la demande de résiliation par le juge »²⁶¹, puisqu'il met fin de plein droit au contrat. Le déménagement de l'assuré est également une cause d'extinction du contrat d'assurance habitation²⁶². L'article 620 énonce encore que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge

²⁵⁶ Comp. Art. 485 évoquant l'effet de l'extinction du mandat sur ordre du juge ; et art. 812-4 qui prévoit les causes d'extinction du mandat : Le mandat prend fin par l'un des événements suivants : 1° L'arrivée du **terme** prévu ; 2° La **renonciation** du mandataire ; 3° La **révocation judiciaire**, à la demande d'un héritier intéressé ou de son représentant, en cas d'absence ou de disparition de l'intérêt sérieux et légitime ou de mauvaise exécution par le mandataire de sa mission ; 4° La **conclusion d'un mandat conventionnel** entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume ; 5° **L'aliénation par les héritiers des biens** mentionnés dans le mandat ; 6° **Le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire** personne physique, ou la dissolution du mandataire personne morale ; 7° **Le décès de l'héritier** intéressé ou, en cas de mesure de protection, la décision du juge des tutelles de mettre fin au mandat. Un même mandat donné pour le compte de plusieurs héritiers ne cesse pas entièrement pour une cause d'extinction qui ne concerne que l'un d'eux. De même, en cas de pluralité de mandataires, la fin du mandat intervenant à l'égard de l'un ne met pas fin à la mission des autres.

²⁵⁷ Cf. *infra* « la règle de l'exhaustivité », n° 70, 80, 373.

²⁵⁸ Sur l'extinction de l'usufruit par le décès de l'usufruitier, cf. Civ. 3^e, 6 juill. 2017, pourvoi n° 15-22.482 (réunion de la nue-propriété et de l'usufruit par mort de l'usufruitier). V. en outre PERRUCHOT-TRIBOULET V., « La durée limitée du droit réel de jouissance spéciale », *Annales des loyers*, 1^{er} avr. 2015, pp. 95-112.

²⁵⁹ Comp. Art. 2093 CcQ au Canada ; (Coll.), *Droit du Québec*,

²⁶⁰ Cf. *infra* n° 97 (3^e nbp).

²⁶¹ Cour de cass., *Mensuel du droit du travail*, n° 53, avr. 2014, « F- Rupture du contrat de travail ». Sur le juge et l'après-contrat de manière générale, cf. *infra* Partie 2 - Titre 2 - Chapitre 2. Rapp. Soc. 21 sept. 2016, à paraître, pourvoi n° 14-30.056, D. 2016. 1937 ; Dr. soc. 2017. 136, étude TOURNAUX S. ; RDT 2017. 40, obs. BENTO DE CARVALHO L. : la prise d'effet de la résolution judiciaire ne peut être fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant, dès lors qu'à cette date le contrat de travail n'a pas été rompu et que le salarié est toujours au service de son employeur. Comp. Soc. 15 mai 2007, Bull. civ. V, n° 76, pourvoi n° 04-43.663 : si le salarié a été licencié, le juge doit fixer la date de la résiliation au jour du licenciement.

²⁶² L'article L. 113-16 du Code des assurances prévoient les cas dans lesquels les parties peuvent résilier le contrat d'assurance : - changement de domicile ; - changement de situation matrimoniale ; - changement de régime matrimonial ; - changement de profession ; - retraite professionnelle ou cessation définitive d'activité professionnelle.

fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé.

55.- Une pluralité de causes, pour une identité d'effet ? Il apparaît ainsi que les modes et les causes d'extinction de la convention sont dispersés dans le Code, répartis entre les dispositions relatives aux personnes et au régime de l'obligation : aux sanctions du contrat, à l'inexécution, à l'extinction de l'obligation, à la durée du contrat... Commence alors à se dessiner une multiplicité de positionnements et de fonctions des modes et causes extinctifs, lesquels peuvent intervenir à tous les stades de la vie de l'acte, dès sa formation, pour sanctionner aussi bien la perte d'un élément essentiel postérieurement à la formation, qu'une faute contractuelle en cours d'exécution, autant qu'elle est de nature à sanctionner l'accomplissement de l'exécution ou les effets de la volonté de parties souhaitant mettre fin à leur relation ou ayant déterminé par avance la durée de celle-ci. L'extinction peut en outre être provoquée par des actes juridiques (extinction conventionnelle, jugement, formation d'une autre convention, renonciation...) mais aussi par des faits juridiques (décès, déménagement, force majeure...). L'extinction connaît donc une pluralité d'origines, mais il semble possible d'affirmer que celles-ci ont pour dénominateur commun leur effet qui est de « mettre fin », « d'éteindre », de faire « cesser »²⁶³. Après lecture du Code civil, il devient maintenant possible de retenir un choix de définition de l'extinction, susceptible de guider l'ensemble de notre recherche.

56.- Choix de définition de l'extinction. L'extinction doit de la sorte être définie comme « l'anéantissement rétroactif ou non, d'une situation juridique, quelle que soit son origine (fait juridique, acte juridique valide ou non) »²⁶⁴. L'extinction, dans l'esprit du législateur, pouvant avoir des origines et des effets divers, cette définition a le mérite de pouvoir englober l'ensemble des situations mettant fin à l'acte. À ce titre, la période postcontractuelle doit être comprise comme celle qui s'ouvre par l'effet d'un acte extinctif ou d'un fait extinctif.

En quête d'un fondement théorique au principe même l'extinction, il reste néanmoins possible que la prohibition des engagements perpétuels puisse, de manière fondamentale, servir de postulat justificatif commun à toutes les formes d'extinction.

²⁶³ Rappr. *supra* n° 3.

²⁶⁴ SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, p. 21.

b) Le principe transversal de prohibition des engagements perpétuels

57.- Contracter, c'est renoncer à l'éternité. Alors que le Code napoléonien ne l'affirmait pas explicitement²⁶⁵, le principe de prohibition des engagements perpétuels n'a toutefois été consacré que récemment, par le nouvel article 1210 du Code civil²⁶⁶, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁶⁷. Le droit des contrats a ainsi condamné les portes de l'éternité. Il faut pour cela épargner aux parties un engagement à perpétuité. Seule la propriété bénéficie du caractère perpétuel, mais « *l'admission de la perpétuité s'arrête là : toutes les autres manifestations de volonté sont précaires par leurs effets !* »²⁶⁸. Tout contrat est ainsi réputé périssable²⁶⁹, devant être exempt du « *vice de perpétuité* »²⁷⁰. Du moins, le caractère dissoluble de l'acte juridique fait de la loi des parties une norme éteinte²⁷¹. En effet, la finitude du contrat impose que des échappatoires restent accessibles aux contractants, sans imposer en principe de durée maximale. S'il n'existe naturellement pas de durée légale maximale en générale, en raison du principe de liberté contractuelle, certaines dispositions spéciales règlent la durée. Tel est le cas de l'article 619 du Code civil, selon lequel l'usufruit ne peut être consenti au profit d'une personne morale que pour une durée maximale de trente années. La Cour de cassation, nourrissant une controverse doctrinale²⁷², a néanmoins admis que les parties pouvaient prévoir un droit de jouissance

²⁶⁵ Cf. CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, spéc. n° 576, p. 494.

²⁶⁶ « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

²⁶⁷ Art. 1210 C. civ. : « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée* ».

²⁶⁸ LIBCHABER R., « *Les habits neufs de la perpétuité* », RDC, 1^{er} avr. 2013, n° 2, p. 584, obs. sous Civ. 3^e, 31 oct. 2012, Bull. civ. III, n° 159, pourvoi n° 11-16.304. V. ég. LATINA M., « *La prohibition des engagements perpétuels* », L'essentiel Droit des contrats, 9 mars 2015, n° 3, p. 1, obs. sous Civ. 3^e, 28 janv. 2015, Bull. civ. III, n° 13, pourvoi n° 1410.013.

²⁶⁹ Rappr. Art. 1780, al. 1^{er}, du C. civ. : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ». V. not. Lamy Droit du Contrat, « *Prohibition de l'engagement à perpétuité* », n° 405-73 ; AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 182.

²⁷⁰ LATINA M., « *Délai d'accomplissement de la condition et perpétuité : nouveau temps de la valse* », RDC 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 867, obs. sous Civ. 3^e, 20 mai 2015, à paraître, pourvoi n° 14-11851 : « *Lorsque les parties n'ont pas expressément enfermé l'accomplissement de la condition dans un délai, les juges du fond peuvent rechercher l'existence d'un délai tacite, la condition sans terme fixe ne pouvant donner à l'obligation un caractère perpétuel* ».

²⁷¹ V. un arrêt de la C. de cass. après la réforme : Com., 8 fév. 2017, à paraître, pourvoi n° 14-28.232, obs. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE A., in « *Le contrat à exécution successive, le contrat à durée indéterminée et l'engagement perpétuel : de quelques incertitudes persistantes, avant et après la réforme* », D. 2017. 678 : *Le contrat à exécution successive dans lequel aucun terme n'est prévu n'est pas nul, mais constitue une convention à durée indéterminée que chaque partie peut résilier unilatéralement, à condition de respecter un juste préavis (cassation pour violation des art. 1134, dans sa rédaction antérieure à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, et 1780 C. civ.). Adde (obs. sous le même arrêt) BARBIER H., « *Qu'est-ce au juste qu'un contrat à exécution successive ?* », RTD civ. 2017. 389 ; AJ Contrat 2017. 222, obs. CATTALANO-CLOAREC G. ; Dalloz IP/IT 2017. 336, obs. DISDIER-MIKUS K. et LARRIEU N.*

²⁷² PFISTER L., « *Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle* », RDC 2013/4. 1261 ; CAPITANT H., LEQUETTE Y. et TERRE F., GAJC, t. 1, Dalloz, 2015, n° 66-67 ; ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Droit des biens*, 3^e éd., 2008, PUF, n° 313 s. ; MALLET-BRICOUT B., « *Le numerus clausus des droits réels : la fin d'un mythe* », 19^e conférence Albert Mayrand, 2015, UDM.

spéciale, faisant échapper la durée du droit réel au domaine de la disposition précitée²⁷³. Les parties sont ainsi libres d'établir au profit de la personne morale contractante un droit d'usage et d'habitation aussi longtemps que dure l'existence de cette bénéficiaire. C'est pourquoi la doctrine a pu considérer que « *permettre la constitution de droits réels, sinon perpétuels formellement, du moins déconnectés de toute temporalité raisonnable à l'échelle humaine, le tout combiné à la liberté de création des droits réels (...)* ; revient à *placer une charge explosive au cœur du droit civil des biens* »²⁷⁴. Le droit réel *sui generis* s'est en effet doté d'une autonomie propre à lui conférer une aptitude à la perpétuité, en l'absence de régime propre à sa durée. Or, la prohibition des engagements perpétuels, consacrée par l'ordonnance réformatrice, pose la question de cette solution, nonobstant le fait que la perpétuité porte sur un droit réel²⁷⁵. En effet, le but poursuivi par l'article 619 du Code civil est d'offrir un cadre à la temporalité du démembrement consenti à un bénéficiaire dont la durée de vie n'est pas humaine²⁷⁶. La dérogation à l'article 619 ne justifie donc pas l'absence de tout encadrement à la durée du

²⁷³ Sur la volonté des parties de démembrement la propriété en créant un droit réel *sui generis* : Civ. 3^e, 31 oct. 2012, *Affaire Maison de la poésie*, Bull. civ. III, n° 159, pourvoi n° 11-16.304, D. 2013. 53, obs. TADROS A., note D'AVOUT L. et MALLET-BRICOUT B. ; RDI 2013. 80, obs. BERGEL J.-L. ; JCP G 2012. 2352 note TESTU F.-X. ; RDI 2013. 80, note BERGEL J.-L. ; RLDC 1^{er} févr. 2013. 7, note DUBARRY J. et JULIENNE M. ; LPA 16 janv. 2013, note AGOSTINI F.-X. ; Defrénois, 2013. 12, note TRANCHANT L. : En l'espèce, une fondation, propriétaire d'un hôtel particulier, avait vendu ce bien tout en se réservant un droit d'occupation sur une partie de celui-ci. Les parties convenaient ainsi « *de conférer à La Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux* ». Or, soixante-quinze ans après la vente, l'acquéreur demande l'expulsion de celui qui fût son vendeur, en l'extinction du droit de jouissance, sur le fondement de l'article 619. La Cour d'appel accueille la demande, mais la Cour de cassation censure la décision et énonce qu'un propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, distinct du droit d'usage et d'habitation ; Paris, 1^{er} ch., 18 sept. 2014, *Affaire Maison de la poésie*, (après renvoi) RG n° 12/21592, D. 2014. 1874, obs. ANDREU L. ; DROSS W., « L'affaire Maison de poésie devant les juges de renvoi », RTD civ. 2014. 920 ; Civ. 3^e, 8 sept. 2016, *Affaire Maison de la poésie II*, à paraître, pourvoi n° 14-26.953, D. 2016. 2237, chron. MÉANO A.-L. ; RDI 2016. 598, obs. BERGEL J.-L. ; RTD civ. 2016. 894, obs. DROSS W. ; JCP 2016. Actu. 978, note MILLEVILLE S. ; JCP N 2016. 1294, obs. DUBARRY J. et STREIFF V. ; JCP 2016. 1172, obs. LAURENT J. ; JCP 2016. 1191 et Defrénois 2016, n° 21, p. 9, obs. PERINET-MARQUET H. ; Dr. et patr. nov. 2016, p. 93, SEUBE J.-B. ; Constr.-Urb. 2016, n° 134, SIZAIRE C. ; Gaz. Pal. 13 déc. 2016, n° 282, p. 73, GAILLIARD A. *Adde* D'AVOUT L. et MALLET-BRICOUT B., « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », D. 2017. 134

²⁷⁴ LAURENT J., *in* JCP 2016. 1172, préc. Rapp. LIBCHABER R., RDC 2013. 584 ; ANDREU L. et THOMASSIN N., Defrénois 2015, note préc. ; REVET Th., JCP 2015. 252, évoquant une « *une "machine à faire sauter le droit" de propriété* ».

²⁷⁵ Cf. CHANTEPIE G. et LATINA M., *in* *La réforme du droit des obligations - commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 578 et s., distinguant entre le traitement des dettes personnelles et la durée des droits réels.

²⁷⁶ Pour une analyse en faveur d'une limitation de la durée, v. PERINET-MARQUET H., JCP 2016. 1191 et Defrénois 2016, n° 21, p. 9. Sur cette inégalité d'échelle, v. les mots du Doyen Carbonnier : « *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* », *in* *Les obligations*, PUF, 2000, n° 138, p. 270.

démembrement : l'opportunité de la protection reste inchangée, quand bien même la qualification juridique du droit réel serait spéciale²⁷⁷.

58.- Limitation en matière de franchisage. En matière de franchisage de distribution de produits, l'article L. 330-1 du Code de commerce limite à un maximum de dix années la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, le cessionnaire ou le locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur. L'influence de la prohibition des engagements perpétuels est encore particulièrement visible à la lecture de l'article L. 330-2 qui complète cette disposition en prévoyant que, quand l'acte qui comprend la clause est « *suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens* », la stipulation d'exclusivité contenue dans les « *nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat* »²⁷⁸. Les contractants peuvent néanmoins négocier et former un nouvel engagement, à la suite de l'extinction du premier, qui n'entrerait pas dans l'article précité, et prévoir une nouvelle période d'exclusivité de dix ans maximum²⁷⁹.

59.- Un principe de durée. Ainsi, hormis les réglementations spéciales, il n'existe pas de limite numérique à la durée du contrat. Il existe simplement un principe de durée, déduit du principe de prohibition des engagements perpétuels. Ce dernier apparaissant comme une interdiction des contrats indissolubles, il impose en effet que la temporalité du contrat soit nécessairement une durée et non un temps sans bornes. Toutefois, cette interdiction faite aux contractants de s'engager sans pouvoir se libérer, ne sanctionne pas l'acte illicite de nullité²⁸⁰. Avant la nouvelle codification de 2016, la jurisprudence procédait notamment à la réduction de la durée de l'engagement²⁸¹, ou à la requalification de l'acte en contrat à durée indéterminée²⁸². Le nouvel article 1210 prévoit expressément la sanction

²⁷⁷ Sur la légitimation de la perpétuité, cf. not. MEKKI M., « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », RDC 2014. 105, spéc. n° 4.

²⁷⁸ Com., 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, pourvoi n° 95-21.906. Cf. *infra* n° 250, 445, 504 et s.

²⁷⁹ Com., 11 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 135, pourvoi n° 79-12.532, D. 1981 ; IR p. 108 ; Com., 30 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 166, pourvoi n° 80-10.357, JCP G, 1981, IV, 219. Rapp. Com., 21 févr. 1995, RJDA 7/95, n° 803 (le nouveau contrat ne constitue pas une prorogation du premier). Sur la continuation du contrat après son extinction, cf. *infra* n° 234.

²⁸⁰ Avant la nouvelle codification, la jurisprudence prononçait parfois la nullité absolue de l'acte : Civ. 3^e, 15 déc. 1999, Bull. civ. III, n° 242, pourvoi n° 98-10.430.

²⁸¹ Com., 25 mars 1974, Bull. civ. IV, n° 106, p. 85, pourvoi n° 73-11.785, JCP G, 1946, II, 18378, note SIMLER Ph (la fixation par les art L. 330-1 et s. d'une durée légale maximale est d'ordre public) ; Com. 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 71, p. 55, pourvoi n° 95-21.906, D. 1998. 334 ; Toulouse, 4 déc. 1997, JurisData n° 056215 (réduction de la durée de la stipulation illicite).

²⁸² Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n° 246, p. 174, pourvoi n° 95-17.339 ; *Droit des contrats, Dix ans de jurisprudence commentée*, Éd. Litec 2002, n° 95 ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, inédit, pourvoi n° 99-21.209 ; JCP G 2003, I, 122, n° 15 ; RTD civ. 2002. 510, obs. MESTRE J+-. Cf. *infra* n° 617 et s. (sur la requalification du contrat par le juge). *Adde* Soc., 6 oct. 2010, Bull. civ. V, n° 213, pourvoi n° 09-65.346, obs. MAZEAUD D., RDC 1^{er} janv. 2011, 1, p. 107 : le contrat de

choisie par l'ordonnance : le contrat est réputé avoir une durée indéterminée, ce qui permet à chaque partie de le révoquer librement. La prohibition des engagements perpétuels apparaît alors comme un axiome fondateur de la temporalité du contrat et, par conséquent de l'extinction²⁸³.

60.- Datation de l'extinction. En revanche, ce qui ressort de la lecture du Code est que la fin de la durée contractuelle, dans ce qu'elle a pourtant d'irrésistible, n'a pas toujours date certaine²⁸⁴, pouvant être déterminée par le contrat ou rester imprévisible. Mais l'imprévisibilité n'est pas en soi de nature à empêcher le repérage du moment à partir duquel la fin intervient. C'est plutôt la conception même de l'effet extinctif qui est facteur d'incertitude. En effet, « *l'imprécision de la notion de cessation du contrat autorise des interprétations* »²⁸⁵. Par exemple, le licenciement correspond à l'acte extinctif ayant pour effet de rompre le contrat de travail et d'ouvrir la période postcontractuelle. Or, s'il prend effet à la date d'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture²⁸⁶, le préavis ne court qu'à compter de la date de réception de la notification²⁸⁷. De plus, ce n'est que la « *fin de la prestation du préavis* », de même que l'arrivée du terme, qui « *fait cesser le contrat de travail de plein droit* »²⁸⁸. Comment alors discriminer le moment de la fin du contrat de travail, entre la date d'envoi (prise d'effet de l'acte extinctif), celle de réception (début du préavis) et celle de la fin du préavis (cessation de plein droit) ? La réponse à cette question, de laquelle dépend l'identification de l'ouverture de la période postcontractuelle, est consubstantielle à la conception doctrinale de l'extinction.

vendanges prévu par les art. L. 718-4 à L. 718-6 du C. rural est un contrat saisonnier conclu en application de l'art. L. 1242-2 3° du C. du travail qui doit, conformément à l'art. L. 1242-7 du même code, comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou, à défaut, une durée minimale. Un contrat qui se borne à indiquer qu'il se terminerait « *à la fin des vendanges* » ne comportant ni terme précis, ni durée minimale, une cour d'appel en a exactement déduit qu'il devait être requalifié en un contrat de travail à durée indéterminée.

²⁸³ Cf. *infra* n° 78.

²⁸⁴ « *La vie d'un contrat n'est pas toujours inscrite entre deux dates précises où le contrat se forme, où le contrat s'éteint* », in « *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in Festschrift für KARL H. NEUMAYER, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 228.

²⁸⁵ MALAURIE-VIGNAL M. et MATHEY N., *Précision sur la date de rupture effective du contrat d'agent commercial*, CCC mars 2011, comm. 58, p. 20.

²⁸⁶ AP, 28 janv. 2005, Bull. n° 1, p. 1, pourvoi n° 01-45.924 ; Soc., 1^{er} déc. 2005, Bull. civ. V, n° 350, p. 312, pourvoi n° 04-42.163 ; Soc., 11 mai 2005, Bull. civ. V, n° 159, pourvoi n° 03-40.650 et 03-40-651 ; *ibid* 26 sept. 2006, Bull. civ. V, n° 287, p. 275, pourvoi n° 05-44.670 ; *ibid*, Bull. civ. V, n° 288, p. 275, pourvoi n° 05-43.841 ; *ibid* 9 janv. 2008, inédit, pourvoi n° 06-44.897 ; *ibid* 11 janv. 2007, Bull. civ. V, n° 3, p. 2, pourvoi n° 04-45.250 ; L'employeur ne peut choisir de différer la date de prise d'effet du licenciement.

²⁸⁷ Soc., 7 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 327, p. 318, pourvoi n° 05-42.323.

²⁸⁸ VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 164.

C- LA CONCEPTION DOCTRINALE L'EXTINCTION

61.- **Une compréhension duale du temps de l'extinction.** La doctrine énonce traditionnellement que « *la durée du contrat se définit comme une période dont les frontières sont limitées par l'instant de formation et le moment d'extinction du contrat* »²⁸⁹, tout en observant néanmoins que les suites de l'extinction laissent subsister un « *souvenir plus ou moins marqué de l'existence de cet acte juridique. Il s'agit de la phase post-contractuelle* »²⁹⁰. Aussi, faut-il encore repérer les frontières délimitant la séquence temporelle formant la durée du contrat. Cette tâche est source de difficultés et de discussions doctrinales. Les difficultés sont effectivement nombreuses du fait que tous les contrats n'ont pas le même rapport au temps qui passe. Du contrat à durée déterminée au contrat à durée indéterminée, du contrat à exécution instantanée à celui dont l'exécution est successive ou échelonnée²⁹¹, du contrat de courte durée au contrat relationnel²⁹², des relations occasionnelles aux relations établies²⁹³, les rapports entre contractants sont aussi bien des figures de l'instant que de la pérennité, du temps fulgurant que de celui qui s'allonge. La fin du contrat peut ainsi résulter de l'exécution, de l'effet d'un terme extinctif, d'une liberté de rompre unilatéralement, d'un commun accord, etc.

« *L'instant est la cellule de base de la mesure du temps. Il permet de calculer les durées, mais il n'en a pas à proprement parler* »²⁹⁴. À partir de cette acception de ce qu'est l' « instant », rechercher l'instant final du contrat, c'est vouloir identifier un trait de temps. Mais la conception du moment extinctif peut prêter à discussion : existe-t-il une « *césure* »²⁹⁵ instantanée à partir de laquelle le contrat prend fin et l'après-contrat commence ? Ou bien l'extinction a-t-elle une durée, formant alors un espace intermédiaire entre la durée du contrat et le temps postcontractuel ? Ces questionnements opposent deux visions de l'extinction. D'une part, il est possible de défendre l'idée que le contrat s'éteint comme il se forme, c'est-à-dire en un « *éclair* »²⁹⁶. D'autre part, il est envisageable de voir en l'extinction un « *délitement progressif* »²⁹⁷ du contrat, donnant l'impression d'un temps dilaté. Pour comprendre cette dichotomie, il convient d'observer le contenu de la conception instantanéiste, dite doctrine du coup de foudre (*a. La doctrine du coup de foudre*), ainsi que ces critiques, lesquelles tendent à rejoindre une

²⁸⁹ LAFVBE-LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, th. préc., p. 17.

²⁹⁰ LAFVBE-LABORDERIE A.-S., *idem*.

²⁹¹ Cf. DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, t. 15, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 3^e éd., Lahure 1863-1867, n° 469 ; DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. 2, Librairie Rousseau, 1923, n° 917 *quinquies*.

²⁹² Cf. *infra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

²⁹³ Cf. *infra* n° 280 et s., 396 et s.

²⁹⁴ CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 135, n° 157.

²⁹⁵ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, th. préc., p. 133. Cf. *infra* n° 168, 346.

²⁹⁶ Cf. *infra* n° 62.

²⁹⁷ ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, thèse Paris I, 2000, p. 390, n° 370.

conception antagoniste, représentée par la théorie de l'arriéré obligatoire (*b. La théorie de l'arriéré obligatoire*).

a) *La doctrine du coup de foudre*

62.- Un « coup de foudre » **extinctif**. Le point final de l'histoire contractuelle peut être marqué d'un certain absolutisme, laissant croire que les parties retombent dans une liberté totale et les obligations dans le « néant normatif »²⁹⁸ duquel elles auraient surgi. Tout se déroule comme si le contrat s'éteignait aussi rapidement qu'il a pu se former, par la même rupture fulgurante du temps. Il s'agirait d'un trait de temps « éclair »²⁹⁹, cet « instant magique »³⁰⁰, formé d'un « temps aplati »³⁰¹ si caractéristique des moments bornant la durée du contrat. Cette conception, qui adopte parfois des tournures empreintes d'un certain « romantisme juridique »³⁰², correspond à la « doctrine du coup de foudre »³⁰³, dont le champ lexical transparait dans le langage juridique, comme si tout contrat se formait *intuitu personae*, selon les usages d'une union amoureuse. C'est ainsi que la doctrine observe la tendance du droit à « protéger le consommateur contre les **coups de foudre contractuels** »³⁰⁴, faisant par ailleurs remarquer qu' « à une époque où le **mariage s'[/est] peut-être trop transformé en contrat, certains [ont] rêvé de transformer tout contrat en mariage** »³⁰⁵. La période précontractuelle ressemble alors à celle d'une période de séduction, dans laquelle « la lettre d'intention est au contrat ce que les **fiançailles sont au mariage** »³⁰⁶. Pour certains, le romantisme inspire l'ensemble de la relation contractuelle, du début à sa fin : « nos **tourtereaux ont, dès la conclusion du contrat, fixé un terme à l'expiration duquel leur idylle cessera** »³⁰⁷, comparant les contractants à des partenaires qui « à l'instar d'époux bien sages [...] pourront **convoler ailleurs en justes noces contractuelles** » sans être pour autant

²⁹⁸ Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Colloque, Chambéry, 28 avril 1997, Dr. et pat. Mars 1998, p. 52.

²⁹⁹ ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2^{ème} éd., p. 459.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² GAUTIER P.-Y., « Rapport de synthèse », in *Les cessations des relations contractuelles d'affaires, Colloque 30 et 31 mai 1996*, PUAM, 1997, p. 217.

³⁰³ OST F., *Temps et contrat, critique du pacte faustien*, in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. Henri Capitant, t. 4, Nantes, 1999, 2000, p. 148.

³⁰⁴ MAZEAUD D., « Durées et ruptures », RDC 1^{er} janv. 2004, n° 13.

³⁰⁵ CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, 2000, n° 114.

³⁰⁶ MATRAY D., « La lettre d'intention in Comment négocier un contrat international à long terme ? », Colloque Tours 1-3 juin 1978, *Droit et pratique du commerce international*, Tome 5, n° 1, mars 1979, p. 61. *Adde* RINGLER S., *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, th. Toulouse 1, p. 387, qui, après avoir comparé la période précontractuelle dédiée aux négociations à ce qui s'apparentent « **premiers flirts** », aux « **premiers émois contractuels** », constate que « la durée des **fiançailles contractuelles dépend pour une large part de la volonté des parties** ». Succèdent alors aux **fiançailles**, « **les préparatifs du mariage** », « **le libertinage** », « **la trahison** », « **le mariage** » et la « **noce** » (*ibid.* pp. 388-389).

³⁰⁷ MAZEAUD D., art. préc., n° 1.

à l'abri du « *libertinage contractuel* »³⁰⁸. Ainsi, ciblant plus précisément la cessation de la relation, il est encore énoncé que « *nul ne peut prononcer le divorce contractuel avant l'expiration du délai convenu [...]. Les premiers se montrent favorables à un divorce³⁰⁹ contractuel soumis à un régime de liberté quasi absolue et exempt d'obligations postcontractuelles à la charge de l'auteur de la rupture, tandis que les autres sont enclin à un encadrement beaucoup plus strict de la désunion et de ses suites* »³¹⁰. La métaphore du couple est en quelque sorte le reflet de l'éclatement de l'extinction dans le Code civil, qui apparaît aussi bien au travers des dispositions relatives aux personnes qu'aux obligations. Elle vaut aussi en matière commerciale³¹¹, ou en droit social : « *lorsque tout est fini, que le contrat de travail a pris fin, que les parties se sont quittées, que reste-t-il de la relation ? Le couple s'est-il séparé pour ne plus jamais se revoir, sans dette ou obligation réciproque ? Ou comme chaque couple, conserve-t-il un lien, un secret commun qu'il convient de préserver ?* »³¹².

Partant, l'avant-contrat ressemble à des *fiançailles*, donnant au contrat les allures du *mariage*. Pour sa part, l'après-contrat est assimilé aux effets d'un *divorce*, à l'occasion duquel on « *recherche des torts réciproques* »³¹³, laissant à penser que le temps postcontractuel est nécessairement animé de différends³¹⁴. Toutefois, la terminologie de la rencontre illustre un processus classique fondé sur le volontarisme, décrit comme si « *les parties s'étaient déterminées en un instant de raison, et que l'acte était instantanément passé du néant normatif à la vie juridique* »³¹⁵, si bien que l'heure de la séparation serait tout aussi fulgurante. Dès lors, une description attendue de la durée conventionnelle indique que « *le contrat est conçu comme un phénomène encadré par des limites temporelles précises. Un contrat existe d'un moment déterminé à un autre moment déterminé* »³¹⁶. Mais ces « *mythes* »³¹⁷ qui fondent

³⁰⁸ GAUTIER P.-Y., « Rapport de synthèse », préc., p. 222 et s.

^{309/309} Pour une autre occurrence de « divorce », v. GAUTIER P.-Y., rapport de synthèse, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque 30 et 31/05 1996, PUAM 1997, p. 219 et s.

³¹⁰ MAZEAUD D., « Durées et ruptures », RDC 1^{er} janv. 2004, n°4 et 5.

³¹¹ LANGEVIN L., « *Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues* », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 4, 2008, p. 522, comparant la réalité de de la relation commerciale, après l'extinction du contrat qui donnerait lieu à de nouveaux rapprochements entre les anciens contractants, à « *la réouverture des ententes entre les ex-époux* ». Cf. *supra* n° 26.

³¹² VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 161.

³¹³ PANCAZI-TIAN M.-E., « Résolution et résiliation judiciaires », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque 30 et 31 mai 1996, PUAM 1997, p. 69.

³¹⁴ Cf. *infra* Seconde partie, Titre II, Chapitre 2 (sur l'après-contrat et l'office du juge)

³¹⁵ Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Colloque, Chambéry, 28 avril 1997, Dr. Et pat. Mars 1998, p. 52.

³¹⁶ FONTAINE M., « *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in *Festschrift für KARL H. NEUMAYER*, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 217.

³¹⁷ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC 01/12/2003, n° 1, p. 295.

l'« utopie »³¹⁸ classique ont subi des remises en question.

63.- La doctrine du « coup de foudre » critiquée. En effet, il a été reproché à la doctrine de fantasmer une « vision angélique »³¹⁹ du contrat. Une telle instantanéité serait trop éloignée de la réalité³²⁰, laquelle ressemblerait davantage à des périodes de temps correspondant à des « points de départ » et des « points d'arrivée »³²¹ de la convention. En ce sens, les critiques ébranlent la théorie classique, comparée à une « chimère doctrinale »³²², particulièrement pour son manque de pragmatisme. S'il faut relever que la fin du contrat est souvent plus proche de l'instauration d'un régime de *semi-liberté*³²³ que d'un véritable retour à la liberté telle qu'elle fut avant la formation du contrat, il n'est pas pour autant acquis que les reproches faits à la théorie classique se montrent suffisants à évincer la conception classique de l'extinction.

Marcel Fontaine, en 1985, a proposé une réflexion sur la « *survie du contrat* »³²⁴. À partir de ses propositions, il est possible de dégager plusieurs points d'ancrage à la compréhension de la notion d'après-contrat. L'auteur remarque notamment qu'avant la formation du contrat, le débiteur potentiel ne doit encore rien à son (futur) créancier, et qu'après l'extinction du contrat, l'(ex) débiteur ne doit plus rien à son (ex) créancier. Il précise néanmoins que ce constat théorique s'avère moins catégorique d'un point de vue pratique, du fait que certains contrats ne se situent pas précisément entre deux limites temporelles instantanées et présentent « *la nature d'un processus évolutif, d'un contenu mouvant* »³²⁵. C'est ainsi que l'auteur annonce que des engagements de nature contractuelle peuvent apparaître après l'exécution du contrat, et c'est à ce titre qu'il évoque l'idée de *survie* de la convention à travers des obligations de natures diverses, bien que le contrat ne soit pas une « *institution éternelle* »³²⁶. Il remarque par ailleurs que si le contrat connaît un terme, « *la théorie classique ne se préoccupe plus*

³¹⁸ MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC 01/12/2003, n° 1, p. 295.

³¹⁹ *Idem*

³²⁰ « *La cessation d'un contrat ne peut plus être uniquement perçue comme un trait net tiré dans le temps. L'examen de la pratique révèle en effet que les frontières temporelles des contrats, spécialement des contrats internationaux, sont souvent imprécisés* », in KOHL B., « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », RDAI, 2002/3-4, p. 443.

³²¹ V. not. CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. Paris I, 2001, p. 177.

³²² *Idem*.

³²³ « *L'estraneità conseguita (se si vuole, ritrovata) dopo lo scioglimento del vincolo è, per così dire, una semilibertà ancora intrisa del rapporto pregresso, che non sfugge al principio di affidamento* », in GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, Vol. 1 : *Il rapporto obbligatorio*, (dir.) SACCO R., UTET Giuridica, 2015, Milanofiori, Capitolo secondo : fonti dell'obbligazione e criteri del giudizio giuridico, Sezione 3 : La dissociazione dell'effetto dalla fonte, n° 9. Traduction que nous proposons : « *L'extranéité qui fait suite à la dissolution de l'engagement (extranéité en quelque sorte retrouvée) est, pour ainsi dire, une semiliberté encore empreinte du rapport précédent, qui n'échappe pas au principe de confiance légitime* ».

³²⁴ M. FONTAINE, « *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in Festschrift für KARL H. NEUMAYER, Nomos, Baden-Baden, 1985.

³²⁵ *Ibidem*, p. 218.

³²⁶ FONTAINE M., préc., p. 225.

guère de ce qui suit ce terme, puisque le contrat est considéré comme éteint »³²⁷ - ce qui, probablement, contribue à la discrétion de la notion d'après-contrat dans le paysage juridique. L'auteur affirme alors que, néanmoins, la liquidation du contrat peut être envisagée après une fin prématurée, en donnant l'exemple des restitutions³²⁸. Il observe aussi qu'il est bien rare que le lien *inter partes* subsiste après le contrat, en ce qui concerne l'objet principal de celui-ci. En effet, la plupart du temps, le contrat survit à travers certaines obligations parfois « *antérieures qui se prolongent dans l'avenir, parfois d'obligations nouvelles nées de l'extinction même du contrat* »³²⁹. Donnant l'exemple d'une clause de confidentialité³³⁰, il en arrive à la conclusion que dans ces cas de survies, le contrat ne s'éteint qu'en ce qui concerne son obligation principale, et ne se maintient en vie que pour des obligations accessoires³³¹.

Cette observation se rapproche d'une analyse de droit italien, selon laquelle les obligations postcontractuelles sont également vues comme des *doveri accessori* (devoirs accessoires), qui trouvent leur fondement dans le principe de *buona fede* (bonne foi)³³². Ainsi, « *c'est en vertu du contrat lui-même que ces obligations lui survivent* »³³³. Selon Monsieur Fontaine, il n'est donc pas exact de parler d'obligations postcontractuelles, ou postérieures à l'extinction du contrat. Le phénomène postcontractuel est ainsi vu comme la traduction du caractère sommaire de l'analyse classique qui désigne la fin du contrat comme un moment historique défini. S'ajoute même la proposition suivante : « *Dans bien des cas, l'extinction du contrat se produit en deux étapes : l'extinction des obligations principales, qui peut en général être constatée en un moment précis, puis l'extinction des*

³²⁷ FONTAINE M., préc., p. 225.

³²⁸ Nous remarquons toutefois que la fin naturelle d'un contrat peut faire naître des obligations postcontractuelles telles que les restitutions.

³²⁹ FONTAINE M., préc., p. 226. Cf. *infra* n° 369 et s.

³³⁰ « *Les parties s'engagent à garder strictement confidentielles toutes les informations communiquées par l'autre partie et tous les résultats obtenus du travail de collaboration de ce contrat.*

Cet engagement de secret ne s'applique pas :

1.- ce qui est déjà en possession de chaque partie au moment de l'accord.

2.- ce qui est maintenant de connaissance publique ou qui devient ensuite de connaissance publique à travers les voies d'information ordinaires.

La clause de discrétion survit pendant cinq années à l'échéance de ce contrat. »

³³¹ Rapp. PETEL I., *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier, 1984, p. 545 ; GHESTIN J., JAMIN Ch. Et BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 148 ; MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n° 869 ; BOYER L., *Encyclopédie Dalloz*, V° « contrats et conventions », n° 129 ; (critique) ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, th. préc., p. 78 et s. Comp. *infra* n° 370, 383, 416 et s., 421 et 655.

³³² VALENTINO D., *Dei singoli contratti (art. 1470 - 1547)*, Vol. 1, UTET Giuridica, 2011, p. 96. Rapp. ég. de CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, 1^{ère} éd., Coll. « Quadrige », 2002, vol. 2, p. 1940 ; SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique en droit privé*, th. préc., p. 10, n° 5 : « *L'acte extinctif ressemble en réalité à un acte accessoire et secondaire dont l'étude isolée ne présente pas d'intérêt, puisque chaque acte extinctif particulier se comprend à l'aune de son objet* » (l'auteur démontre toutefois qu'un « *renversement de point de vue* » permet d'envisager l'acte extinctif en tant qu'objet principal d'analyse, jusqu'à en dégager une unité notionnelle, comme « *acte en ce qu'il a l'effet extinctif pour fin et non pour conséquence* » [p. 184, n° 123]). Dans cette perspective, les obligations postcontractuelles commencent alors à apparaître comme les obligations principales d'un acte extinctif : cf. not. *infra* n° 421.

³³³ FONTAINE M., préc., p. 226.

*obligations qui “survivent” au contrat, susceptible de se réaliser de manière progressive, pendant un temps relativement long »*³³⁴. Selon ces termes, l'après-contrat serait donc un truisme, un mirage, mais rien d'autre en réalité que le contrat moribond se délitant, dans une lente agonie, au travers d'une sorte d'extinction par « *punctuation* »³³⁵. Une partie de la doctrine préfère donc voir dans l'extinction un phénomène de dilatation du temps extinctif, éliminant ainsi la théorie du « *coup de foudre* ». Elle oppose de la sorte une conception de l'extinction en tant que *durée*, à une autre conception de l'extinction comme *instant*. D'ailleurs, l'image de la *punctuation* est proche d'un autre critère d'identification du temps postcontractuel : le critère de l'« arriéré obligatoire ».

b) *La théorie de l'arriéré obligatoire*

64.- Le critère de l'« arriéré obligatoire ». Une tentative d'identification de la période postcontractuelle a été proposée par le Doyen Josserand : « *la période à laquelle nous donnons le qualificatif de postcontractuelle s'ouvre, non pas après la formation ni même l'exécution apparente, approximative du contrat, mais seulement après sa pleine consommation, après son épuisement ou même sa dissolution, soit par l'action du temps, soit par l'accomplissement de toutes les obligations* »³³⁶. Une réserve mérite toutefois d'être opposée à cette proposition, notamment sur la suite de cette citation. En effet, l'auteur poursuit ainsi : « [...] *en sorte que la situation [soit] définitivement liquidée et que le contrat, ayant pris fin par l'arrivée du terme ou par une déclaration unilatérale de volonté, ne laisse aucun arriéré obligatoire* »³³⁷. L'étude de Josserand, par sa prise en compte de ce dernier critère d'« arriéré obligatoire », laisse penser que, tant qu'il existe une obligation inexécutée, la durée de l'acte est toujours en cours. Partant, la durée apparaît diffuse et insaisissable. En effet, alors même qu'il s'agit d'une tentative de définition de la période postcontractuelle, l'épuisement de tout « *arriéré obligatoire* » choisi par l'auteur n'est assurément pas de nature à affiner la compréhension de la durée du contrat.

En comprenant la définition de l'arriéré obligatoire comme les obligations qui, ayant normalement dû être exécutées avant une certaine date échue, mais ne l'ont pas été, quelle doit être son influence sur la durée du contrat ? La seule observation du contrat à durée déterminée suffit à répondre à cette question. Le contrat à durée déterminée étant soumis au jeu du terme extinctif, l'inexécution se

³³⁴ FONTAINE M., préc., p. 225.

³³⁵ MESTRE J. « Des relations postcontractuelles », RTD civ. 1987, p. 311, n° 4 ; ANDRE M.-E., DUMONT M.-P. et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Levallois Perret, Francis Lefebvre, 2005, p. 24 ; MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », art. préc., p. 147.

³³⁶ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, (1939), t. 1, 2° éd. D. 2006, p. 205, n° 149. Cette définition laisse apparaître la règle de l'exhaustivité (cf. n° 70, 80, 373) et celle que nous définirions comme règle de la sénescence (cf. n° 76).

³³⁷ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *ibidem*.

manifestant en cours de contrat, et qui persisterait au jour du terme extinctif, n'est pas de nature à empêcher l'extinction du contrat. Le cas du bail se prête à l'analyse : le non-paiement de loyers échus n'a pas pour effet de reporter ou de neutraliser l'extinction. Il n'y aurait certainement aucune logique à faire de la faute du débiteur une cause de prorogation du lien contractuel. C'est pourquoi, la présence d'un arriéré obligatoire ne peut apparaître comme un critère permettant de repousser le développement de l'après-contrat. C'est en revanche la liquidation du rapport *inter partes* qui en sera impactée, précisément en raison du retard de paiement.

65.- Un critère inopérant. Ainsi, la conception doctrinale de l'extinction qui consiste à voir le contrat en cours partout où il y aurait de l'obligation exigible, donne à l'extinction une temporalité fugitive, par la même occasion, perd de vue la fonction du terme extinctif. En d'autres termes, il n'est pas admissible d'ériger la persistance d'obligations en critère de prolongement de la durée du contrat.

D'ailleurs, si pareille démarche était appliquée à l'avant-contrat, l'apparition dès la période précontractuelle de certaines obligations tendraient à indiquer que la durée du contrat a déjà commencé. Or, l'article 1104 (nouveau) du Code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* »³³⁸. Les parties peuvent donc être tenues à des obligations avant d'avoir formé l'acte juridique, ce qui n'implique pas que le contrat existe ou a existé avant la rencontre de l'offre et de l'acceptation³³⁹. De même, l'extinction du rapport obligatoire n'exclut pas non plus la persistance ou la naissance d'obligations nouvelles, précisément appelées à se déployer dans l'après-contrat³⁴⁰. Elles peuvent même reposer sur un « *arriéré obligatoire* », précisément dans le but de le liquider : telle est le cas des obligations ordonnées par la résolution³⁴¹. C'est pourquoi l'après-contrat a parfois vocation à gérer le sort des obligations en attente d'exécution, quand cet arriéré a causé la fin du contrat³⁴² ; ou lorsqu'il s'est accumulé postérieurement à l'extinction, par l'inexécution d'une obligation spécifiquement liée à la cessation du rapport contractuel, comme celle de vider les lieux en fin de bail³⁴³.

En conséquence, la fin du contrat doit être l'indice que le temps qui lui succède est un temps

³³⁸ Sur la place de l'obligation de bonne foi en-dehors de la durée du contrat, cf. spéc. *infra* n° 318 et s.

³³⁹ Art. 1113, al. 1^{er}, (nouveau) C. civ. : « *Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ».

³⁴⁰ Cf. *infra* Première partie, Titre II, Chapitre 1, et Seconde partie, Titre I.

³⁴¹ Cf. *infra* n° 148 et s., 434 et s. ANDRE M.-E., DUMONT M.-P. et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Levallois Perret, Francis Lefebvre, 2005, p. 49 ; MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », n Remédier aux défaillances du contrat, Larcier, p. 147.

³⁴² La résolution pour inexécution met fin au contrat (art. 1229 C. civ.) et appelle la restauration d'un équilibre entre les anciennes parties, ce qui implique l'exécution d'obligations de liquidation (cf. *infra* n° 155 et s.).

³⁴³ Cf. PRIGENT S., *Rép. Dr. Immo. Dalloz*, « Bail rural », oct. 2013 (actu. Févr. 2017), n° 723 et s. et 731 et s. ; LYONS (des) H. et ROUQUET Y., *Rép. dr. civ.*, « Bail d'habitation ou professionnel - Loi du 1er septembre 1948 », oct. 2014 (actu. Janv. 2015), n° 122 et s. ; MASCALA C., « Le congé : état des lieux », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} juin 2012, pp. 61-66.

postérieur. L'après-contrat s'ouvre ainsi à la suite de l'extinction. Il est en ce sens exclu du temps contractuel. La fin est à ce titre un marqueur de la durée du contrat.

§2) La fin comme marqueur de la durée du contrat

66.- Pour une conception instantanéiste. La critique de la théorie classique semble insuffisante à renoncer à une conception instantanéiste de l'extinction. En effet, si les effets extinctifs durent, l'extinction elle-même ne dure pas. La théorie classique présente assurément l'avantage de faciliter l'appréhension de la durée du contrat, en faisant de la fin le marqueur de cette durée. Or, l'identification de la séquence temporelle occupée par le contrat est un impératif aussi théorique que pratique. Il semble que la fin, instantanée et marquant la durée du contrat, ne doit pas être confondue avec ses effets qui se prolongent après le contrat. Nous choisissons donc de défendre une conception instantanée de l'extinction (**A. La nécessité de retenir une conception instantanée de l'extinction**). Aussi, faut-il s'accorder sur la détermination de cet instant. La portée de cette solution appelle donc un autre impératif qui est celui de l'identification du repère fondamental de l'extinction (**B. L'identification du repère fondamental de l'extinction**).

**A- LA NÉCESSITÉ DE RETENIR UNE CONCEPTION INSTANTANÉE
DE L'EXTINCTION**

67.- Le besoin d'un repère historique. L'extinction doit nécessairement être retenue comme borne fondatrice de l'après-contrat, autant qu'elle s'impose comme frontière temporelle du contrat. Il est donc indispensable de retenir ce critère, même s'il laisse subsister un arriéré obligatoire, du fait que, nonobstant la continuation ou la naissance d'obligations positives après le contrat, le rapport de droit entre les parties est transformé en même temps que les finalités poursuivies par la relation postcontractuelle³⁴⁴. De plus, s'exprimer en termes de « survie » implique nécessairement l'intervention d'un repère temporel auquel une suite, même imprévue, se forme, d'autant que toutes les obligations postcontractuelles ne sont pas nécessairement d'origine conventionnelle. Par exemple, les obligations de garanties sont d'essence légale et, en cela, ne traduisent pas le contrat qui se survit à lui-même, contrairement à la clause postcontractuelle de confidentialité qui est une anticipation par les parties de l'après-contrat (il s'agit d'une nouvelle génération d'obligations qui succède à l'extinction), ou à la clause processuelle qui résiste à l'anéantissement de l'acte (il s'agit d'une ancienne génération d'obligations qui survivent à l'extinction). Dans le cas des garanties, l'après-contrat est d'ordre public, alors que dans celui

³⁴⁴ Cf. *infra* n° 82 et s.

des stipulations, il participe à une discipline privée organisée par les contractants. De même, si certaines restitutions reposent naturellement sur la loi contractuelle, comme dans le contrat de prêt ou le bail, tel n'est pas le cas des restitutions ordonnées à la suite d'une annulation ou d'une résolution de l'acte. Dans ce dernier cas, elles sont désormais clairement identifiées comme un effet légal de l'extinction³⁴⁵. Elles poursuivent donc des finalités différentes : les premières sont réalisées dans le but de clôturer la relation contractuelle tout en maintenant à l'identique la situation créée antérieurement par l'exécution, tandis que les secondes sont ordonnées dans le but de rétablir, virtuellement, une situation semblable au *statu quo ante*, cherchant ainsi à effacer les traces de l'exécution³⁴⁶.

Par ailleurs, la dilatation dans le temps des *effets* extinctifs ne doit pas être confondue avec celle de leur cause : l'*extinction* elle-même. Il en va ainsi de la définition de l'extinction.

68.- Encadrer avec certitude la durée du contrat. Il convient alors d'admettre la principale qualité de la théorie classique qui est d'identifier l'extinction du contrat de façon instantanée, et permettre de surmonter la difficulté de détermination de la prise d'effet, ou la disparition des obligations. Ainsi, la doctrine romantique a le mérite d'embrasser un maximum de situations contractuelles, sans entraîner une fragmentation du moment de l'extinction. Le droit a besoin d'une date certaine, permettant d'actionner ou de détruire l'exigibilité de telle ou telle obligation. En ces termes, l'idée d'un délitement progressif du contrat est certes séduisante, mais elle ne facilite pas l'appréhension cohérente des effets du contrat si, au prétexte de la persistance d'un lien obligationnel, elle refuse d'admettre l'instantanéité de l'extinction. Elle ne démontre pas non plus son utilité pratique, laquelle est compromise par l'idée de dilatation du temps de l'extinction. Cette dernière ne permet ni aux parties ni aux juges de se repérer par rapport à la durée de la convention³⁴⁷. C'est pourquoi il convient de retenir **qu'un arriéré obligatoire n'exclut pas le caractère postérieur du lien succédant chronologiquement à un fait ou un acte extinctif, ni l'identification de l'instant de cessation effective de la convention.**

³⁴⁵ Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'*ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Sous-Titre 1- La responsabilité contractuelle, *in fine*) : « la question des restitutions est donc désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi » ; MEKKI M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet régime des obligations et de la preuve », D. 2016. 608, n° 26 ; SEUBE J.-B., « Le juge et les restitutions », RDC 1^{er} juin 2016, 2, p. 411.

³⁴⁶ Cf. cependant *infra* 163 et s. (sur l'orientation du temps succédant à la disparition du contrat).

³⁴⁷ Le juge sera néanmoins l'interprète de la durée des obligations lorsque les circonstances le commandent. Tel est le cas des situations entrant dans le champ d'application de l'article 1900 du Code civil, lequel prévoit que s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances ». V. not. LIEUTHIER J.-Ph., « L'article 1900 du code civil : exemple de comblement d'une lacune contractuelle par le juge ». C'est aussi le cas lorsque les parties prévoient une condition sans l'assortir d'un terme extinctif, ou une clause de tacite reconduction non limitée dans le temps : cf. *infra* n° 76, 1^{ère} nbp). *Adde infra* n° 410 et s. (sur la durée des clauses postcontractuelles).

69.- La fin, une aiguille de l'horloge contractuelle. L'instantanéité de l'extinction se rapporte de la sorte à l'ordonnement chronologique du contrat, en tant que marqueur temporel permettant d'identifier et de distinguer ce qui vient avant et ce qui vient après. Cet aspect chronologique des événements composant la vie de la relation contractuelle permet de désigner l'extinction comme un instant propre à mesurer la durée du contrat, rattachée pour sa part à la « chronométrie »³⁴⁸ du temps juridique. Partant, il est possible de retenir l'idée selon laquelle « *l'instant est un repère essentiel de la vie juridique car il marque le moment de la naissance ou de l'extinction des personnes juridiques et des droits, celui du début ou de la fin des situations juridiques, celui de l'intervention des faits juridiques. Il matérialise le point de départ d'un délai et détermine donc le moment de son expiration* »³⁴⁹. Le droit a besoin d'une date certaine, permettant de sanctionner de manière adaptée les situations juridiques.

70.- Nécessité de restaurer la place de la postériorité. Pourtant, c'est encore l'idée même de postériorité qui a pu être réfutée : « *il n'est donc pas exact de parler d'obligations « post-contractuelles », ou « postérieures à l'extinction du contrat* »³⁵⁰. Ce scepticisme se justifie par une vision de l'extinction en deux étapes. Premièrement par l'extinction des obligations principales, deuxièmement par l'extinction des obligations « *survivantes* ». Nous ne sommes toutefois pas convaincus par la portée générale de cette description et ce, pour deux raisons.

D'une part, un amalgame entre phase d'exécution et phase d'extinction est en l'occurrence critiquable. En effet, ce qui est décrit comme une première phase d'extinction du contrat, concernant les obligations principales, se confond en réalité avec la phase d'exécution de ces obligations. Les obligations disparaissent du fait de leur propre exécution, à l'instar de l'extinction des droits par l'usage. Ce phénomène se rapporte notamment à la règle de l'exhaustivité qui a pu être définie par Laurent L'Huillier³⁵¹, ou encore à la notion (plus réduite, car limitée aux contrats instantanés) de « *contrats*

³⁴⁸ V° « Chronométrie », in Ortolang, CNRTL : « *Science ayant pour objet la mesure du temps* ». Comp. A la « *chronologie* » qui consiste en la suite ordonnée d'une opération ou d'événements, et en la connaissance de l'ordre des temps depuis l'antérieur vers le postérieur.

³⁴⁹ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 2012, Dalloz, 5^e éd., p. 139.

³⁵⁰ FONTAINE M., préc., p. 227.

³⁵¹ V. L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947, p. 191 et s. L'auteur expose la **règle de l'exhaustivité** qui s'applique au **droit formateur**. En effet, les droits formateurs tendent vers un but futur : création, modification ou extinction d'un rapport juridique. Il suffit que le but soit atteint, à savoir que la modification juridique se réalise, pour que le droit disparaisse automatiquement. La règle de l'exhaustivité consiste donc en le principe que l'extinction du droit est la conséquence de son exercice. L'idée est que le droit s'éteint par l'usage. L'auteur explique alors que « *le droit exercé est ainsi soumis à un phénomène d'autodestruction* ». Cet effet d'usage est décrit par l'auteur comme un « *effet réflexe* », s'opposant à l'idée d'un « *effet principal* ». Cependant, la capacité formatrice elle-même n'est pas soumise à la règle de l'exhaustivité, car elle peut être exercée plusieurs fois sans subir la moindre altération. La règle de l'exhaustivité repose sur l'idée selon laquelle « *le but du droit formateur disparaît une fois qu'il est atteint, en sorte que le moyen juridique de l'atteindre doit disparaître avec lui* ». Il précise néanmoins que seul l'usage fructueux du droit entraîne l'extinction de ce droit. C'est pourquoi le titulaire d'un droit qui échouerait dans l'exercice de ce droit, peut l'exercer à nouveau si aucune autre cause d'extinction n'est intervenue.

manuels » définie par Georges Rouhette³⁵². L'exhaustion³⁵³ de l'obligation entraîne donc automatiquement la disparition de cette dernière. C'est ce qui justifie par exemple que le paiement soit considéré comme un mode d'extinction de l'obligation³⁵⁴, tel qu'énoncé dans le nouvel article 1342, alinéa 3 du Code civil : « *il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette (...)* »³⁵⁵. Or les parties n'exécutent pas un *contrat*, mais bien des *obligations*. La réduction de la durée du contrat à ce qui serait désigné artificiellement comme « une phase d'exécution » comprise entre une première phase précontractuelle et une autre postcontractuelle n'a pas de sens³⁵⁶. Les obligations existent aussi autour de la durée du contrat, avant, et après. Le temps de l'exécution est donc partout, ce qui exclut le seul critère de l'exécution comme révélateur de la durée de l'acte.

C'est pourquoi, d'autre part, pour contester l'idée de « *seconde phase d'extinction de la convention* » et confirmer l'existence d'une postériorité, il convient d'étudier l'après-contrat au travers d'une prise en compte nécessaire de la distinction entre contrat et obligations³⁵⁷. Le contrat, en s'éteignant, n'emporte pas avec lui toutes les obligations qu'il avait fait naître, tout comme il ne restitue pas toutes les libertés qui l'ont lui-même fait naître. Effectivement, le contrat s'impose comme une norme créatrice d'obligations, mais c'est également le cas de sa cessation. Qu'il s'agisse de la norme créatrice, ou de la norme extinctive, chacune est dotée d'une force obligatoire. La production normative

³⁵² ROUHETTE G., « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », th. Ronéo Paris, 1965, p. 418-423 : « *les contrats qui s'épuisent dans leur réalisation même, où l'échange simultanée des prestations constitue le tout de l'opération, sans que l'on puisse saisir auparavant quelque processus de formation à quoi ferait suite une quelconque phase d'exécution : les contrats doublement instantanés, au point de vue générique comme au point de vue traditionnel* ».

³⁵³ V° « *Exhaustion* », in Littre en ligne : « *Action d'épuiser* ». Adde : « *Empr. au b. lat. exhaustio, -onis "action d'épuiser"* ».

³⁵⁴ Cf. CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 798-799 ; GRUA F., « L'obligation et son paiement », in *Mélanges Y Guyon*, Dalloz, 2009, p. 481 ; FAGES B., « Le paiement extinctif : légèrement rénové, classiquement défini », Dr. Et patr. Juill.-août 2015, p. 51 ; FRANCOIS J. et LIBCHABER R., « Extinction des obligations (art. 1228-1250) », in *Avant-projet de réforme des obligations et de la prescription, La documentation française*, p. 67.

³⁵⁵ Le nouvel article 1342-1 du Code civil permet d'assurer l'effet libératoire du paiement, même si ce dernier a été effectué par un autre que le débiteur. Pour sa part, le nouvel article 1313 assure l'effet libératoire à l'égard des codébiteurs solidaires.

³⁵⁶ La Cour de cassation a été amenée, en application de l'article L. 113-12 du Code des assurances, à préciser que la durée de la garantie est sans incidence sur la durée du contrat : Civ. 2^e, 24 nov. 2011, inédit, pourvoi n° 10-19.599, RGDA, 2012. 439, note MAYAUX L.

³⁵⁷ Cf. ég. la différence entre l'*obligatoire* et l'*obligationnel*, in LATINA M., V° « Contrat : généralités », J.-Cl. Rép. dr. civ. (mai 2017), n° 116 et s. ; ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999. 772 : « *la notion même de force obligatoire n'a, elle, guère été explorée. Plus exactement, dans la présentation qui en est habituellement donnée, elle se dissout très vite dans l'appréhension des obligations qui lient les contractants : pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat. La consultation des principaux manuels et traités de droit des obligations actuellement en usage est à cet égard révélatrice* » ; JEULAND E., « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003. 455 ; LUCAS-PUGET A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. FABRE-MAGNAN E., Bibl. de dr. privé, t. 441, LGDJ, 2005, p. 328 ; SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2010, p. 7, n° 3 ; AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de C. Eisenmann », APD, t. 32, 1987. 304 s. ; RÉMY-CORLAY et FENOUILLET (dir.), *Force obligatoire et contenu du contrat, dans, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat*, 2003, Dalloz, p. 151 s., spéc. p. 152, note 6, et p. 162, note 56 ; FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, 2012, Dalloz.

de la convention précède donc une autre production normative qu'est celle de l'acte extinctif³⁵⁸ : la fin *libère*³⁵⁹ les parties en même temps qu'elle *libère*³⁶⁰ ses propres effets juridiques, mais elle doit s'accommoder du champ de force de l'engagement, autour duquel gravite encore des effets obligationnels persistants. Ainsi, les obligations qui se manifestent après la rupture du temps contractuel se développent sur deux plans d'existence.

71.- Développement sur deux plans. Sur un premier plan, elles se développent sur un fond de continuité qui porte certains effets nés avec le contrat et ayant naturellement vocation à se maintenir, indépendamment de l'extinction. Ce fond de continuité peut se confondre, par exemple, avec un effet légal tel que l'opposabilité. Il peut encore, de manière plus débattue, transporter hors du contrat l'obligation de bonne foi³⁶¹. Il s'agit donc d'effets reposant sur une forme de résistance passive de certaines obligations aux effets extinctifs. Cette résistance consiste à ne pas obéir à la norme extinctive, du fait que les obligations sont animées par une dynamique créée par la norme contractuelle et dont l'utilité post-extinction est préservée. L'utilité de ces effets obligationnels permet donc de les discriminer de ceux qui succombent au moment de l'extinction³⁶².

Sur un second plan, elles se développent dans un mouvement enclenché par la fin. La norme extinctive est porteuse en ce sens d'un temps dynamique à part entière, en ce qu'elle tisse un nouveau droit constitutif d'une situation transformée par le contrat passé³⁶³. À ce titre, la norme extinctive a une fonction agissante sur l'ensemble de l'ordre juridique et sur les obligations nées du contrat. Elle ordonne la disparition des obligations incapables de résister à l'extinction (les obligations principales du contrat à exécutions successives, par exemple), tout en projetant dès l'ouverture de la période postcontractuelle des obligations nouvelles utiles à la gestion de la situation postcontractuelle (comme les obligations portées par les clauses spécifiquement contractuelles, à l'instar des clauses restrictives de la concurrence ou de confidentialité)³⁶⁴.

72.- L'après-contrat, une conjugaison d'effets juridiques. L'après-contrat est donc le résultat d'une interaction entre les effets obligationnels de la norme contractuelle qui se poursuivent

³⁵⁸ BASSTET M., *Le principe dit de « l'acte contraire » en droit administratif français*, th. Paris, 1967, p. 43 : « l'acte juridique et les situations juridiques qui en résultent peuvent être modifiés ou anéantis de la même façon qu'ils ont été faits, c'est-à-dire par un acte essentiellement inverse ». Comp. BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della università di Pisa, Giuffrè Editore, not. p. 148. *Adde*; SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique en droit privé*, th. préc.

³⁵⁹ Au sens de « rendre leur liberté ».

³⁶⁰ Au sens de « déployer ».

³⁶¹ Cf. *infra* n° 318 et s.

³⁶² Cf. not. *infra* n° 104 et suivant (portée des effets extinctifs), n° 376 (autonomie des clauses postcontractuelles).

³⁶³ Cf. *infra* n° 82 et s.

³⁶⁴ Cf. *infra* n° 354 et s.

indépendamment de l'extinction, et de la force obligatoire de la norme extinctive qui se libèrent à compter de la cessation de la durée du contrat. En définitive, il est le résultat d'une transformation de la situation *inter partes*, laquelle est l'œuvre d'une double intervention : l'intervention de la norme créatrice du contrat et celle de la norme qui en est destructrice. L'après-contrat peut hériter de la sorte d'un rapport obligationnel chronique, tout comme il peut en être exempt ou réduit au minimum légal. **Il s'extrait de la durée du contrat, mais reste le siège de la durée de certaines obligations provoquées par le contrat éteint ou par l'acte extinctif.**

73.- Distinction entre le sort des obligations et celui du contrat. Aussi faut-il admettre que la distinction entre obligations et contrat n'exclut pas, et permet même d'affirmer, que le sort du contrat et celui des obligations sont différents, bien que liés. C'est à tort que l'on parle systématiquement de survie du contrat, quand il ne s'agit que de certaines obligations qui résistent ou succèdent à l'extinction de la convention. Une véritable survie du contrat serait le cas d'une convention dont le terme ou le mécanisme extinctif serait suspendu, comme cela peut se produire en matière de référé³⁶⁵, sur décision du juge³⁶⁶, ou en cas de procédures collectives, sur décision du liquidateur ou du juge-commissaire³⁶⁷ - placés devant un « *dilemme shakespearien : continuer ou ne pas continuer le contrat ?* »³⁶⁸ - ou encore dans le cas des prorogations³⁶⁹.

Il convient alors de confirmer que l'extinction d'un contrat ne nécessite pas la disparition de l'intégralité du bloc d'obligations qui a formé l'engagement. C'est d'ailleurs la proportion autant que l'objet des obligations épargnées ou déclenchées par l'extinction qui sera l'indice de la fonction postcontractuelle, plus ou moins extensive ou réductrice du rapport obligationnel. L'après-contrat peut certainement s'avérer facteur de pérennité du lien obligatoire (tel est le cas en présence d'obligations postcontractuelles ou de renouvellement), comme il peut se révéler absolument destructeur (c'est ce qu'induisent l'annulation et la résolution). En conséquence, la durée du contrat et le temps postcontractuel méritent véritablement d'être distingués, même s'ils partagent ensemble certaines obligations, en ce qu'ils forment des séquences temporelles exclues l'une de l'autre par le jeu de l'extinction. La Cour de cassation a déjà montré l'utilité et la réalité de cette distinction.

Dans l'arrêt *Smet dit Johnny Hallyday/société Universal Music, et alii*, la Cour de cassation a

³⁶⁵ Cf. *infra* n° 467 et s.

³⁶⁶ Com., 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115, p. 96, pourvoi n° 82-12.347, RTD com. 1985, 91, obs. BENABENT A. et DUBARRY J.-Cl. Le juge du provisoire peut décider d'accueillir une demande de reprise immédiate des relations commerciales, fondée sur le dommage grave et imminent résultant de la rupture. Cf. *infra* spéc. n° 468.

³⁶⁷ Cf. *infra* n° 570.

³⁶⁸ GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, p. 221.

³⁶⁹ Cf. *infra* n° 236 et s.

ainsi dû apprécier les effets dans le temps de la résiliation, et arbitrer entre les obligations qui persistent et celles qui s'éteignent. La Haute juridiction énonce que, sauf disposition contraire résultant de l'accord des parties, la résiliation du contrat d'enregistrement exclusif, **n'y met fin que pour l'avenir** de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés **en cours de contrat**, et qu'elle n'a pas non plus pour effet **d'anéantir les clauses destinées à régir les relations entre l'artiste-interprète et le producteur après la période contractuelle de réalisation** des enregistrements³⁷⁰.

La distinction entre la durée contractuelle et l'après-contrat est aussi déterminante de l'engagement des parties et sert au juge dans l'appréciation des clauses abusives. Au visa de l'article 1117 du Code civil, la jurisprudence a établi le caractère abusif de la stipulation imposant au consommateur de payer l'arriéré de loyers et la totalité des loyers restants à courir jusqu'à la fin du contrat, même en cas de résiliation légitime³⁷¹. Cette stipulation fait effectivement obstacle au déploiement des effets extinctifs et met à la charge du preneur des obligations qui doivent être éteintes par le jeu de la résiliation. De même, est considérée comme abusive la clause pénale prévoyant que la résiliation du contrat entraînera l'exigibilité du solde des loyers de « *la période contractuelle* »³⁷², prenant notamment en compte « *la durée du contrat* » dans l'appréciation du caractère disproportionné des obligations induites par la rupture³⁷³.

74.- Extériorité temporelle de la sphère postcontractuelle. En résumé, si c'est à juste titre que l'on observe l'extinction dispersée *des obligations*, la théorie classique doit être défendue en ce qui concerne l'extinction unitaire *du contrat*. L'acte juridique peut s'éteindre, ce qui n'empêche pas certains de ses effets de se perpétuer. Ainsi, en lieu et place d'une « seconde phase d'extinction » du *contrat*, il conviendrait plutôt d'admettre l'idée de seconde phase extinctive de certaines *obligations*. Une analogie permet d'illustrer ce propos : en matière de contrat à exécutions successives, il s'agit bien d'exécutions –successives – des *obligations* ; et il en est de même s'agissant de la fin de la convention, pour laquelle il est possible de parler d'extinctions successives des *obligations*. Il est alors cohérent d'estimer que si les obligations ont plusieurs durées d'efficacité, elles sont soumises par ailleurs à plusieurs pertes

³⁷⁰ Soc., 20 déc. 2010, Bull. civ. V, n° 409, p. 395, pourvoi n° 05-43.057. Rapp. Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 361, p. 310, pourvoi n° 05-10.463.

³⁷¹ Dijon, 23 mars 2000, *BICC 2001*, n° 149 ; Versailles, 21 janv. 2005, JCP 2005. IV. 2528.

³⁷² Rennes, 17 oct. 2003, *Sté ADT TÉLÉSURVEILLANCE c/ M.L. Abramović*, Juris-Data n° 2003-229012, CCC 2004, comm. 85, note RAYMOND G.

³⁷³ « Or considérant que cette clause impose au consommateur qui prend l'initiative de la résiliation anticipée du contrat de location une indemnisation hors de proportion avec le préjudice réel subi par le bailleur, compte tenu de la nature du matériel loué et de la possibilité de le récupérer et de le réutiliser, de la durée du contrat et de l'organisation globale du centre de surveillance ; que cette clause a pour effet de créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur ; qu'elle revêt donc un caractère abusif ».

d'effets³⁷⁴. Il y aurait donc bien, en ce sens, deux phases extinctives du rapport contractuel, la première est celle de l'acte juridique, et la seconde des obligations chroniques qui y sont relatives³⁷⁵. Cette idée n'est d'ailleurs pas complètement étrangère à la doctrine qui a déjà pu remarquer que « *l'après-contrat fait l'objet d'une sorte de "punctuation", qui estompe progressivement l'image, par touches successives !* »³⁷⁶, si ce n'est que cette *punctuation* n'est pas tant le contrat qui s'estompe qu'un fondu entre la situation contractuelle en cours et celle résultant de l'extinction. Il s'agit d'une esthétique de la transparence, par l'œuvre de l'interposition de l'extinction du contrat entre un lien juridique qui disparaît et un autre qui apparaît. **L'après-contrat doit en conséquence se définir comme un temps extérieur à la durée du contrat. Il succède à l'extinction provoquée par un acte ou un fait extinctif, rétroactif ou non. Ainsi, il s'ouvre en même temps que la durée du contrat est clôturée.**

Après avoir retenu la nécessité de concevoir l'extinction du contrat comme un moment instantané, il convient maintenant de rechercher le repère fondamental de ce moment.

B- L'IDENTIFICATION DU REPÈRE FONDAMENTAL DE L'EXTINCTION

75.- Mettre en relief l'instant extinctif. L'après-contrat s'ouvre quand le contrat finit. Toutefois, la diversité des mécanismes extinctifs rend floue l'identification du repère temporel servant à marquer la fin de la convention. Il est alors utile de rechercher quel outil juridique est susceptible d'englober l'ensemble des modes et causes d'extinction, de manière à déterminer avec plus de certitude à partir de quand la durée du contrat est clôturée et la phase postcontractuelle ouverte. Il faudra pour cela nécessairement distinguer entre les contrats de durée (*a. Pour les contrats de durée*) et les contrats instantanés (*b. Pour les contrats instantanés*).

a) Pour les contrats de durée

76.- La règle de la sénescence : la fin comme effet du temps. « *Toi seul, ô temps, tu nous accomplis* »³⁷⁷. En présence d'un contrat à durée déterminée, que les obligations soient satisfaites ou

³⁷⁴ CASEAU-ROCHE C., op. cit., p. 175 : « *La thèse de Mme PETEL, que l'on peut résumer selon sa propre formule de la façon suivante : 'le contrat n'a pas une, mais des pertes d'effet' présente un intérêt indéniable ; l'idée de l'éclatement des pertes d'effet élémentaires mérite incontestablement d'être appliqué aux contrats comportant des obligations postcontractuelles* » ». L'extinction n'emporte donc pas regroupement des pertes d'effets du contrat, tout comme la formation et l'exécution du contrat n'emportent pas regroupement de ses durées d'efficacité.

³⁷⁵ Lesquelles sont dévolues à l'après-contrat, de sorte qu'elles sont l'effet de l'extinction du contrat, n'ayant pas nécessairement elles-mêmes un effet extinctif.

³⁷⁶ MESTREJ. « Des relations postcontractuelles », RTD civ. 1987, p. 311, n° 4.

³⁷⁷ WOLFE Th., *Le temps et le fleuve : chronique de la jeunesse et de sa faim*, L'Age d'Homme, 1984, p. 774.

qu'elles ne le soient pas, le contrat s'éteindra par le jeu du temps. Lorsque les parties décident de circonscrire leur accord dans une durée prévue *ab initio*, l'échéance prévue par elles déterminera alors le moment de l'extinction de la convention. La vie de l'acte est chronométrée : « *chaque heure fait sa plaie et la dernière achève* »³⁷⁸. L'extinction du contrat obéit à une règle de sénescence, de sorte que, sauf mécanismes de continuation du contrat, une convention pour une durée de trois ans s'éteindra à la fin des trois années écoulées. Toutefois, d'autres mécanismes conventionnels peuvent se servir des effets du temps sur les obligations. Tel est le cas de la non-survenance d'une condition suspensive dans le délai imparti³⁷⁹, mettant fin au contrat par voie de caducité, ou de l'accomplissement d'une condition résolutoire dans ce même délai³⁸⁰. En revanche, si les parties n'ont pas fixé de modalité ou déterminé la durée de leur engagement, la convention subira certes les effets du temps, mais sa durée sera sujette à appréciation. En cas de désaccord, c'est par l'intervention du juge que l'extinction du contrat trouvera son souffle. Il est vrai que le rôle du juge sera autant utile à déterminer le moment de l'extinction que les conditions dans lesquelles la sortie du contrat aura lieu pour chacune des parties. Il arrive que la jurisprudence se prononce aussi sur la délimitation temporelle d'un contrat pourtant consenti à durée indéterminée, saisissant ainsi l'occasion de rappeler que, même à durée indéterminée, le contrat peut s'éteindre sans l'intervention des parties, par le seul effet du temps³⁸¹. Mais comment repérer l'instant

³⁷⁸ GAUTIER Th., *España*, 1843, Gallimard, 1981, p. 458, *L'HORLOGE*.

³⁷⁹ Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, p. 154, pourvoi n° 04-10.856.

³⁸⁰ Cf. néanmoins sur la limite imposée par l'obligation de la bonne foi : Civ. 3^e, 4 nov. 2010, inédit, pourvoi n° 09-69.777, obs. SIZAIRE Ch., Construction-urbanisme, 1^{er} janv. 2011, p. 35 : Pour débouter les époux Y... de leur demande en réitération par acte authentique, l'arrêt retient qu'à défaut de signature dans le délai et dès lors qu'ils n'ont pas respecté les conditions imposées par la clause précitée en ne contraignant pas leur cocontractant à participer à l'acte authentique, celui-ci est en droit de se prévaloir de la caducité de la promesse, dont le jeu est automatique, sans qu'on puisse lui opposer les circonstances qui ont rendu impossible la réitération de la vente, ou les motifs qui ont pu l'amener à se désengager ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si M. X... n'invoquait pas de mauvaise foi la clause de caducité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

³⁸¹ En l'occurrence, la question est particulièrement intéressante puisque le contrat s'était renouvelé par l'effet d'une clause de tacite reconduction non délimitée dans le temps, dans le silence et l'inaction prolongés des parties, cf. Riom, 25 juin 2008, **N° de RG: 07/00648** : « *les parties avaient convenu que la rémunération du mandataire ne serait exigible qu'après la signature d'une promesse de vente ; qu'ainsi, à supposer même que les parcelles de terrain acquises par la société Immobilière Groupe Casino par acte authentique du 3 juillet 2003 aient été les mêmes que celles qui étaient visées dans l'acte du 10 août 1992, leur achat est donc intervenu bien après l'expiration du contrat de mandat qui liait cette société à Philippe Y...* ». Les juges du fond rappelaient à cette occasion que l'engagement ne saurait se renouveler à perpétuité. Ainsi, dix ans après la signature d'un acte, oublié par les cocontractants jusqu'au jour où son souvenir devait représenter un intérêt certain pour l'un d'entre eux, la convention s'est éteinte faute de prévision commune des parties. La clause de reconduction tacite du contrat, ne déterminant pas la limite temporelle du renouvellement, était réputée nulle. Le lien contractuel ne peut durer éternellement, sans quoi la convention trouvera d'elle-même sa fin de vie. V. ég. PAINCHAUX M., « L'impossible perpétuité d'un engagement assorti d'une condition sans terme extinctif », RTDI, 1^{er} juin 2015, p. 52, obs. sous Civ. 3^e, 20 mai 2015, à paraître, pourvoi n° 14-11.851 : c'est à bon droit qu'une cour d'appel constate la caducité d'une promesse de vente alors que la condition suspensive n'était pourtant pas assortie d'un terme extinctif. Les juges ont souverainement estimé que les parties avaient entendu circonscrire la condition dans un délai de réalisation raisonnable. En l'espèce, ils relèvent que le certificat d'urbanisme n'a été demandé par l'acquéreur d'une parcelle que plusieurs années après la signature et postérieurement à l'introduction de l'instance et retient, exactement, que la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel et, qu'en l'absence d'indexation du prix et de coefficient de revalorisation, les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour la réalisation de la condition

extinctif, quand nombre de mécanismes sont susceptibles de mettre fin au contrat ? Afin de permettre l'identification d'un repère temporel de l'extinction, il convient de s'inspirer du modèle du contrat à durée déterminée, car il offre une durée du contrat explicite. Il constitue effectivement un paradigme susceptible d'offrir une vraie lisibilité du régime de l'extinction en raison de l'explicitation de la durée du contrat.

77.- Caractère explicite ou extinctif de l'instant final. Le terme extinctif permet en effet de lier le sort du contrat à un principe d'usure. La vie de la convention dépend alors du temps qui passe. Toutefois, que ce temps soit déterminé ou indéterminé, le terme extinctif ne fait-il pas toujours partie de l'identité de tout contrat ? Il serait soit explicite, inclus dans les effets de la loi contractuelle lorsque celle-ci prévoit la durée de l'engagement ; soit implicite, c'est-à-dire tacitement envisagé comme un effet provoqué par les autres mécanismes extinctifs. Ainsi, lorsqu'un terme est prévu, la convention est à la fois acte formateur de l'engagement et acte extinctif, comme si elle était deux actes réunis en un seul. Lorsqu'il n'est pas déterminé, il doit alors être provoqué par un autre acte ou fait extinctif³⁸².

Le terme extinctif apparaît en ce sens comme un mécanisme doté d'une certaine universalité, en tant que corollaire du principe de prohibition des engagements perpétuels³⁸³. En effet, c'est la règle de dissolubilité des engagements qui donne au contrat sa temporalité : le temps du contrat n'est pas n'importe quel *temps*, il est une *durée*, c'est-à-dire **une séquence temporelle bornée qui connaît une antériorité et une postériorité**³⁸⁴. Il en ressort que, si la règle de dissolubilité est générale, cela implique que **la caractéristique partagée par tous les engagements est d'avoir une durée**. Le contrat est obligatoirement doté d'une durée, ce qui signifie que **tout engagement est pris à terme, même quand il est formé par un contrat à durée indéterminée**.

Il faut considérer à ce titre que le terme extinctif peut être exprès ou tacite, et sa date peut être connue ou inconnue au moment de la formation du contrat par les parties. Lorsqu'un contractant exerce son droit de résiliation, il entend alors provoquer le terme extinctif. Quand il exerce son droit de résolution, il en est de même : le nouvel article 1229 prévoit en effet littéralement que la résolution met fin au contrat. De la sorte, quand un contrat à durée indéterminée s'éteint par l'effet d'un acte ou d'un

suspensive d'obtention du certificat. Rappr. Civ. 3^e, 3 févr. 1982, Bull. civ. III, n° 37, pourvoi n° 80-15.794 ; Com., 6 mars 2007, Bull. civ. IV, n° 78, pourvoi n° 05-17.546.

³⁸² Comp. avec l'idée selon laquelle la prescription extinctive provoque un terme légal *in* VEAUX D. et HONORAT A., « Obligations à terme - Terme légal », *J.-Cl. Encyclopédie civile*, févr. 1993, § 32 ; GUESMI A., « Les effets de la prescription extinctive du point de vue du terme (Le mécanisme d'extinction des créances contractuelles) », LPA, 23 mars 2010, n° 58, p. 8.

³⁸³ Cf. *supra* n° 57 et s.

³⁸⁴ Cf. *supra* n° 48, 70.

fait extinctif, il faut reconnaître qu'il connaît un terme provoqué, mettant fin à sa durée³⁸⁵.

78.- Applications. En reprenant l'exemple précité du licenciement³⁸⁶, l'acte extinctif prend effet à la date d'envoi de la notification par lettre recommandée avec avis de réception. Le préavis commence à courir à compter de la date de réception de cette notification, mais le contrat de travail ne cesse qu'à partir de la date du dernier jour de la période de préavis. Ainsi, alors même que l'acte extinctif a pris naissance avant la cessation effective du contrat de travail, ce n'est qu'à partir du terme provoqué par cet acte que la durée du contrat prend fin et que l'après-contrat s'ouvre. Il convient alors de retenir que le terme extinctif doit s'envisager comme un instant *ressource* : il s'agit du marqueur de temps identifié comme fin, celui de la cessation effective de toute convention³⁸⁷. Illustration en est faite notamment en matière de rupture du contrat d'agence commerciale. L'article L.134-12 du Code de commerce prévoit « *un principe fondamental du droit de l'agent commercial* »³⁸⁸ qui consiste en une indemnité de fin de contrat en faveur de l'agent, du simple fait de la cessation du contrat. Cependant, l'article L.134-12 prévoit également, à la charge de l'agent, une obligation de notifier son intention de faire valoir ses droits, dans un délai d'un an suivant la cessation du contrat, sous peine d'être déchu de son droit à indemnité. Aussi la jurisprudence a-t-elle précisé que ce délai de déchéance ne pouvait être suspendu ou interrompu³⁸⁹. Ce principe fait peser une importance particulière sur l'identification du point de départ du délai. Toute incertitude a ainsi été dissipée par la jurisprudence qui a admis qu'il commence à courir dès la cessation effective des relations contractuelles. La date de notification de la rupture à l'agent commercial a donc été disqualifiée³⁹⁰, à l'exception de celle non accompagnée d'un préavis (laquelle met donc fin effectivement au contrat³⁹¹). Le critère de l'effectivité de la cessation de la relation

³⁸⁵ V. sur la durée des contrats à durée indéterminée, ROLAND H., « Regard sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 740 ; HOUIN B., th. préc., p. 11 ; GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail: hommage à Pierre Blondiau*, op. cit., p. 164 ; (Coll.), *Le contrat à durée déterminée*, Lamy, Coll. Axe Droit, Rueil-Malmaison, 2013.

³⁸⁶ Cf. *supra* n° 60.

³⁸⁷ La cessation effective de la relation contractuelle permet réciproquement de déduire le moment qui correspond au terme provoqué par la résiliation : Civ. 3^{ème}, 31 oct. 2012, inédit, pourvoi n° 11-211.51 : « *que les parties n'avaient plus effectué d'acte d'exécution du bail à compter du 1^{er} avril 2000, la cour d'appel a pu en déduire que la résiliation du contrat devait prendre effet à cette date* ».

³⁸⁸ MATHEY N., « Droit à indemnité de l'agent commercial », CCC 04/2011, comm. 90, p. 26.

³⁸⁹ Cf. Com. 18 mai 2005, Bull. civ. IV, n° 102, p. 106, pourvoi n° 03-20.820 ; note MALAURIE-VIGNAL M., CCC 2009, comm. 125 ; note LEVENEUR L., CCC 2005, comm. 162.

³⁹⁰ Douai, 2^o ch. 2, 5 mai 2009, JurisData n° 2009-378572 ; CCC 2009, comm. 268, obs. MATHEY N.

³⁹¹ Rennes, 2^e ch. Com., 3 déc. 2008, JurisData n° 2008-007856 ; CCC 2009, comm., 245, obs. MATHEY N.

vient marquer le moment devant être considéré comme le point final de la convention³⁹², et le point de départ de l'après-contrat³⁹³.

De même, pour plus d'efficacité, certaines conditions générales encadrent avec précision ce qui doit être entendu par « durée du contrat ». Ainsi, il est possible de voir apparaître une clause d'anticipation ainsi rédigée :

« **Le retour du matériel met automatiquement fin au contrat de location en cours. La date de fin du contrat est :**
 - **la date de réception du matériel dans les locaux de la Société, si le Client utilise son propre moyen de retour**
 - **la date du cachet de la poste, si le Client a utilisé le kit de retour fourni par la Société.**
 Le client ne doit en aucun cas conserver l'équipement **au-delà de la période initialement prévue** sans s'entendre sur les conditions de la prolongation de cette période »³⁹⁴.

Ce sont en l'occurrence les contractants eux-mêmes qui explicitent le critère d'identification du moment de la fin du contrat. Mais, par ailleurs, certaines dispositions légales spéciales prévoient

³⁹² C'est ainsi que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a dû préciser la date de rupture effective du contrat, dans une décision du 18 janvier 2011 (Com., 18 janv. 2011, Bull. civ. IV, n° 1, pourvoi n° 09-72510 ; CCC 2011, comm. 58, MALAURIE-VIGNAL M. et MATHEY N.). En l'espèce, le contrat d'agence commercial prévoyait que le délai de préavis devait coïncider avec la fin du mois civil. Or, le préavis tel que notifié par le mandant expirait un 24 février. La question était alors de savoir quelle date devait marquer la cessation effective des relations contractuelles. Les juges du fond ont retenu que « la cessation effective des relations contractuelles correspond à la fin du délai de préavis, qui ne pouvait intervenir avant le 28 février ». Cette application stricte des termes de la convention privilégiait l'intention initiale des parties. Toutefois, les juges du droit ont semble-t-il préféré une interprétation plus fonctionnelle du moment de l'extinction au travers de la notion de *cessation effective* du contrat, en retenant la date jusqu'à laquelle l'agent commerciale « avait exécuté son contrat », c'est-à-dire le 24 février, « de telle sorte que la cessation effective du contrat était intervenue à cette date ». Cette analyse s'enracine dans le fondement classique de l'obligation de bonne foi. En effet, l'agent commerciale qui tente d'étendre la durée du délai légal en revendiquant la date de cessation effective postérieure au moment où il a lui-même interrompu son exécution, adopte une thèse formée sur des contradictions patentées. Toutefois, il n'est pas toujours aisé de fixer une date aussi précise. La difficulté se pose notamment lorsque le mandant n'a pas fixé de préavis, sans pour autant souhaiter rompre instantanément le contrat. En l'occurrence, la jurisprudence a pu choisir de retenir la date de cessation effective à l'expiration du délai de préavis raisonnable (Com. 11 juin 2002, CDE 2003, n° 3, p. 25, obs. GRIGNON Ph.). Cependant, un tel critère paraît mal adapté aux circonstances. Effectivement, le droit à indemnité est l'enjeu exclusif de la détermination du point de départ du délai de déchéance prévu par l'article L. 134-12 du Code de commerce, dans un milieu professionnel qui, du fait de conditions de rémunérations aléatoires, peut se montrer enclin à une certaine précarité (v. not. FRIGUL N., *Parcours de précarité et couverture sociale, in Santé, Société et Solidarité*, n°2, 2004. *Inégalités sociales de santé*. pp. 125-136 ; doi : 10.3406/oss.2004.1003 ; url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/oss_1634-176_2004_num_3_2_1003). Telle est certainement la raison qui pousse la doctrine à critiquer les insuffisances de la réponse jurisprudentielle, en arguant que « même si la notion de délai de préavis raisonnable est bien connue, la prendre comme référence pour fixer le point de départ du délai de déchéance de l'article L.134-12 du Code de commerce constitue une source d'insécurité juridique peu satisfaisante au regard de la sévérité de la sanction encourue » (in MALAURIE-VIGNAL M. et MATHEY N., « Précision sur la date de rupture effective du contrat d'agent commerciale », *préc.*) et qui conclut à la nécessité d'une vigilance renforcée des agents commerciaux au travers d'une notification systématique de l'intention de faire valoir leur droit à indemnité. *Adde* Com. 11 juin 2002, CDE 2003, n° 3, p. 25, obs. GRIGNON Ph. ; Civ. 3^{ème}, 31 oct. 2012, inédit, pourvoi n° 11-21.151.

³⁹³ V. ég. sur l'effectivité du congé donné par le bailleur : Metz, 3^e Ch., 26 mai 2016, RG n° 14/01415 : « s'agissant d'une résiliation de bail et non d'un congé pour non-renouvellement, le moyen tenant à l'irrégularité du congé au motif que la date de prise d'effet de l'acte ne correspond pas à celle de l'échéance du bail est inopérant, le bailleur étant fondé à résilier le bail en vertu de l'article L. 411-32 à tout moment, la résiliation prenant effet un an après la notification au preneur, ce qui a été respecté en l'espèce (congé délivré le 21 mai 2012 pour le 31 mai 2013) ; qu'il sera par conséquent rejeté ; Qu'à titre superfétatoire, il sera observé qu'un congé donné pour une date prématurée et sans fraude aux droits du preneur n'est pas nul et voit son effet simplement reporté à la date d'échéance du bail »

³⁹⁴ Art. 2.3, Conditions générales de location de la société Cellhire, disponibles sur le site internet <http://www.cellhire.fr>.

expressément la date à laquelle le terme est provoqué par l'acte extinctif, organisant ainsi le régime applicable à la rupture³⁹⁵.

L'article L. 113-12 du Code des assurances, dans son premier alinéa, prévoit que la durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police d'assurance³⁹⁶. En la matière, il est habituel de formaliser des contrats à durée déterminée tacitement reconductibles. Mais la disposition précise néanmoins, dans un but de protection du consommateur notamment, que le droit de résiliation des parties est annuel et que la rupture doit être assortie d'un délai de préavis de deux mois avant la date d'échéance. Ce délai court à compter de la date figurant sur le cachet de la poste. La faculté de résiliation est donc périodique et le terme final est un effet de l'acte extinctif de résiliation. Alors que cet acte prend effet à compter de la date d'envoi de la notification, ouvrant la période intermédiaire de préavis, le terme ne survient précisément qu'à l'issue du délai de préavis. C'est ainsi que, par exemple, en l'absence de clause de tacite reconduction et de nouvel accord des parties, le risque survenu postérieurement à la survenance du terme n'est plus couvert par le contrat d'assurance correspondant³⁹⁷.

L'article L. 113-6 du même Code prévoit les cas dans lesquels les parties peuvent résilier le contrat d'assurance, et indique que *la résiliation prend effet un mois après que l'autre partie au contrat en a reçu notification*. Le terme intervient donc un mois après la réception et il clôt la durée du contrat. Pour cette raison, le même article dispose que l'assureur doit rembourser à l'assuré la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru, période calculée à compter du terme. Le moment de l'extinction peut ainsi être regardé comme « *le rebord du versant ultérieur* »³⁹⁸ de la durée du contrat³⁹⁹. L'acte formateur de l'extinction pourrait quant à lui être vu comme son versant antérieur, du fait qu'il laisse s'ouvrir une période intercalaire, visant à ajuster une transition entre la durée contractuelle et temps postcontractuel.

³⁹⁵ Cf. art. L.113-12-2, L.112-9, L. 113-15-1, L. 113-15-2 du Code des assurances.

³⁹⁶ Comp. Art. L. 112-9 du C. des ass. qui prévoit, en cas de démarchage à domicile, l'exercice du droit de renonciation dans le délai prévu, entraînant **la résiliation du contrat à compter de la date de réception de la lettre recommandée**. *Adde* art. L. 113-15-1 prévoyant l'obligation pour l'assureur, à chaque avis d'échéance, de rappeler à l'assuré la date limite d'exercice du droit à dénonciation du contrat tacitement reconductible. Le texte prévoit qu'en cas d'inexécution de cette obligation, à compter de la reconduction, l'assuré pourra mettre fin à tout moment au contrat et que **la résiliation prendra effet le lendemain de la date figurant sur le cachet de la poste**. L'art. L. 113-15-2 dispose pour sa part qu'en cas d'exercice du droit de résiliation périodique, **la résiliation prend effet un mois après que l'assureur en a reçu notification** par l'assuré. Dans ce cas, l'assuré n'est tenu qu'au paiement de la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque est couvert, cette période étant calculée **jusqu'à la date d'effet de la résiliation**.

³⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, Bull. civ. I, n° 87, pourvoi n° 92-10.796 ; RGAT 1994. 458, note MAURICE R. : « *aucun contrat d'assurance en cas de décès n'était en vigueur* ».

³⁹⁸ JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op. cit.*, p. 48.

³⁹⁹ Rappr. PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994, p. 12 et s. L'auteur se demande ensuite si le moment où le contrat s'éteint se situe dans l'après-contrat. Il choisit d'intégrer l'extinction dans la période postcontractuelle : « *ainsi l'extinction se situe-t-elle à la limite qui sépare deux versants* ».

79.- La pertinence essentielle du terme extinctif. En définitive, le terme extinctif est symbolique de la notion de « durée du contrat », laquelle fait l'objet de la nouvelle section insérée dans le Code civil par la réforme du 10 février 2016. Il faut regretter à ce titre que la nouvelle codification issue de l'ordonnance réformatrice de février 2016 n'ait pas eu à cœur de consacrer la définition du terme extinctif comme marqueur de la durée du contrat. La nouvelle section aurait ainsi gagné à proposer que :

« Le terme extinctif marque la fin de la durée du contrat.

Il peut être exprès ou tacite. Il peut être prévu par les parties, le contrat est alors à durée déterminée, ou être provoqué par un acte ou un fait extinctif.

Lorsque les parties ont fait le choix de définir la durée du contrat par un nombre de jours ou autre mesures calendaires, le calcul s'opère à partir du jour qui suit la formation de l'acte, sauf si la loi ou le contrat le prévoient différemment »⁴⁰⁰.

Le terme extinctif a sans aucun doute un intérêt fondamental dans la compréhension générale de la durée, du fait qu'il se présente comme un outil juridique à même d'offrir un repère temporel bien identifiable. Lorsqu'il est appliqué à la durée du contrat de façon générale, il impose alors, à partir des articles (nouveaux) 1210 et suivants du Code civil, l'impossibilité pour l'une des parties, à compter de la survenance du terme, d'exiger le renouvellement de l'acte ou le maintien du lien contractuel⁴⁰¹. De même qu'il marque le moment à partir duquel la poursuite volontaire de la relation par les parties ne peut s'analyser en prorogation du contrat, mais s'analyse en une reconduction tacite⁴⁰². C'est pourquoi il est possible d'affirmer que **l'après-contrat est un temps reconnaissable par le fait qu'il survient après le terme extinctif, que celui-ci soit prévu ou provoqué par un autre mécanisme. Le fait qu'une partie ne soit alors plus en mesure d'exiger le renouvellement de l'acte ou le maintien de la relation contractuelle, ou que le comportement des parties constitue une tacite reconduction, indiquent que la durée du contrat est terminée et que les contractants se situent dans le temps postcontractuel.**

⁴⁰⁰ Rappr. le second alinéa de l'art. 1186 du Projet Catala.

⁴⁰¹ « *Sauf mutuis dissensus, ou inexécution fautive ou fortuite du contrat, il est entendu qu'en vertu de l'article 1134, alinéa 1^{er}, les contractants, non seulement doivent respecter le terme convenu, mais encore ne peuvent pas exiger le maintien du lien contractuel dont l'échéance du terme provoque fatalement la rupture* », in MAZEAUD D., *Durées et ruptures*, RDC, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 129. V. ég. HELLERINGER G., « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », D. 2010. 2413 ; RANDOUX D., « Droit d'agréeer et liberté contractuelle », Rev. des soc. 2010. 511 ; RODRIGUEZ K., « Juridique - Liberté associative - L'adhésion, l'affirmation d'une liberté », JA 2011, n° 435, p. 34 ; GALLOIS-COCHET D. « Le droit des sociétés appliqué aux associations : lorsque l'emprunt, a priori banal, se révèle bancal », D. 2017. 743 ; DISSAUX N., « Les conventions relatives à la rupture d'une relation commerciale », RTD com. 2015. 783 ; DONDERO « L'exclusion d'un associé, les droits de la défense et le régime restrictif des nullités du droit des sociétés », D. 2010. 2880.

⁴⁰² Cf. *infra* n° 246 et s.

b) *Pour les contrats instantanés*

80.- La règle de l'exhaustivité : de la nature consomptive des obligations. La loi du contrat est dotée d'un pouvoir permettant aux mêmes obligations de se faire et se défaire en même temps. Il s'agit de ce même pouvoir qui forge l'effectivité résistante de ce qui a été exécuté, de telle sorte que ce qui est fait n'est plus à faire. À ce titre, l'auto-extinction du contrat est remarquable lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un contrat instantané. La simple exécution de l'obligation se montre suffisante à enclencher la transformation du réel par le droit, et réciproquement. L'engagement s'accomplit si bien qu'il s'éteint automatiquement. Ce phénomène a pu être désigné comme *la règle de l'exhaustivité*, c'est-à-dire « *le principe que l'extinction du droit est la conséquence de son exercice* »⁴⁰³. L'idée est que le droit s'éteint par l'usage, de telle sorte que « *le droit exercé est ainsi soumis à un phénomène d'autodestruction* »⁴⁰⁴. Cet effet d'usage est décrit comme un « *effet réflexe* »⁴⁰⁵, s'opposant à la valeur d'un *effet principal*. La satisfaction des obligations provoque ainsi une réaction extinctive : la liberté réside dans l'exécution avant d'être proclamée par l'extinction. En l'occurrence, exécution et extinction sont superposées sur le même temps. Par cette voie, le destin contractuel se scelle en même temps qu'il s'accomplit, permettant d'affirmer que le contrat est la cause de sa propre fin. Dès lors, l'extinction des obligations n'a rien d'inerte. C'est assurément l'*action* qui crée l'*extinction*, et, comme dans un sursaut spontané, la convention disparaît utilement. Puisque créance et dette réciproques se satisfont mutuellement, le contrat est ainsi consommé par les parties, en même temps que les obligations exaucées révèlent leur nature consomptive. Forgé de ces obligations consomptives, le contrat est sujet à perfection, si bien qu'une fois parfait, il se consume par réflexe. En conséquence, l'exigibilité des obligations exaucées est emportée par l'exécution, provoquant aussitôt l'inutilité de leur existence. Inutiles car satisfaites, elles s'éteignent donc automatiquement par *effet réflexe*. Elles n'ont alors plus d'intérêt si ce n'est l'influence qu'elles laissent persister sur les suites du contrat. Cependant, le contrat instantané pose difficulté, en ce qu'il est ardu de déterminer si son instantanéité est artificielle ou non.

81.- Difficulté posée par le contrat à exécution instantanée. En effet, la vente sert de modèle en la matière et le transfert de propriété s'opère, sauf aménagement conventionnel contraire, *solo consensu*. Faut-il alors considérer que le contrat n'a pas de durée et s'accomplit du seul trait de temps marquant

⁴⁰³ L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947, p. 191-193. V. aussi SAINT-ALARY-HOUIN C., *Le droit de préemption*, Bibl. de dr. privé, LGDJ, 1979, p. 474.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

le transfert ? Ou faut-il au contraire renoncer à la conception instantanéiste et associer la durée du contrat à celle de la prestation⁴⁰⁶ ?

D'aucuns remarquent que « *même à scruter le temps dans l'exécution de l'obligation, l'ambiguïté de la notion d'exécution rend encore hasardeuse la qualification de contrat à exécution instantanée ou de contrat à exécution successive* »⁴⁰⁷ ; distinguant alors entre l'exécution faisant l'objet d'un processus et « l'exécution-résultat »⁴⁰⁸. Or les obligations nées du contrat de vente peuvent précisément s'apparenter à l'une comme l'autre. L'échange peut être simultané. Tel est le cas de l'achat effectué dans un commerce : lorsque le chaland procède au paiement, il est immédiatement mis en possession du bien. Mais l'échange peut faire l'objet de prestations différées. En témoignent la vente à distance ou la vente à paiement échelonné. Cette ambivalence du contrat dit instantané fait obstacle à l'identification univoque de la période postcontractuelle. C'est pourquoi l'exécution des *obligations* nées du contrat ne forme pas, une fois de plus⁴⁰⁹, un critère satisfaisant de la durée du *contrat*⁴¹⁰. Afin de clarifier ce qui sera entendu par après-contrat de vente, c'est le moment du transfert de propriété qui marquera le point de relai entre l'avant et l'après. Le principe, repris dans le nouvel article 1196 du Code civil, est que l'effet translatif résulte immédiatement de l'échange des consentements : « *conséquence de l'abandon en amont de la distinction entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire, le transfert de propriété est érigé en effet légal du contrat, consécutif à l'échange des consentements, selon l'énoncé du titre de la sous-section 2* »⁴¹¹. Il s'agit donc du moment à partir duquel l'objet est considéré comme

⁴⁰⁶ ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, *op. cit.*, p. 62 et s. Adde BRIERE DE LISLE G., *De la notion de contrat successif*, D. 1957, Chron. 153 ; AZEMA, *La durée des contrats successifs*, 1969 ; COREMBLIT, *Critique de la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive*, th. Grenoble, 1940.

⁴⁰⁷ ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰⁸ ETIENNEY A., *ibid.*

⁴⁰⁹ Cf. *supra* n° 63, 70 et s.

⁴¹⁰ V. le point de vue de PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994, p. 9 et s. L'auteur distingue l'après-contrat instantané et à exécution successive. Il précise que, envisagé comme une période, l'après-contrat existe pour les deux types de contrats. Le point de départ change néanmoins. L'auteur cherche à déterminer ce qu'il convient de définir comme un contrat éteint. Il élimine immédiatement le seul critère de l'exécution de l'obligation principale. Il rejette ensuite le critère de la source de l'obligation, qui mène à considérer qu'un contrat est éteint dès lors que la source des obligations ne se trouve plus directement dans la volonté des parties, mais dans la loi. Il choisit alors de s'aligner sur la conception proposée par Madame Behar-Touchais, en considérant que le contrat s'éteint quand il est « *privé de son effet créateur d'obligations contractuelles à naître, sans que les obligations déjà nées soient affectées* » (BEHAR-TOUCHAIS M., *Juris-Cl. Distribution*, fasc. 175, « Extinction du contrat », n° 5). Il s'agit d'une conception qui se fonde sur le caractère non rétroactif de la résiliation, qui établit la loi comme relais de la volonté. Or, nous ne nous limitons pas au référentiel de la résiliation, d'autant que ce critère nous paraît difficilement adaptable aux contrats à exécution instantanée.

⁴¹¹ Rapport fait au Président de la République, relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 (Chapitre IV - Les effets du contrat - Section 1 - Sous-section 2), exposant le fait que « *dans son contenu, le texte reprend le principe traditionnel du transfert de propriété solo consensus, déjà affirmé à l'article 1138 actuel du code civil, en adoptant une formulation plus explicite que celle fondée sur la distinction entre l'obligation de donner et l'obligation de livrer la chose. Le deuxième alinéa rappelle le caractère supplétif de ce texte, auquel la volonté des parties ou la loi peut déroger, ou la nature des choses s'opposer. Le troisième alinéa consacre la règle selon laquelle le propriétaire supporte la perte de la chose (comme sous la locution latine « res perit domino »), en prévoyant que le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose, et en rappelle les limites : la mise en demeure de délivrer une chose met les risques de la chose à la charge du débiteur non propriétaire (le*

« vendu », transformant l'acquéreur en propriétaire et privant réciproquement le vendeur de ses droits d'agir en propriétaire. C'est cette conception que permet d'asseoir la notion de « contrat en cours », particulièrement utile en matière de procédures collectives, dans lesquelles il est considéré que c'est le critère du moment du transfert de propriété qui permet de déterminer si le contrat est en cours au moment du jugement d'ouverture. En effet, si le transfert de propriété a eu lieu avant le jugement, le contrat n'est plus considéré comme étant en cours, contrairement à la convention dont le transfert n'a pas encore eu lieu⁴¹². Le simple transfert joue d'ailleurs comme effet extinctif de certaines obligations antérieures à la vente. L'article L. 622-15 du Code de commerce prévoit notamment qu'« *en cas de cession du bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite* ». L'instantanéité du contrat ne repose donc pas sur l'exécution des obligations qui en découlent, mais sur l'extinction instantanée d'une situation juridique et la naissance concomitante d'une situation nouvelle⁴¹³. Il sera alors convenu que l'après-contrat qui succède à un contrat de vente ou autre contrat translatif s'ouvre à compter du transfert de propriété. Bien que les exemples manquent, l'après-contrat des contrats instantanés non translatifs sera considéré comme formé à partir de l'extinction de la situation antérieure et de la naissance de la situation nouvelle. L'entrée dans une situation nouvelle est effectivement l'élément qui permet d'orienter l'ouverture du temps postcontractuel. **Toutefois, dans cette optique, doit être éliminé du champ postcontractuel le contentieux de l'exécution.** En effet, le droit de l'inexécution relatif aux obligations principales du contrat n'entre pas dans les enjeux postcontractuels, contrairement aux obligations de garantie qui, non seulement doivent être distinguées des obligations principales⁴¹⁴, mais sont caractéristiques du litige postcontractuel⁴¹⁵.

Après avoir vu que l'après-contrat est précédé par l'extinction, laquelle vient clore la durée du contrat, il ne faut pas pour autant rester sur l'impression d'une extinction figée. Instant de clôture, l'extinction est aussi celui d'une ouverture dont l'orientation doit être identifiée.

vendeur), comme le prévoit l'article 1344-2 de l'ordonnance, mais sous réserve des dispositions de l'article 1351-1 du texte (en vertu duquel après mise en demeure, le débiteur est libéré s'il prouve que la perte de la chose se serait produite même si celle-ci avait été délivrée).

⁴¹² Cf. Com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-12.546, Bull. civ. IV, n° 253, RJDA 1997, n° 2, n° 264 : si le transfert de propriété des parts sociales ne s'est pas réalisé avant l'ouverture de la procédure collective, le contrat de vente est en cours. Rapp. Com., 26 mai 1998, pourvoi n° 96-15.531, Bull. civ. IV, n° 173, RJDA 1998, n° 10, n° 1132. *Adde* Lamy Commercial, mars 2017, n° 3235.

⁴¹³ Cf. *infra* (Section 2, *in ce* chapitre).

⁴¹⁴ Cf. *infra* n° 201 et s.

⁴¹⁵ Cf. *infra* Titre II, Chapitre 1, spéc. n° 210 et s.

SECTION 2

L'ORIENTATION DE L'APRÈS-CONTRAT VERS LE *STATU POSTQUAM*

82.- Une fin instantanée tournée vers l'avenir⁴¹⁶. Le temps postcontractuel est dédié à l'instauration d'une situation nouvelle. Cette instauration mérite d'être observée afin de comprendre l'orientation du temps postcontractuel. En l'occurrence, tout comme la situation précédant la formation de l'acte est le *statu quo ante*, la situation nouvelle succédant à l'extinction peut être définie comme le *statu postquam*⁴¹⁷. Il s'agit de l' « état postcontractuel ». Si les effets extinctifs ont la fonction de clôturer le contrat, le *statu postquam* se conçoit pour sa part comme l'état dans lequel les choses doivent se trouver après la fin du contrat. Il définit en ce sens l'orientation des effets cumulés de la réalisation de l'objet du contrat et de l'extinction. Cette lecture de la situation qui succède à l'extinction doit donc se faire nécessairement à la lumière de l'intention des parties dans la formation de l'acte mais aussi dans la rupture. Ainsi, la *fin* du contrat peut revêtir une polysémie révélatrice de la fonction de l'opération contractuelle : elle marque le terme de la durée du contrat, mais elle renseigne également sur les *finalités* de l'opération. En d'autres termes, la fin pose la question suivante : qu'attend-on de l'après-contrat ? Il s'agira d'envisager la mesure des effets du contrat (**§1. La mesure des effets du contrat**), pour ensuite s'intéresser à la portée des effets extinctifs (**§2. La portée des effets extinctifs**).

§1) La mesure des effets du contrat

83.- Une conception utilitariste du contrat au secours de la conception nihiliste de l'après-contrat. Condamner l'après-contrat à l'expression d'un temps vidé de tout intérêt contractuel serait sans aucun doute une erreur de lecture. En effet, cette idée revient à considérer le contrat comme dépourvu de sens et de stratégies tant économique que juridique. Les parties s'engagent dans le but de réaliser une opération à laquelle doivent succéder les suites qui maintiendront dans le temps l'utilité de l'acte. Il convient alors de renoncer à la conception nihiliste de l'après-contrat (**A. Le renoncement à une conception nihiliste de l'après-contrat**), laquelle est un déni du sens et des fins du droit. Ces fins nécessitent au contraire de voir dans l'après-contrat une jauge d'efficacité du contrat (**B. L'après-contrat, jauge d'efficacité du contrat**), laquelle sera l'instrument d'une évaluation rétrospective de l'utilité de l'opération (**C. L'évaluation rétrospective de l'utilité de l'opération**), ce qui permettra finalement de reconnaître que certaines finalités sont recherchées en dehors du contrat (**D. Les finalités recherchées en dehors du contrat**).

⁴¹⁶ Pour le traitement de l'extinction dont les effets sont rétroactifs, cf. *infra* ce Titre, Chapitre 2 (la résolution y sera traitée également, bien que la réforme de 2016 ait provoqué un repli de la notion de rétroactivité qui lui était attachée).

⁴¹⁷ Littéralement : *dans l'état après que*. Il s'agit de la situation qui correspond par effet de symétrie au *statu quo ante*.

A- LE RENONCEMENT A UNE CONCEPTION NIHILISTE DE L'APRÈS-CONTRAT

84.- « *Peuh ! la postérité, c'est le néant* »⁴¹⁸. Si l'après-contrat est bien un temps qui succède au contrat, faudrait-il en déduire pour autant que celui-ci renvoie au vide ? Il s'agit avant tout de rappeler qu'en tant que suite du contrat, la naissance de l'après-contrat coïncide avec celle d'un temps à double facette : postérieur et extérieur au contrat⁴¹⁹. Le *statu postquam* s'entend en ces termes comme l'état dans lequel les parties se trouvent une fois l'action accomplie. Le *statu quo ante* semble quant à lui orienter les conséquences de l'extinction lorsqu'elle est rétroactive. En ce sens, l'extinction rétroactive est supposée diriger ses effets vers un retour au *statu quo ante*, tandis que l'extinction pour l'avenir dirige ses effets vers le *statu postquam*⁴²⁰. Or, l'une des principales difficultés du sujet, qui crée d'ailleurs le flou dans la compréhension intuitive de ce que doit être l'après-contrat, réside dans le fait que l'idée de postérité souffre d'une image statique, à l'instar du *statu quo ante* qui est représenté comme une photographie de l'état précontractuel. Au sein de la tradition civiliste⁴²¹, l'*après* évoque assez facilement l'observation du temps inactif, succédant au temps central de l'exécution⁴²². Le contrat est présumé et résumé comme actif entre deux temps d'inaction. La postérité renvoie à un temps sans limite identifiable, dont la dimension infinie l'enchaîne à la représentation d'une « *éternité immobile* »⁴²³. Mais l'après-contrat ne doit pas être pris pour une « *éternité dérisoire qu'on appelle postérité* »⁴²⁴. Les effets juridiques de la norme contractuelle s'inscrivent dans le temps et dans les faits⁴²⁵, de sorte qu'il s'agit d'une postérité dirigée par le passé *inter partes*. Ainsi, l'état de l'après est celui qui résulte d'une transformation de la réalité ante-contractuelle, par la voie du vecteur qu'est le contrat, et qui subit les influences du contrat passé et de l'effet extinctif⁴²⁶. Il porte donc le gène contractuel, il est la manifestation d'un héritage institué par l'œuvre des parties.

⁴¹⁸ QUENEAU R., *Le Vol d'Icare*, Gallimard, 1995, p. 65.

⁴¹⁹ Cf. *supra* n° 43, 48, 70 (postériorité), 26, 34, 322, 455, 664 (extranéité).

⁴²⁰ Cf. sur l'orientation vers le *statu quo ante*, n° *infra* 163 et s.

⁴²¹ Dans le modèle légicentré du droit privé, le Code civil se montre avare en discours sur la fin du contrat et ses suites.

⁴²² Cf. not. *supra* n° 1, 62, 70, 73, et *infra* n° 121, 164 et s. (vision réductrice du contrat et de l'extinction).

⁴²³ « *La durée est une image trompeuse et mobile de l'éternité immobile* », in BERGSON H., *La Pensée et le Mouvant. Essais et conférences*, PUF, 1934, p. 217. Adde « cette **éternité immobile** la durée et le devenir ne seraient que la dégradation », in BERGSON H., *L'Évolution créatrice*, PUF, 1907, p. 317.

⁴²⁴ CAMUS A., *Le Mythe de Sisyphe*, Gallimard, 1942, p. 93.

⁴²⁵ CHAUVIRE Ph., « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n° 120, p. 29, relevant que les effets du contrat ne se limitent pas à la seule création d'obligations, mais que l'acte génère aussi « *des effets autonomes, indépendants des obligations auxquelles il donne naissance, ainsi qu'en témoignent l'affirmation de son effet translatif (art. 1197 et s.) ou son inscription dans la durée (art. 1211 et s.)*. Il n'est donc pas surprenant que le régime général de l'obligation soit dissocié des effets du contrat et soit traité dans un chapitre II consacré aux dispositions relatives au régime général de l'obligation ». L'auteur ajoute alors que « *le contrat s'émancipe de l'obligation* », et que la cession du contrat pourrait entrer dans le champ des « effets du contrat » (rapp. *infra* n° 109 et s.).

⁴²⁶ ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, n° 151, évoquant l'idée de « *transformer la réalité telle que le droit l'appréhende* ».

85.- Le sens de la fin : les finalités du contrat. Ainsi, il est nécessaire de s'interroger sur le sens de la fin, afin de saisir comment l'après-contrat est orienté par ce qui l'a précédé⁴²⁷. En l'occurrence, les raisons de l'extinction sont intimement liées à celles qui ont mené à contracter. L'extinction du contrat est naturellement censée célébrer l'atteinte de l'objectif fixé par les parties. La convention a été le moyen d'atteindre l'état dans lequel les parties souhaitent se trouver après l'exécution des obligations. Lorsque l'après-contrat succède à l'extinction d'un contrat de longue durée, il est présumé restaurer un temps de liberté, mais aussi de stabilité, en considération de la relation passée⁴²⁸. S'il succède à un contrat de courte durée ou occasionnel, on s'attend en revanche à un besoin prépondérant d'efficacité de la rupture, avec une exigence amoindrie de pérennité. Quand il fait suite à un échange économique de l'instant, il peut avoir pour fonction de garantir les effets du contrat, la qualité de l'exécution étant suivie par exemple par des obligations de garantie⁴²⁹. C'est ainsi que la situation qui succède à un contrat instantané s'avère révélatrice de la principale finalité poursuivie par le contrat, tandis que celle qui succède à l'extinction d'un contrat à exécutions successives concerne davantage la finalité recherchée dans la rupture.

86.- L'accomplissement du contrat, ordonné vers l'utilité de l'opération. Les suites du contrat ne sont donc pas uniformes selon les actes, elles se tournent effectivement vers un point de mire qui permet d'ordonner le sens du *statu postquam* en fonction du vécu contractuel, mais aussi de la tournure que prennent ses suites. Faute de parler de destin contractuel ou de destinée, il est en revanche possible de recourir à la notion plus neutre de « destination »⁴³⁰. En effet, à la question « *qui se préoccupe encore des fins ?* »⁴³¹, il paraît certain que la réponse tend de plus en plus à désigner les contractants⁴³². C'est alors la destination du contrat qui déterminera assurément la résistance d'obligations aux effets extinctifs⁴³³. La durée et la résistance des obligations sont certainement un critère essentiel de l'utilité des

⁴²⁷ Le « sens » fait ici référence aussi bien à la « signification » qu'à la « direction ».

⁴²⁸ Cf. (sur la dimension relationnelle du contrat) *infra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

⁴²⁹ Cf. *infra* n° 187 et s.

⁴³⁰ « *Action de destiner (quelqu'un, quelque chose) à (quelqu'un, quelque chose); résultat de cette action* » ; « *Fonction particulière attribuée par l'homme à une chose de sa création, en rapport avec ses qualités spécifiques* », in Ortolang, CNRTL, V° « Destination ».

⁴³¹ « *Arrivés au terme du voyage, c'est au néant qu'on aboutit. (...) Qui se préoccupe encore des fins ? Cela valait pour Aristote. Aristote, dont la science visait à observer intégralement la réalité [...] n'omettait pas de chercher sa cause finale, ce vers quoi il tend : sa cause finale en est une pièce, parce que les êtres sont dynamiques, et nous ne saurions les comprendre si nous ne savons à quoi ils tendent.* », in VILLEY M., *Philosophie du droit*, Dalloz, p. 133, au sujet de l'aveuglement dans le refus de traiter le problème des fins.

⁴³² « *Le souci, qui est la mémoire du futur, se rappelle à nous suffisamment. C'est sa nature, ou plutôt c'est la nôtre. Qui oublierait – hors les sages ou les fous – qu'il a un avenir ?* », in COMTE-SPONVILLE, *Petit traité des grandes vertus*, PUF, 1995, p. 30.

⁴³³ Un tel rappel est celui de l'utilité des conventions, déterminante de leur effectivité, au travers de la volonté exprimée des parties. Cet aspect transcende même la seule dimension chronologique du contrat pour se rapprocher de sa cohérence globale. C'est ce qu'il est possible de lire dans un attendu insolite : « *[le] contrat d'assurance stipule que l'ensemble des*

prévisions, au même titre qu'un créancier se demanderait quelle sûreté conviendra le mieux à la garantie du paiement⁴³⁴, s'interrogeant aussi sur l'effectivité et la résistance de la sûreté à une procédure collective⁴³⁵, ou à la dissolution du mariage liant les débiteurs⁴³⁶. Il s'agit globalement d'un enjeu stratégique, tenant aussi bien à l'appréciation de l'utilité dans le temps du contrat qu'à l'efficacité de l'extinction⁴³⁷.

Ainsi, un contractant peut lui-même chercher à optimiser l'efficacité du contrat, en encadrant les effets extinctifs de la rupture. L'exemple est donné par l'insertion dans le bail d'une clause de solidarité entre colocataires au-delà du congé délivré par l'un d'entre eux⁴³⁸. Par cette technique contractuelle, le bailleur se constitue une garantie plus efficace en cas de défaillance et anticipe les effets du congé sur le recouvrement de la créance.

*réclamations qui sont la conséquence d'un même fait générateur, quels que soient leur nombre et le délai dans lequel elles sont présentées, constituent un seul et même sinistre imputé à l'année d'assurance au cours de laquelle la première réclamation a été formulée, l'arrêt retient que **le fait générateur doit s'entendre non des circonstances de temps et de lieu propres à chaque réclamation mais de la cause technique qui est commune et qui est constituée, en l'espèce, par l'exposition des salariés aux fibres d'amiante, de sorte que les assureurs sont tenus de garantir les sociétés des conséquences pécuniaires des réclamations découlant de ce sinistre sériel** », in Civ. 2^e, 7 fév. 2013, inédit, pourvoi n° 11-24154.*

⁴³⁴ BOURASSIN M., *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. JOBARD-BACHELIER M.-N. et BREMOND V., LGDJ, 2006.

⁴³⁵ ZEPI S., *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, th. Nice, 2004 ; BOTTIN M., *Gage et nantissement face au crédit*, th. Nice, 2012.

⁴³⁶ FLOUR Y., « Le cautionnement et le patrimoine des couples », Dr. et patr. avr. 2001. 80 ; BRÉMOND, « Le nouveau régime des dettes professionnelles conjugales en cas de divorce », JCP N 2005, p. 2063 ; LEPROVAUX, « Le conjoint caution », LPA 3 juin 2014, p. 61 ; VAUVILLE, « Le cautionnement des époux communs en biens », Dr. et patr. juill. 2003. 68 ; MATHIEUR M. et PILLEBOUT J.-F., J-Cl, Fasc. 60 : COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX. - « Passif commun », 8 mars 2016 (actu sept. 2016), n° 75 et s. ; LELEU Y.-H. et LOUIS S., *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Larcier, Bruxelles, 2010, not. p. 47, 49 et 59. (sur la solidarité des époux face à la dette contracté par l'un d'eux) Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 249, pourvoi n° 85-16.126: encourt la cassation pour violation du texte susvisé l'arrêt qui décide qu'un prêt consenti à une personne ainsi qu'à son fils et à sa belle-fille mariés sous le régime de la communauté légale ne devait pas, après le divorce de ces derniers, figurer au passif de la communauté au motif que celle-ci ne pouvait être tenue des obligations dérivant du prêt qu'en qualité de caution, en cas de défaillance du débiteur principal ; JCP 1987, IV, 349 ; Gaz. Pal. 1987, 2, Pan. Jur., 261)

⁴³⁷ Cf. MONEGER J., « L'après bail commercial », Loyers et copropriété n° 11, nov. 2006, étude 23, soulignant « *combien l'art contractuel exercé essentiellement dans la période de l'avant bail est importante pour régir les relations locatives dans le long terme à l'après bail* » ; MEKKI M., « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC, 1^{er} janv. 2010, 1, p. 383. BOY L., « Les « utilités du contrat », LPA, 10 sept. 1997, n° 109, p. 3, relevant que « *le contrat est saisi aujourd'hui par les spécialistes des sciences de gestion et les économistes* » et que « *les théories conventionnalistes des économistes connaissent actuellement un succès certain, notamment à travers les notions de contrat incomplet et de confiance* » ; CADIET L., « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 1970 ; SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^e éd., Dalloz, 1964 ; BATIFFOL H., « La crise du contrat et sa portée », APD, t. 13, Sirey, 1968 ; (Coll.), LEWKOWICZ G. et XIFARAS M. (dir) *Repenser le contrat*, Dalloz, Dalloz, Paris, 2009 ; JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie du contrat », RTD civ. 1937. 1 ; SAVATIER R., « L'ordre public économique », D. 1965, chr. 9 ; TERRE F., « Sur la sociologie juridique du contrat », APD, t. 13., Sirey, 1968, 71 ; VASSEUR M., « Un nouvel essor du concept contractuel ; Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », RTD civ. 1964. 5 ; BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, MESTRE J., PUAM, 2011 ; MONTCHRESTIEN A., *Traité de l'économie politique*, 1615, Genève, Droz, 1999, p. 139 : « *ce que nous prévoyons au reste, et concevons en esprit que la Postérité nous appartient en quelque chose, nous fait tenter ce qui est autant pour son bien que pour notre propre honneur. Ainsi notre Esprit, se dressant (je ne sais comment) sur le bout du pied, regarde l'avenir, quoique de loin. Et, prévoyant les utilités et contentements que sa prudence y produira, les goûte et s'en paist par anticipation* ».

⁴³⁸ Cf. *infra* n° 451 et s.

Il est également possible que le comportement opportuniste d'une partie soit de nature à ruiner l'efficacité du contrat, espérant que les effets extinctifs lui permettent d'échapper à toute responsabilité⁴³⁹. Le rôle du juge s'affirmera alors comme un rempart contre cette forme de déloyauté, en redonnant une nouvelle chance d'efficacité aux obligations passées, nonobstant la disparition du contrat. Le contrat de bail en offre une illustration pertinente, à l'occasion du congé pour reprise.

87.- Le contrôle du congé pour reprise. Le contrôle de la légitimité du congé peut être opéré *a priori* (c'est le cas d'une contestation du congé au moment où il est délivré) ou *a posteriori* (l'évaluation rétrospective du congé peut révéler que la rupture a été fautive, donnant un droit de réintégration au preneur)⁴⁴⁰. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de mettre en application ce contrôle, au travers d'une prise en considération déterminante du *statu postquam* et de l'influence de la relation passée sur celui-ci. En l'espèce, le congé n'avait pas donné lieu à contestation *a priori* et ce droit de contestation avait précisément fait l'objet d'une renonciation dans un procès-verbal de conciliation du tribunal paritaire des baux ruraux. Mais le bailleur, qui n'exploita pas les locaux repris, était resté sous l'œil vigilant de son ancien locataire. Les hauts magistrats devaient alors se prononcer sur la possibilité pour l'ancien preneur de se prévaloir du défaut d'exploitation, nonobstant la renonciation. La réponse était positive. La Cour de cassation affirmait en effet que la renonciation lors du contrôle *a priori* de la rupture n'emporte pas le droit de contester *a posteriori*. Il est intéressant de retenir qu'en tant qu'acte judiciaire, « *la conciliation est alors strictement bordée par l'objet de la contestation à laquelle elle met fin et n'éteint pas les litiges ultérieurs, au point que, dans notre affaire, le contrat a vocation à renaître par la voie de la réintégration du preneur* »⁴⁴¹. L'efficacité de l'acte de conciliation trouve ainsi ses limites dans l'évolution dans le temps de la situation *inter partes*. Le *statu postquam* succédant au bail permet une évaluation rétrospective du bienfondé de la rupture dont les effets doivent être neutralisés pour restituer au contrat son efficacité. Cet arrêt montre combien s'arrêter au seuil de l'extinction, comme on a pu le reprocher à la présentation habituelle de la vie du contrat⁴⁴², revient à commettre un déni des fins du droit. La fin du contrat n'est pas figée, et mérite d'être lue de manière dynamique afin de mettre en valeur l'efficacité de la norme contractuelle.

⁴³⁹ Cf. *infra* n° 6, 312, 319, 375, 443, 525.

⁴⁴⁰ Cf. *infra* n° 580. Rapp. n° 609.

⁴⁴¹ Civ. 3^e, 12 juin 2003, Bull. civ. III, n° 128, p. 114, pourvoi n° 01-17.692, Lamyline Dr. et patr. 2003, p. 119, obs. BARBIERI J.-J., (« Partir c'est revenir un jour ») : la renonciation à contester un congé pour reprise et la capacité à exploiter du repreneur n'emportent pas renonciation à se prévaloir de la règle d'ordre public tenant au défaut d'exploitation du bénéficiaire de la reprise après l'exercice de celle-ci.

⁴⁴² Cf. not. *supra* n° 63.

B- L'APRÈS-CONTRAT, JAUGE D'EFFICACITÉ DU CONTRAT

88.- Dynamisme de l'extinction. Le lien entre l'après et l'avant doit être révélé par cette idée forte de finalités : les fins poursuivies par les parties sont des variables psychologiques qui fondent l'action de contracter et celle de rompre, mais aussi des faits, projections et résultats du vécu contractuel. Le *statu postquam* est à ce titre un paramètre nécessairement explicatif, voire révélateur, de la genèse de la convention et de la volonté qui a sous-tendu le parcours contractuel. Partant, l'engagement des parties est effectivement dynamique. Les obligations s'émanent de leur fait générateur, faisant de la convention un « *acte tourné vers l'avenir* »⁴⁴³, et justifiant l'intérêt croissant pour ses suites⁴⁴⁴. De telles perspectives trouvent leur origine dans la reconnaissance que la finalité du contrat se trouve parfois hors de lui-même, ou que l'efficacité de la sortie du contrat contribue à l'efficacité de l'opération prise dans sa globalité. Il a été relevé que le vocable « efficacité », dont le signifiant n'est pas si simple à définir, fait l'objet d'une « *inflation verbale* »⁴⁴⁵. En l'occurrence, il s'agit d'examiner les obligations au travers du prisme de cette notion-étalon, entendue comme ce qui renvoie « *aux résultats de l'application, aux effets de l'effet* »⁴⁴⁶, mais également comme « *un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »⁴⁴⁷. L'efficacité du contrat se dessine donc aussi utilement à partir de l'état postcontractuel, comprenant les effets conventionnels survivant à l'extinction, sans occulter l'appréciation des effets de l'extinction, ni les suites accidentelles, regroupés sous la dénomination des « suites du contrat ». Ces dernières forment un outil d'évaluation de l'efficacité du contrat et de celle de l'extinction. Tel est le domaine de l'après-contrat, doté d'une temporalité qui met en balance l'état que les parties ont voulu créer après l'extinction, avec l'état dans lequel elles sont après que le contrat se soit éteint. Des divergences peuvent d'ailleurs se cristalliser entre les deux états, mais aussi entre les attentes de chaque partie. Les effets du congé en cas de non-paiement de l'indemnité d'éviction due par le bailleur le montrent utilement.

89.- Les effets du congé en cas de non-paiement de l'indemnité d'éviction. Un arrêt rendu par la Cour de cassation est particulièrement digne d'intérêt, en ce qu'il donne à réfléchir sur la durée d'efficacité d'un contrat préparatoire à l'épreuve des effets extinctifs d'un autre acte dans lequel il était

⁴⁴³ GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, préf. LEQUETTE Y., collection de Thèses, Defrénois, 2007, t. 23, p. 26.

⁴⁴⁴ Cf. *supra* n° 4 et s.

⁴⁴⁵ MEKKI M., « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », art. préc., retenant que l'acception la plus représentative des courants d'analyse du contrat est celle selon laquelle « *l'efficacité juridique renvoie à la recherche d'une meilleure adéquation des moyens aux fins poursuivies* ».

⁴⁴⁶ CONTE Ph., « "effectivité", "ineffectivité", "sous-effectivité", "sur-effectivité"... : variations pour droit pénal », in *Etudes P. CATALA*, Litec, 2001, p. 125, n° 7.

⁴⁴⁷ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie, op. cit.*, V° « Efficacité ».

contenu⁴⁴⁸. En effet, un bail commercial comportait au profit du preneur un pacte de préférence pour le cas où, **au cours du bail**, les bailleurs décideraient de vendre l'immeuble loué. Un congé était donné au preneur avec refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction. Toutefois, il est important de noter qu'en raison du non-paiement de l'indemnité d'éviction, le preneur s'était maintenu dans les lieux après la résiliation du bail. Deux ans après délivrance du congé, le preneur étant toujours dans les murs, l'immeuble était néanmoins vendu à une société, sous condition suspensive du non-exercice par l'occupant de son éventuel droit de préférence. Or, l'intéressé se prévalut justement de ce droit et accepta d'acheter aux conditions offertes. La société-acquéreur l'assigna en annulation de la condition suspensive, de l'exercice du droit de préférence et en constatation de la réalisation de la vente. Elle contestait l'efficacité de l'exercice du droit de préférence du fait de la résiliation du bail commercial. La contestation reposait donc sur un argument lié à la durée du pacte de préférence, laquelle devait, selon le demandeur, être considérée comme enfermée dans la durée du bail résilié. Le droit de préférence aurait dû, en conséquence, être considéré comme expiré par l'effet du congé⁴⁴⁹.

Cependant, telle ne fut pas l'analyse de la Cour de cassation qui estima que le preneur pouvait exercer le droit de préférence tant qu'il s'était maintenu dans les lieux. Par cette décision les Hauts magistrats invitent à s'interroger sur la durée d'efficacité du pacte contenu dans un bail et, corrélativement, sur le domaine d'efficacité du congé. En effet, en l'espèce, l'*instrumentum* matérialisant le bail contenait deux *negotium*. Comment fallait-il alors comprendre les conséquences de l'extinction de l'un sur l'autre ? Intuitivement, la durée du *negotium* accessoire (pacte de préférence) semble dépendre de celle du *negotium* principal (bail)⁴⁵⁰. Toutefois, les effets du pacte de préférence étaient ici destinés à survivre par l'effet de l'inexécution du bailleur. En effet, l'article L. 145-28 du Code de commerce dispose que « *jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction, le locataire a droit au maintien dans les lieux aux conditions et clauses du contrat de bail expiré* »⁴⁵¹. Or, le pacte de préférence était précisément contenu dans l'une des stipulations du bail. Ainsi, alors que la durée de l'acte était déjà expirée, le maintien de l'efficacité du contrat après son extinction est justifié par le *statu postquam*. Ce dernier est comparable, dans les faits, à la situation contractuelle. C'est pourquoi le juge, qui se fait le

⁴⁴⁸ Civ. 3^e, 16 juin 1999, pourvoi n° 97-16.764, Bull. civ. III, n142, p. 98, obs. MAZEAUD D., « La vitalité d'un avant-contrat dans le temps de l'après-contrat », Defrénois, 15 déc. 1999, n° 23, p. 1329.

⁴⁴⁹ Sur la durée du pacte de préférence de façon générale, cf. LEQUETTE S., « Réflexion sur la durée du pacte de préférence », RTD civ. 2013. 491-517.

⁴⁵⁰ PIAZZON Th., « Retour sur la violation des pactes de préférence », RTD civ. 2009. 433, n° 14 ; DUMONT-LEFRAND M.-P., « Bail commercial et pacte de préférence », AJDI 2009. 175.

⁴⁵¹ L'art. n'était pas encore en vigueur à l'époque de la décision, mais l'art. 20 du *décret du 30 septembre 1953*, prévoyait déjà qu'« *aucun locataire pouvant prétendre à une indemnité d'éviction ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue. Jusqu'au paiement de cette indemnité, il a droit au maintien dans les lieux aux conditions et clauses du contrat de bail expiré* ». C'est ce que la doctrine a ainsi désigné comme une situation de « *crypto bail* » ou de « *bail estompé* », in MONEGER J., « L'après bail commercial », art. préc.

relai du législateur, lui applique un régime déduit de la loi contractuelle passée. La « *vitalité* »⁴⁵² des obligations dans l'après-contrat se justifie donc par la prise en compte nécessaire de l'état postcontractuel : « *l'expiration du contrat ne s'oppose pas, sauf volonté contraire, au déploiement de ses effets lorsque le lien contractuel s'est dénoué au profit d'un simple lien commercial entre les partenaires* »⁴⁵³. En définitive, la finalité de l'après-contrat est de faire perdurer, tant que les conséquences de l'extinction sont suspendues par le non-paiement de l'indemnité, un lien postcontractuel équivalent à celui qui a antérieurement duré. Si le bailleur s'était acquitté de l'indemnité, ou que le preneur avait été lui-même à l'origine du congé, faisant alors place à un *statu postquam* dont la finalité est de restituer leur pleine liberté aux parties, le pacte de préférence aurait succombé aux effets extinctifs du congé⁴⁵⁴. Un auteur décrit ainsi la situation qui succède à l'extinction du bail : « *la fin du bail ouvre une période post-contractuelle ou post-bail. La situation d'après bail n'est pas aisée à maîtriser. La pérennisation de la relation contractuelle emporte une rémanence des engagements du bail disparu. Le bail n'est plus. Mais, telle l'assurance-vie, il a un effet déterminant sur la relation liée à la présence pérenne du locataire au-delà de sa propre fin* »⁴⁵⁵.

90.- L'expectative de l'après. En définitive, l'après-contrat est un temps qui succède à l'action, puisqu'il désigne une période postérieure à l'exécution, mais il ne faut pas pour autant négliger l'importance des liens avec la période antérieure. Ces liens vont permettre d'évaluer le résultat de l'exécution, ce qui donnera potentiellement naissance à un nouveau temps d'action. Ce constat s'inscrit dans une dimension plus large de la convention, tenant à « *l'efficacité attendue du contrat* »⁴⁵⁶. En effet, l'évaluation de l'état qui succède au contrat va permettre de juger l'efficacité du contrat, par la comparaison entre le *statu quo ante* et le *statu postquam*. Le critère de comparaison sera principalement le déroulement de l'exécution au regard de l'intention qui a fondé l'engagement : le contrat a-t-il permis aux parties d'accéder à l'état dans lequel elles ont eu l'intention de se mettre volontairement ?⁴⁵⁷. Parce

⁴⁵² MAZEAUD D., « La vitalité d'un avant-contrat dans le temps de l'après-contrat », préc., évoquant une « pérennité post-contractuelle ».

⁴⁵³ MAZEAUD D., « La vitalité d'un avant-contrat dans le temps de l'après-contrat », préc.

⁴⁵⁴ Civ. 3^e, 20 nov. 2002, inédit, pourvoi n° 01-03.204: le pacte de préférence constitue une créance de nature personnelle ; qu'ayant rappelé que la locataire avait donné congé à la bailleuse le 20 février 2000 et retenu que par son seul fait la locataire s'était placée dans une situation exclusive de la mise en œuvre à son profit du pacte de préférence, la cour d'appel en a exactement déduit que la sanction des manquements commis à son égard ne pouvait consister qu'en l'allocation de dommages-intérêts.

⁴⁵⁵ MONEGER J., « L'après bail commercial », art. préc., ajoutant que « *la période ouverte à la date d'effet du congé ou de la demande de renouvellement est hors bail, est post-bail tout en restant soumise aux stipulations antérieures* ».

⁴⁵⁶ CHANTEPIE G., « L'efficacité attendue du contrat », RDC, 1^{er} janv. 2010, 1, p. 347 : « *parmi les finalités poursuivies par l'ordre juridique, le souci d'efficacité a connu une expansion remarquable à l'époque contemporaine* ».

⁴⁵⁷ MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988. 481 : « *du temps qui vient, l'homme même le mieux informé ne peut avoir qu'une connaissance approximative et les prophètes du passé sont plus nombreux que les devins de l'avenir. Demain, [...] n'aura pas exactement le contenu que lui prêtent les parties au jour de leur rencontre* ».

que la notion d'efficacité « *marque l'aptitude d'un mécanisme à produire les effets attendus* »⁴⁵⁸, la compréhension de l'intention des parties est un critère d'appréciation incontournable de l'efficacité du dispositif contractuel⁴⁵⁹. L'après-contrat peut effectivement être l'occasion de découvrir un décalage entre ce qui a été voulu et ce qui est effectivement obtenu⁴⁶⁰. C'est d'ailleurs la rupture entre ces deux états qui sera la cause des suites pathologiques, nourrissant les différends entre contractants⁴⁶¹, à la recherche d'un *statu postquam* acceptable⁴⁶². Ce décalage participe notamment aux raisons pour lesquelles, alors qu'en théorie le contrat pourrait être identifié comme éteint, l'histoire du contrat ne s'achève pas toujours au moment de son terme. C'est alors que les parties rencontreront des difficultés pratiques pour se libérer de leur œuvre moribonde. Les partenaires seront les principaux porteurs de l'après-contrat en ce qu'ils poursuivent une finalité qui s'étendra au-delà du calendrier conventionnel. La poursuite d'un intérêt identifié par chaque partie comme légitime, va ainsi proroger une forme de lien *inter partes* dans un temps extracontractuel⁴⁶³, constituant le foyer de survie des obligations ou de la précarité d'une situation coincée entre l'extinction et le *statu postquam* attendu. Cette idée caractérise la fonction téléologique de l'interprétation du contrat dans le temps⁴⁶⁴, afin de comprendre les moyens d'achèvement du schéma

».

⁴⁵⁸ CHANTEPIE G., « L'efficacité attendue du contrat », art. préc. Cf. dans le même sens : BOURASSIN M., *L'efficacité des garanties personnelles*, th. préc., n° 7 ;

⁴⁵⁹ RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 131.

⁴⁶⁰ Ce peut être en raison du comportement d'une partie, d'une erreur d'appréciation de l'une d'elles, d'une faute du rédacteur d'acte. Cf. Caen, 10 janv. 2008, *Juris-Data*, n° 2008-353218 ; l'erreur de la caution sur la nature même de son engagement, Civ. 1^{ère}, 25 mai 1964, *Bull. civ. I*, n° 269, pas de numéro de pourvoi, D. 1964, p. 626. *Adde* GHESTIN J. et SERINET Y.-M., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Erreur », 2006, n° 148 ; AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK P. (dir.), PUF, 1986, p. 109 et s., spéc. p. 111 ; et (sur les « *déceptions contractuelles* ») v. ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, p. 134. *Rappr. infra* n° 199, 611.

⁴⁶¹ Non prise en compte de la rentabilité du contrat : Civ. 3^e, 31 mars 2005, *Bull. civ. III*, n° 81, pourvoi n° 03-20.096, *JCP G* 2005, I, 194, n° 6 et s., obs. SERINET Y.-M.. *Comp. Com.*, 4 oct. 2011, inédit, pourvoi n° 10-20.956, D. 2011, p. 3052, note DISSAUX N. ; D. 2012, p. 462, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., p. 584, obs. FERRIER D. ; *JCP G* 2012, 135, note GHESTIN J..

⁴⁶² v. not. LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats*, préf. MUIR WATT H., LGDJ, 2004 ; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. LEQUETTE Y., Dalloz, 2002.

⁴⁶³ L'intérêt peut se définir comme « *la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients* », in GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges Roubier*, t. 1, 1961, Dalloz-Sirey, n° 1. Il s'inscrit dans une optique de prévention de l'aggravation d'une situation, ou d'une « amélioration de la condition juridique », in SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, 1961, Sirey, n° 226. Cf. ég. ROCHFELD J., *Rép. dr. civ.*, V° « Cause », n° 28 et 29, relevant que l'intérêt des parties est en lien avec la cause du contrat, parce qu'il participe à « *la satisfaction d'un besoin, à l'origine du contrat, et implique un mouvement de finalité* ».

⁴⁶⁴ V° « *TELOS* » (Τέλος) : « (I) *ACHEVEMENT, ACCOMPLISSEMENT, REALISATION ; (II) SUITE, RESULTAT, CONSEQUENCE ; (IV) ACHÈVEMENT, FORMATION COMPLETE, PLEIN DEVELOPPEMENT ; (VII) CE QUI EST COMPLET EN SOI* », in BAILLY A., *Abrégé du dictionnaire grec français*, HACHETTE, 1901, p. 861.

contractuel⁴⁶⁵. Dans cette perspective, le *statu postquam* constitue aujourd'hui la pièce manquante de l'ensemble contractuel.

91.- Le *statu postquam*, au cœur de l'après-contrat. Cet aspect théorique n'en a pas moins des enjeux pratiques, enracinés dans la notion d'état postcontractuel, et s'avère le plus révélateur du sujet ; peut-être parce qu'il renvoie à ce qui semble être, à notre connaissance, la première occurrence de l'expression « *après-contrat* », née sous la plume du Doyen Carbonnier en 1960⁴⁶⁶. En l'occurrence, le Doyen Carbonnier analysait une décision rendue le 23 octobre 1959 par la Section sociale de la Cour de cassation⁴⁶⁷, au sujet de l'obligation de vider les lieux en fin de bail. En l'espèce, il était question d'un fermage. Le fermier, durant l'exécution du bail, employait et logeait un ouvrier agricole. Or, après expiration du bail, si le fermier vidait les lieux afin de restituer le bien en application de l'article 1730 du Code civil, son ouvrier entendait pour sa part se perpétuer dans les lieux. Alors que le preneur sortant obtenait une ordonnance d'expulsion à l'encontre de l'ouvrier récalcitrant, il ne pouvait prétendre à son exécution, se heurtant au refus des autorités administratives de voir procéder à l'expulsion. Au commentateur de conclure : « *la situation qui en découle n'en est pas moins des plus bourbeuses : le propriétaire et l'ex-fermier vont demeurer indéfiniment dans un après-contrat, de qualification incertaine, où passe au premier plan une obligation de faire diligence afin d'expulser un quidam* ».

Cette illustration présente les difficultés pouvant être rencontrées au sujet de l'efficacité de la rupture. Plus précisément encore, c'est le contrat qui perd de son efficacité, en raison de l'inefficacité de l'extinction du bail. En effet, le maintien anormal du locataire dans les lieux a pour effet de compromettre l'efficacité, au sens économique du terme, du bail lui-même : le maintien précaire prive le bailleur de la possibilité de relouer les lieux ou d'en jouir lui-même, de même que le contentieux représente un coût de gestion du différend postcontractuel qui vient, en quelque sorte, amoindrir les bénéfices tirés de l'exécution passée du contrat.

Le *statu postquam* évoque alors simultanément les versions conceptuelle et pragmatique du dispositif contractuel. En un premier lieu, il renvoie à l'après-contrat, dans son acception conceptuelle, entendue comme la représentation générale et abstraite de ce qui succède à l'extinction. En un second lieu, il désigne le résultat direct de l'opération contractuelle, en tant que situation factuelle et juridique

⁴⁶⁵ Cf. BETTINI R., V° « Efficacité », in AUBY J.-B., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Arnaud. A.-J. éd., LGDJ, 2e éd., 1993, définissant l'efficacité comme « *un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques* » ; CHANTEPIE G., « L'efficacité attendue du contrat », art. préc. : « *analyser l'efficacité des normes, c'est fournir un guide lors de la prise de décision juridique* ».

⁴⁶⁶ CARBONNIER J., *Contrats spéciaux*, RTD civ. 1960. 494. V. ég. *supra* n° 4.

⁴⁶⁷ Gaz. Pal. 1960, I, p. 55.

résultant des effets d'un acte juridique et de son extinction. Le *statu postquam* va donc être formé des effets conjugués de l'exécution, et de ceux de l'acte ou du fait extinctif. Il a en ce sens un lien généalogique insécable avec l'intention qui a inspiré la formation de la convention et de l'extinction.

À ce titre, l'après-contrat pourra faire également l'objet d'une attention particulière, lorsque les parties anticipent cette période précisément comme durée d'efficacité de certaines clauses choisies⁴⁶⁸. La doctrine observe ainsi que « *l'efficacité permet [...] de dépasser la dichotomie de la formation et de l'exécution pour une acception plus pragmatique de l'ensemble des clauses et de leurs effets. [...] certaines [clauses] ne produisent leurs effets que dans la période de l'après-contrat* »⁴⁶⁹. C'est au travers d'une dimension téléologique que l'état postcontractuel permet ainsi de définir l'après-contrat autour de deux pôles interconnectés : un pôle finaliste (ce qui doit être institué) et un pôle positiviste (ce qui a été institué). De plus, le *statu postquam* pourra constituer un état dont la cause est intrinsèque⁴⁷⁰ ou extrinsèque⁴⁷¹ à la convention éteinte (ce qui permettra notamment de déterminer la responsabilité qu'il conviendra d'engager en cas d'état postcontractuel non conforme à la volonté des parties)⁴⁷². C'est pourquoi le *statu postquam* peut être comparé à la *causa finalis* du contrat⁴⁷³. Intégrer la double entrée, à la fois notionnelle et pragmatique, de cet enjeu revient à approcher l'objet d'étude sous un angle nécessairement finaliste, faisant de l'après-contrat une période d'observation permettant de déterminer rétrospectivement l'utilité dans le temps de l'opération économique.

C- L'ÉVALUATION RÉTROSPECTIVE DE L'UTILITÉ DE L'OPÉRATION

92.- L'évaluation postcontractuelle de l'utilité de l'opération. Dans les contrats types et d'adhésion, le législateur accomplit une mission régulatrice en cherchant à garantir une certaine efficacité du contrat pour le consommateur. Les obligations de garantie en sont la démonstration. Les mesures prises pour lutter contre l'obsolescence programmée le sont particulièrement, posant la question de la durée de vie d'utilisation des biens de consommation après leur achat⁴⁷⁴. En l'occurrence, il s'agit de proposer un équilibre entre l'efficacité économique à échelle individuelle, en faveur du consommateur, et la rentabilité économique à grande échelle, en faveur de l'industrie. Cet équilibre

⁴⁶⁸ Cf. Partie 2.

⁴⁶⁹ MEKKI M., « Le nouvel essor des clauses postcontractuelles (2nde partie) », RDC, 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 239. V. *infra* Partie 2.

⁴⁷⁰ Le *statu postquam* est alors nourri des événements ayant eu lieu pendant la durée du contrat. Tel est le cas d'une faute commise par l'une des parties à l'occasion de l'exécution du contrat.

⁴⁷¹ Le *statu postquam* est nourri d'événements extérieurs à la durée du contrat. Ce sera l'exemple du comportement des parties avant la formation du contrat donnant lieu à un vice du consentement.

⁴⁷² Cf. par ex. *infra* n° 456 et s.

⁴⁷³ Définie comme étant « la mieux à même de traduire la raison qui est à l'origine du mouvement de la volonté vers un but », in ROCHFELD J., Rép. dr. civ., V° « Cause », sept. 2012 (actualisation : juin 2016), n° 9.

⁴⁷⁴ Cf. n° 15, 228.

repose sur un impératif de justice contractuelle, ainsi que sur le respect de l'ordre public, étant donné que les pratiques de falsification contreviennent de manière évidente à des intérêts qui sont supérieurs aux profits des fabricants et revendeurs (intérêt environnemental notamment⁴⁷⁵). Il s'agit d'un domaine mettant naturellement en perspective le *statu postquam*, afin de prendre en considération l'évolution dans le temps des effets postérieurs de la convention.

L'efficacité du contrat a donc divers aspects : elle dépend certainement du comportement des parties, autant qu'elle peut être comprise au travers d'une analyse économique du contrat, ou de sa simple effectivité des mécanismes contractuels⁴⁷⁶. Mais elle a par ailleurs un domaine de prédilection : la responsabilité du rédacteur d'acte professionnel. Le notaire en est sans doute l'archétype.

Il joue un rôle primordial dans la préparation et la réalisation de l'opération contractuelle et son rôle est d'assurer l'efficacité de l'acte⁴⁷⁷. Par ce biais, il contribue précisément à atteindre l'objectif associé au *statu postquam*, et cela tout autant d'un point de vue de la finalité objective que subjective.

93.- La finalité objective. La finalité objective de l'acte se conçoit comme son efficacité juridique. À ce titre, elle se mêle à la notion d'effectivité de l'acte. Le rédacteur a pour mission d'assurer la validité du contrat et la satisfaction de son objet. Les parties attendent alors que le rédacteur formalise un contrat « parfait », c'est-à-dire constitué des éléments nécessaires et suffisants à permettre la concrétisation du *statu postquam* communément recherché (le transfert de propriété, constitution d'une sûreté, liquidation successorale ou matrimoniale, séparation de biens, dissolution de société, etc.)⁴⁷⁸. Le notaire doit alors veiller notamment à la bonne information des parties, à l'élaboration d'un acte valable au vu de la loi, mais aussi en considération, voire en anticipation, de la jurisprudence⁴⁷⁹. Son devoir de conseil

⁴⁷⁵ Comp. ég. avec le recours aux études d'impact : SANTONI L., « Un guide pour mieux comprendre la nomenclature des évaluations environnementales », *Construction-urbanisme*, 1^{er} avr. 2017, p.14 ; PERRIN L., « La légistique n'envisage qu'un monde idéal où l'unique objectif des auteurs de la norme est de rédiger les textes nécessaires, clairs opérationnels », *JCP G*, 6 mars 2017, p. 3.

⁴⁷⁶ Cf. LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Thème et commentaire, Dalloz, 2011, faisant notamment tenir l'efficacité du contrat au respect par le débiteur de ses obligations, mais aussi au respect de la loi contractuelle par le juge. Cf. (sur l'analyse économique de l'efficacité) MACKAYY E., « L'efficacité du contrat - perspective d'analyse économique du droit », in LARDEUX G. (G.), *L'efficacité du contrat*, préc., définissant de façon générale l'efficacité économique comme l'état dans lequel tous les gains possibles ont été réalisés, et, de manière plus restreinte au droit, comme la qualité de l'effet attendu.

⁴⁷⁷ SAGAUT J.-F., « Le maintien des devoirs de vérification et d'efficacité », *Defrénois*, 15 juin 2017, n° 11, p. 704, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-15.683 ; Civ. 1^{re}, 29 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-17.591 ; Civ. 3^e, 18 févr. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-12.719. *Adde* les observations de BURY B., in *Gaz. Pal.*, 7 juin 2016, n° 266z1 ; et BLANC N., in *Gaz. Pal.* 4 oct. 2016, n° 275h4, p. 29.

⁴⁷⁸ WATERLOT M., *L'effet réel du contrat*, th. Bordeaux, 2015.

⁴⁷⁹ PIERRE Ph., « La responsabilité du notaire à l'épreuve de l'évolution du droit positif », obs. sous Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-18.659 : les manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles s'apprécient au regard du droit positif existant à la date de son intervention, et les juges du fond doivent rechercher si l'arrêt de la Cour de cassation fixant les conditions de validité de l'acte rédigé par le notaire avait, à la date de l'intervention du rédacteur, fait l'objet d'une publication ou de toute autre mesure d'information. Les juges du fond doivent cependant rechercher si l'évolution de la jurisprudence sur des dispositions connexes à celles concernées par l'acte, rendait prévisible, au jour de la rédaction, une

et de mise en garde doit le conduire à une prévoyance spontanée qui réside tant dans des choix techniques judiciaires que dans une obligation de renseignement sur la situation de chaque partie. Ainsi, il devra assortir les obligations de certaines modalités d'usage⁴⁸⁰ : condition suspensive d'obtention d'un prêt, de vente préalable d'un bien, d'obtention d'un permis de construire. Il devra également vérifier l'aliénabilité du bien objet d'une vente immobilière⁴⁸¹, la capacité de contracter des parties à l'acte⁴⁸² mais aussi de leurs déclarations⁴⁸³, de l'existence d'un droit de préférence ou de préemption ; tout comme il

évolution devant être prise en compte par le notaire dans sa rédaction. Rapp. Civ. I^{er}, 25 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 328, pourvoi n° 95-22.240 ; et Civ. I^{er}, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 136, p. 126, pourvoi n° 04-10.101 ; D. 2006. 2894, note MARMOZ F. ; AJDI 2006. 587 ; RTD civ. 2006. 521, obs. DEUMIER P. ; *ibid* 580, obs. GAUTIER P.-Y. ; *ibid* 2007. 103, obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁴⁸⁰ LATINA M., « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat dans les projets de droit européen du contrat », RDC, I^{er} oct. 2013, n° 4 p. 1613, n° 9 et s., opérant une distinction entre les éléments qui constituent un prérequis à l'engagement (*motif efficient*), tel que l'obtention du permis de construire nécessaire à la réalisation du projet, et l'objectif personnellement poursuivi par une partie (*motif but*). Dans notre démonstration, le « *motif efficient* » est classé dans la finalité objective, tandis que le « *motif but* » appartient à la finalité subjective.

⁴⁸¹ Le notaire doit toujours vérifier l'origine de propriété du bien. Pour cela il doit « *remonter la chaîne des transmissions successives afin de confirmer le droit de propriété du vendeur* » (SAGAUT J.-F. et LATINA M., « La vérification de l'origine de propriété : trente ans, ça suffit ! », Defrénois, 15 janv. 2012, n° 1, p. 31). Cf. Civ. I^{er}, 23 mars 1977, Bull. civ. I, n° 149, pourvoi n° 74-10.069 ; 13 nov. 1991, pourvoi n° 89-15.011 ; Civ. I^{er}, 17 nov. 2011, inédit, pourvoi n° 10-25.583 : la non découverte par le notaire d'une servitude figurant dans les actes relatifs à une parcelle voisine de celle dont il avait instrumenté la vente ne constitue pas une faute susceptible d'engager sa responsabilité, dès lors qu'il n'est pas tenu de vérifier l'origine d'une propriété au-delà de trente ans. Toutefois, lorsque les actes translatifs sont rares ou espacés, le notaire doit procéder à des vérifications allant au-delà des trente années de manière à trouver une mutation confirmative des droits du vendeur.

⁴⁸² Cf. sur les pouvoirs du mandataire : Par ex., sur le fondement de l'article 1998 C. civ., l'obligation à la charge des notaires de procéder à la vérification de leurs pouvoirs respectifs pour l'établissement d'un acte avec le concours d'un confrère (Civ. I^{er}, 20 mars 2013, n° 12-11.567, à paraître Bull. civ.) ; sur le fondement de l'article 1985 C. civ., l'obligation de vérifier les pouvoirs de l'avocat pour le syndic dans « *l'exercice normal de ses attributions de représentation dans une instance en justice* », in Com. 7 janv. 1992, n° 89-21.605, Bull. civ. IV, n° 6. Sur la capacité commerciale : Civ. I^{er}, 12 mai 2011, n° 10-17.602, AJDI 2011. 556 ; 16 oct. 2013, pourvoi n° 12-24.267 ; 2 juill. 2014, n° 13-20.576 ; Civ. I^{er}, 29 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-17.591. Adde BOREL J.-Ph., « Responsabilité du notaire et déclaration des vendeurs sur leur capacité à disposer librement de leurs biens », AJDI 2017. 134.

⁴⁸³ Civ. I^{er}, 11 janv. 2017, pourvoi n° 15-22776, obs. MEKKI M., Gaz. Pal. 2017, n° 16, p. 27 : « *le notaire est tenu de vérifier, par toutes investigations utiles, spécialement lorsqu'il existe une publicité légale, les déclarations faites par le vendeur et qui, par leur nature ou leur portée juridique, conditionnent la validité ou l'efficacité de l'acte qu'il dresse ; que la faute intentionnelle ne prive pas le vendeur de tout recours contributif contre le notaire qui, ayant prêté son concours à la rédaction d'un acte dolosif, peut être tenu de le garantir partiellement, en considération de la faute professionnelle qu'il a commise* ». Comp. Civ. I^{er}, 26 nov. 2014, pourvoi n° 13-27965 : où on ne saurait reprocher au notaire, rédacteur d'un contrat préparatoire ayant pour but d'arrêter la volonté des parties sans attendre l'écoulement des délais d'obtention de certains documents et informations complémentaires, de n'avoir pas vérifié des déclarations non suspicieuses. Rapp. Civ. I^{er}, 2 juill. 2014, inédit, pourvoi n° 13-20.576, et Civ. I^{er}, 29 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-17.591.

sera garant des mesures de publicité⁴⁸⁴, de la clarté de la rédaction⁴⁸⁵ et de l'exactitude du contenu de l'acte. La responsabilité du notaire est sans aucun doute symbolique du contentieux lié à l'inefficacité de l'acte. À la fois officier ministériel et juriste-conseil, il a l'obligation de garantir l'efficacité du contrat⁴⁸⁶, à laquelle sont assortis des devoirs de loyauté, de prudence et de diligence. Il convient de noter que l'extinction de la situation juridique entre le moment de l'intervention du notaire et sa mise en cause, n'est pas de nature à empêcher la recherche de sa responsabilité, précisément parce que le lien de causalité entre le préjudice résultant de son intervention et la faute ne peuvent être appréciés qu'*a posteriori*⁴⁸⁷.

94.- La finalité subjective. La finalité subjective s'entend comme l'efficacité attendue *in casu* par les parties. Il s'agit d'expectatives liées aux circonstances particulières de la situation de chacune d'elles, reposant nécessairement sur la compréhension des motifs, ou mobiles, individuels de l'engagement⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Les parties doivent en principe faire procéder à la mesure de publicité. Cependant, l'art. 32 du décret du 4 janvier 1955 impose aux rédacteurs professionnels de l'acte (notaires, huissiers, commissaires à l'exécution du plan, autorités administratives) de faire publier, même contre la volonté des contractants, les actes dressés par eux ou avec leur concours. Cf. J.-Cl. Notarial, Fasc. 40 « Publicité foncière », n° 47 et s. V. ég. Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, Bull. civ. I, n° 169, pourvoi n° 12-23.357 : l'acte portant échange de parcelles entre leurs propriétaires respectifs n'ayant pas été publié est inopposable aux tiers. Encourt donc la cassation l'arrêt qui a retenu la responsabilité du notaire pour avoir prêté son concours à la vente d'une de ces parcelles par son propriétaire initial, dès lors que le notaire ne pouvait refuser d'instrumentaliser l'acte de vente. *Adde* Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, Bull. civ. I, n° 273, pourvoi n° 11-19.682 ; Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, Bull. civ. I, n° 169, pourvoi n° 12-23.357, D. 2013. 2507, obs. DUBARRY J. ; AJDI 2013. 850 ; RTD civ. 2014. 125, obs. JOURDAIN Ph. ; Defrénois 2015, n° 4, obs. LATINA M. ; L'essentiel droit des contrats, PELLET S., 2013, n° 10, p. 6 : l'acte portant échange de parcelles entre leurs propriétaires respectifs n'ayant pas été publié est inopposable aux tiers. Encourt donc la cassation l'arrêt qui a retenu la responsabilité du notaire pour avoir prêté son concours à la vente d'une de ces parcelles par son propriétaire initial, dès lors que le notaire ne pouvait refuser d'instrumentaliser l'acte de vente.

⁴⁸⁵ CHANTEPIE G., « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », RDC, 1^{er} juill. 2012, n° p. 989 ; FERNBACH N.-M., « La simplification du texte juridique : étude comparative », in *Français juridique et science du droit, op. cit.* ; MEKKI M., « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », RDC 2006. 297.

⁴⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 7 fév. 1989, Bull. Civ. I, n° 69, p. 44, pourvoi n° 86-18.559. Sur le défaut d'annexion des procurations à l'acte authentique, cf. 5 arrêts rendus par Civ. 2^e, 7 juin 2012, Bull. civ. II, n° 102, pourvoi n° 11-15.439 D. 2012. 1789, obs. D. 2012. 1789 MEKKI M., *ibid* AVENA-ROBARDET V. Rapp. LE RUDULIER N., « Sanction du défaut d'annexion des procurations à l'acte notarié », AJDI 2013. 623 ; LE RUDULIER N., « Absence d'annexion des procurations : l'acte notarié conserve son caractère exécutoire », AJDI 2014. 61.

⁴⁸⁷ C'est ainsi que viole la loi la cour d'appel retenant que nonobstant la faute avérée des notaires, leur mise en cause serait devenue sans objet après la dissolution de la copropriété dont faisait partie le bien vendu antérieurement, car « *en statuant ainsi, alors que la dissolution de la copropriété n'était pas de nature à exclure l'existence d'un lien de causalité entre la faute des notaires et le préjudice dont [les demandeurs] demandaient réparation, la cour d'appel a violé* » l'article 1382 du Code civil : Civ. 3^e, 7 juill. 2010, inédit, pourvoi n° 09-13.498.

⁴⁸⁸ V. spéc. LATINA M., « Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat dans les projets de droit européen du contrat », art. préc., p. 1613, faisant de la prise en compte des motifs personnels ayant poussé les contractants à s'engager un élément incontournable de la « *dialectique entre justice contractuelle et sécurité juridique* » ; MAZEAUD D., « Cause et motifs », RDC, 1^{er} juill. 2007, n° 3, p. 712, obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, Bull. civ. I, n° 139, pourvoi n° 05-11.405 : viole l'article 1131 du code civil la cour d'appel qui ordonne la restitution, à un chirurgien-dentiste qui avait vendu son cabinet, de la somme convenue au titre de « l'engagement de ne pas exercer », en retenant que le versement d'une indemnité de non-concurrence postcontractuelle n'était pas causé dans la mesure où le praticien n'avait jamais caché sa volonté de prendre sa retraite et donc de se retirer de son activité professionnelle, alors que sa renonciation à une activité qu'il lui eut été loisible de continuer ou reprendre plus tard constituait, à la date de sa formation, la cause de l'engagement pécuniaire litigieux

Un contractant peut recourir à l'instrument contractuel dans un but bien défini, tel que la recherche d'une optimisation fiscale⁴⁸⁹ ou la réalisation d'une opération économique dépendant d'un ensemble contractuel⁴⁹⁰. Le rédacteur doit ici veiller à la concrétisation du *statu postquam* recherché personnellement par l'une et/ou l'autre des parties, en garantissant les effets spécifiquement attendus et en honorant tout particulièrement son obligation de conseil⁴⁹¹. Il en ressort notamment que l'acte doit être valable de manière à satisfaire son objet principal, mais ce sont également toutes les clauses qu'il contient qui doivent être efficaces dans le but plus particulier qu'elles peuvent poursuivre. Ainsi, « *la clause est mise en œuvre conformément à sa raison d'être et ne doit pas être détournée de sa finalité. Le juge est guidé, dans son interprétation, par sa fonction, ce qui lui permet de retrouver sa raison d'être et ses effets en se détachant de la simple lettre de la clause* »⁴⁹². Le rôle des clauses est donc primordial. Les stipulations participent à la cohérence générale de l'engagement et à la détermination de la responsabilité encourue par les parties. En effet, la mauvaise rédaction de l'acte fertilise les risques de différends postcontractuels entre les parties, autant qu'elle est susceptible d'engager la responsabilité du rédacteur.

95.- La responsabilité du professionnel (absence de subsidiarité). La première Chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins rappelé que la responsabilité des professionnels du droit ne présente pas de caractère subsidiaire⁴⁹³. Ainsi, la mise en jeu de la responsabilité d'un notaire n'est pas subordonnée à une poursuite préalable contre un autre débiteur, dès lors qu'est certain le dommage subi par la faute du rédacteur, et cela quand bien même la victime disposerait d'une action contre un

⁴⁸⁹ DURAND-PASQUIER G., « Défiscalisation : jusqu'où va l'obligation de mise en garde du notaire ? », JCP N, 2 juin 2017, p. 18, note sous Civ. 1^{ère}, 15 juin 2016, inédit, pourvois n° 15-14.192, 15-17.370 et 15-18.113.

⁴⁹⁰ « *L'ensemble contractuel poursuit un but économique unique et commun à l'ensemble des contrats. Si cette caractéristique de l'ensemble contractuel est établie, elle en fait un tout indivisible par sa finalité. Une clause qui viendrait contredire cet état de fait doit alors être privée d'effet* », in MEKKI M., « Le nouvel essor... », *op. cit.* ; HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. Paris XI, n° 2004 bis ; CHARBONNEL L., *La hiérarchie des normes conventionnelles*, th. Avignon, 2010. Ce but commun justifie d'ailleurs la contamination de l'inefficacité d'un acte aux autres composant l'ensemble de l'opération : MESTRE J. et FAGES B., « Quelques groupes de contrats », RTD civ. 2002. 96, obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, Bull. civ. I, n° 94 ; Com., 15 févr. 2000, Bull. civ. IV, n° 29, p. 23, pourvoi n° 97-19.793, D. 2000, somm., p. 364, obs. DELEBECQUE Ph. ; Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, inédit, pourvoi n° 98-18.377 ; Com. 12 juin 2001, inédit, pourvoi n° 98-19.787 ; Crim. 20 mars 2001, Bull. crim. n° 74, p. 243, pourvoi n° 00-87.107 ; cf. *infra* n° 170, 514.

⁴⁹¹ Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1996, Bull. n° 419, pourvoi n° 94-18.582 ; Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, Bull. n° 282, pourvoi n° 96-21.732 ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 1996, Bull. n° 132, pourvoi n° 93-20.578 (obligation d'information de la part de l'avocat sur les conséquences financières du licenciement).

⁴⁹² MEKKI M., « Le nouvel essor des clauses contractuelles (2^{ème} partie) », art. préc., affirmant par la suite que « *quelle que soit la clause contractuelle qui y figure, elle doit s'efforcer d'être compatible avec la prévision des parties en luttant contre certaines formes de potestativité, en protégeant la stabilité du lien contractuel ou en permettant d'atteindre le but économique poursuivi par les parties* ».

⁴⁹³ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-26.245. Rapp. Civ. 1^{ère}, 13 fév. 1996, Bull. n° 81, pourvoi n° 93-18.809 ; Civ. 1^{ère}, 7 mai 2002, Bull. n° 121, pourvoi n° 99-14675. *Add* BLANC N., « Subsidiarité ne rime pas avec notaire... », Gaz. Pal. 19 janv. 2016, n° 254t1, p. 37 ; Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-13840, Gaz. Pal. 10 janv. 2017, n° 283j4, p. 31, obs. MEKKI M.

tiers propre à assurer la réparation du préjudice. Les faits de l'espèce méritent d'être rapportés, parce qu'ils offrent un cas d'anticipation de l'après-contrat, mis en lien avec l'efficacité d'une clause originale.

En l'espèce, un notaire avait procédé à une cession de fonds de commerce prévoyant une clause suivante :

« Procédure de licenciement : le cédant déclare qu'il n'existe au 1^{er} janvier 2010 aucune procédure de licenciement. Le cessionnaire déclare avoir procédé au licenciement de Mme Z au cours du mois de janvier 2010. Le cessionnaire déclare vouloir faire son affaire personnelle de cette situation sans recours contre le vendeur ».

Les suites potentielles du licenciement étaient donc mises à la charge du cessionnaire. L'utilité de la clause doit être soulignée, en raison de la situation des parties au moment de la cession : le nouveau propriétaire était entré dans les lieux avant la signature de l'acte définitif. L'acte contenait d'ailleurs une stipulation de jouissance rétroactive de l'acheteur. Or, le licenciement intervint au cours de cette période intermédiaire, c'est-à-dire après l'entrée en jouissance du cessionnaire mais avant la formation de l'acte définitif. Il donna lieu à la condamnation prud'homale du cédant. C'est pourquoi ce dernier actionna le notaire en responsabilité, alléguant l'inefficacité de la clause et l'inexécution du devoir de conseil dû par le professionnel. Le rédacteur fût condamné par les juges d'appel à indemniser la perte de chance d'une prise en charge des conséquences financières du licenciement. Cherchant à démontrer l'inexistence du préjudice de perte de chance, le professionnel attaquait l'arrêt au moyen que le cédant disposait d'une action à l'encontre du cessionnaire, sur le fondement de la clause de responsabilité incluse dans l'acte instrumenté. C'est néanmoins par un moyen de pur droit, soulevé d'office, que la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Au motif que la responsabilité du professionnel n'est pas subsidiaire, celle-ci n'est pas subordonnée à la poursuite préalable d'un autre débiteur. Si cette solution peut paraître aussi rationnelle que sévère, il convient de préciser qu'en l'occurrence, le notaire ne contestait pas la faute qui lui était reprochée (il reconnaissait même l'imprécision des termes de la clause), ce qui, dans le cas contraire, aurait peut-être ouvert la discussion sur le contenu de l'efficacité attendue par le contractant mécontent. En effet, la sévérité qui peut être reprochée à la Haute juridiction se concentre précisément autour de la conception étroite de l'efficacité de la clause. En l'occurrence, l'efficacité de la clause est entendue comme celle d'une stipulation apte à exonérer le cédant de sa responsabilité prud'homale, et, partant, de sa responsabilité envers un tiers au contrat de cession (le salarié).

96.- Compréhension prétorienne de l'efficacité. Toutefois, est-ce pour autant que la clause était inefficace au regard de l'effet relatif des conventions ? Le fait que le cédant ait vu sa responsabilité engagée vis-à-vis du salarié n'a assurément pas remis en question l'exigibilité de la clause vis-à-vis du cessionnaire. La stipulation aurait certainement pu être mieux rédigée, mais elle avait clairement

vocation à garantir la prise en charge des conséquences du licenciement (« *Le cessionnaire déclare vouloir faire son affaire personnelle de cette situation sans recours contre le vendeur* »). Il s'agissait donc d'une clause de garantie dont l'efficacité, sur le plan de la relativité des conventions, n'était pas compromise par la condamnation du cédant.

En revanche, il est possible de s'interroger sur l'accomplissement du devoir d'information et de conseil du notaire quant à la portée de cette clause. Effectivement, les termes choisis par le notaire n'envisageaient pas l'hypothèse d'une procédure prud'homale à l'encontre du cédant, mais seulement la renonciation du cessionnaire à tout recours contre celui-ci. Le rôle du notaire était-il alors de prémunir le cédant contre toute condamnation, ou d'assurer la garantie due par le cessionnaire ? L'arrêt ne laisse pas savoir quelle était précisément l'attente du contractant. Mais la clarification devait sans aucun doute venir du notaire ; lequel aurait dû se renseigner sur l'intention des parties, de façon à éclairer l'esprit de celles-ci sur la réelle portée de la clause ainsi rédigée, ou, par prudence, de couvrir par la stipulation l'ensemble des hypothèses faisant suite au licenciement.

Cet exemple montre combien l'après-contrat est orienté par la situation contractuelle. Les finalités de l'obligation peuvent ainsi être recherchées en-dehors du contrat lui-même.

D- LES FINALITÉS RECHERCHÉES EN DEHORS DU CONTRAT

97.- L'après-contrat et les objectifs médiats de l'opération. L'après-contrat peut également être une destination transitoire, ayant pour objectif un *statu postquam* indirect, se situant en dehors de la convention. Ce sera l'exemple des successions de contrats dans le temps - le cas des sous-contrats en est une bonne illustration : le *statu postquam* correspond à la formation d'un nouvel acte qui lui-même permettra d'accéder à un nouvel état. Le *statu postquam* est ainsi mis en abyme par les contrats successifs. Il s'agit d'un cas représentatif de la convention en tant qu'instrument au service d'une opération d'ensemble, dont les fins transcendent la relation contractuelle isolée⁴⁹⁴. Le dynamisme remarquable de ce phénomène de conquête économique par la voie du contrat a été observé en droit de la concurrence, de sorte que « *la notion si familière au droit civil de la prévisibilité, servie grâce au mécanisme contractuel, prend un nouveau tour en droit de la concurrence : il faudrait assurer à l'opérateur une prévisibilité au-delà de l'instant du contrat. L'attente légitime du nouveau contrat, à*

⁴⁹⁴ À ce titre, la jurisprudence a reconnu l'existence d'une relation contractuelle entre les différentes parties de l'ensemble contractuel comportant un transfert de propriété, cf. not. Ass. plén., 7 févr. 1986, bull. A. P. n° 2, p. 2, pourvoi n° 84-15189, D. 1986, RTD civ. 1986. 364, obs. HUET J., *ibid.* 594 obs. MESTRE J., et *ibid.* p. 605 obs. REMY Ph. ; Civ. 1^{ère} 8 mars 1988 et 21 juin 1988, D. 1988, RTD civ. 741 MESTRE J. ; Civ. 3^e, 15 févr. 1989, D. 1989, RTD civ. 553 ; Civ. 3^e, 7 mars 1990, D. 1990, RTD civ. 1990. 287, obs. JOURDAIN P. ; Ass. Plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, Bull. n° 5, p. 7, D. 1991, RTD civ. 549.

supposer cette légitimité acquise notamment parce que le distributeur a fait des investissements dont la rentabilisation excède le terme contractuel, fait de la passation de ce contrat ultérieur la conséquence - et non plus la source - du principe de prévisibilité. Parce que le contrat a engendré des comportements anticipant l'après-contrat, celui-ci étant concrètement constitué par la passation d'autres contrats analogues, la prévisibilité, qui croise aussi bien la notion d'intérêt légitime que celle d'investissement à long terme, impliquerait une obligation de contracter de nouveau »⁴⁹⁵. L'objectif final peut apparaître éloigné, au-delà de plusieurs générations d'obligations et d'une succession de situations nouvelles en tension vers un état postcontractuel différé, tel est le cas par exemple dans une opération de concentration⁴⁹⁶. Le rôle de la prévisibilité, au travers de l'intention commune des parties, notamment par le prisme de leurs intérêts, s'avère alors primordial afin d'identifier ce qui reste exigible ou ce qui ne l'est plus après l'extinction⁴⁹⁷. Il convient de noter en l'occurrence que l'état postcontractuel s'institue vraiment en-dehors du contrat, parce qu'il se rattache à des circonstances extérieures au champ principal de la convention, tels que le marché dans lequel s'inscrit l'opération⁴⁹⁸, un montage juridique complexe⁴⁹⁹,

⁴⁹⁵ FRISON-ROCHE M.-A., *Contrat, concurrence, régulation*, RTD civ. 2004, p. 451.

⁴⁹⁶ L'opération de concentration, pour être mise en œuvre, nécessite une pluralité d'actes. Mais c'est la portée d'ensemble de l'opération qui sera évaluée, notamment en vue de son contrôle, précisément au travers de son impact concurrentiel sur le marché. V. BELLIS J.-F., *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 2014, Chapitre 9.

⁴⁹⁷ Dans le prolongement de cet enjeu, s'est posée la question des cas de rupture donnant droit à indemnité au profit de l'agent commercial. En effet, la résiliation à l'initiative de l'agent, la transmission de la convention et la faute grave constituent des exceptions au droit à l'indemnité de fin de contrat. En l'espèce, la Cour de cassation a dû faire cas de la première exception. La question posée à la Haute juridiction était de savoir si le suicide de l'agent commercial pouvait constituer une cessation du contrat à l'initiative de ce dernier. Afin de s'exonérer de la charge indemnitaire, le mandant invoque les dispositions des articles L.134-12 et L.134-13 2° du Code de commerce qui prévoient qu'en cas de décès de l'agent, ses ayants droit ne peuvent bénéficier de la réparation si la rupture du contrat résulte de l'initiative de l'agent. Cependant, la Cour de cassation applique l'adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, et énonce qu'aucune prévision légale ne distingue entre les causes de décès de l'agent et décide ainsi « *que le suicide [l'agent] ne pouvait exclure le droit à indemnisation de ses ayant droit* », in Com. 23 nov. 2010, Bull. civ. IV, n° 182, pourvoi n° 09-17.167 ; CCC févr. 2011, comm. 27, obs. MATHEY N. Finalement, même si le suicide de l'agent peut s'analyser comme la cause objective de la rupture, il ne peut constituer une intention de cesser les relations contractuelles telle qu'énoncée dans les textes.

⁴⁹⁸ Cf. la même motivation particulièrement remarquable retenue le même jour par une série de cinq décisions de la Chambre commerciale, sur l'adaptation de la durée du contrat aux enjeux du marché – suite à l'entrée en vigueur d'un règlement européen relatif à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile – justifiant la rupture du contrat ainsi qu'un délai de préavis abrégé afin de favoriser une situation nouvelle plus avantageuse pour le concédant : « *cet impératif de rapidité résultait aussi du fait que des concurrents avaient déjà réorganisé leur réseau et que la lenteur de la société Daf à procéder à la réorganisation de son réseau, résultant du préavis de deux ans, l'aurait maintenue une année supplémentaire dans un système plus rigide et économiquement moins favorable que celui dans lequel se trouvaient ses concurrents, ce qui aurait porté atteinte à l'efficacité des structures existantes du réseau ; qu'il retient également que le maintien du contrat de concession litigieux pendant une année supplémentaire aurait interdit la prospection personnalisée et nominative hors du territoire exclusif concédé et aurait également interdit aux autres membres du réseau de vendre activement sur ledit territoire, ce qui n'aurait pu que créer une distorsion dans le jeu de la concurrence et porter atteinte à la cohérence et à l'efficacité de la réorganisation engagée ; que c'est à bon droit que la cour d'appel a déduit de ces constatations et appréciations la nécessité d'une réorganisation rapide du réseau de distribution de la société Daf justifiant une résiliation de l'accord de distribution avec un préavis d'un an au lieu de deux ans* », in Com., 25 sept. 2012, inédits, pourvois n° 11-20711, n° 11-21604, n° 11-30518, n° 11-20713 et n° 11-20712.

⁴⁹⁹ La principale complexité tiendra notamment au fait que dans une succession de contrats, le lien de causalité externe – c'est-à-dire dirigé vers le but poursuivi par l'opération d'ensemble – sera aussi un lien de causalité interne à chaque contrat dont la validité propre pourra dépendre de la norme supérieure – c'est-à-dire du contrat précédent. Ce *statu postquam* reçoit

ou une chaîne de contrats⁵⁰⁰, ainsi qu'à une cause subjective relative aux désirs et motivations personnelles des contractants – motivations qui ne seraient pas nécessairement convergentes. Ces liaisons dans le temps, entre des situations qui précèdent le contrat et d'autres qui lui succèdent, posent d'ailleurs tout le problème de la frontière parfois fragile entre les deux ordres de responsabilité⁵⁰¹.

Les finalités recherchées par les contractants peuvent donc se situer en dehors de la convention, faisant de l'après-contrat le siège d'objectifs plus ou moins éloignés de l'objet principal du contrat, invitant à une lecture holistique du contrat.

98.- L'observation du contrat dans le temps. Lorsque le contrat se forme et se délie par un déferlement d'événements successifs dans le temps, il offre l'image d'une stratification offrant par coupe verticale le spectacle figé de l'œuvre du passé. Le défi de la datation de ces strates superposées relève tantôt de l'évidence, tantôt du doute lorsqu'elles se forment de manière enchevêtrée. Or inclure l'évaluation du *statu postquam* dans le raisonnement juridique et judiciaire s'inscrit en faveur d'une lecture holistique de l'acte de contracter, de façon à prendre le recul nécessaire à examiner la stratification de manière transversale. Cette grille de lecture permet d'apercevoir le sens de l'acte de contracter dans sa globalité et d'identifier les périodes en formant la structure totalisante. C'est pourquoi la désignation d'un état postcontractuel participe à la cartographie de l'après-contrat⁵⁰², autant qu'elle engage, par un critère à la fois temporel et finaliste, à plus de cohérence dans l'interprétation du contrat dans le temps : en admettant que la destination du contrat est le *statu postquam*, cette même notion permet de remonter au moment de la formation ou de l'exécution du contrat lorsque l'espèce le commande. La jurisprudence en a fait cas, en décidant que « *la continuation de l'occupation après résiliation du contrat pouvait s'éclairer, quant aux obligations des parties, d'après la convention intervenue* »⁵⁰³.

en legs de sa norme génitrice les règles positives propres à administrer les suites. Ses règles sont les outils d'interprétation et d'application de la loi des parties dans le temps, à la lumière souvent de la relation passée, et à la leur parfois de la relation nouvelle. L'opération pour être identifiée doit toujours être inscrite dans une temporalité destinale. C'est ainsi que la jurisprudence a pu décider que : « *le contrat d'engagement signé par la SCA Mas Daussan est indissociable de son adhésion à ladite coopérative, de sorte que, sous le couvert de résiliation du seul contrat d'apport de récolte, la débitrice poursuit en réalité la résiliation du contrat de société la liant à la SCA Covial* », in Com. 19 fév. 2013, inédit, pourvoi n° 12-23146.

⁵⁰⁰ Cf. CHARBONNEL L., th. préc.

⁵⁰¹ Dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété, on verra s'appliquer une responsabilité contractuelle, alors que dans un chaîne hétérogène les parties devront agir sur un fondement quasi-délictuel. De même, la question persiste sur l'obligation de sécurité dont est débiteur le prestataire dans un contrat de transport : jusqu'où et jusqu'à quel moment l'action de la victime d'un dommage peut-elle se fonder sur l'obligation de sécurité, et à partir de quand doit-elle s'en remettre à la responsabilité civile délictuelle ? Cf. not. *infra* n° 456 et s.

⁵⁰² « *L'après-contrat n'est pas une mine d'or, c'est un continent, c'est même un horizon. Aussi faut-il cartographier la concession* », in STOFFEL-MUNCK Ph., « L'après-contrat », art. préc., p. 159.

⁵⁰³ Civ. 3^e, 2 mars 2005, Bull. civ. III, n° 55, p. 48, pourvoi n° 02-15.298, RDC 1^{er} oct. 2005, n° 4, p. 1087, obs. SEUBE J.-B.

99.- Un lien insécable entre contrat et après-contrat. On observe ainsi le lien nécessaire entre contrat et après-contrat, de sorte qu'il n'est pas possible d'envisager l'un sans l'autre. Il n'est donc pas étonnant que la conceptualisation de l'après-contrat en appelle à la notion de causalité⁵⁰⁴. L'idée de causalité privilégie effectivement la référence à la convention elle-même. Il s'agit de mettre en évidence ce qui peut produire des effets juridiques après le moment de l'extinction. L'après-contrat ne serait dès lors constitué que de relations juridiques créées par une convention expirée : la convention doit alors être vue à la fois comme une source et un instrument des relations juridiques se formant durant la période postcontractuelle⁵⁰⁵. Il faut donc un lien de causalité entre la situation et la convention éteinte pour définir le contenu de l'après-contrat, montrant qu' « *il est donc plus utile, au lieu de s'efforcer de privilégier l'idée de temporalité sur celle de causalité, l'idée d' "après" sur celle de "contrat", de souligner le trait d'union qui relie les deux termes du sujet et qui révèle le caractère complémentaire de ces deux conceptions* »⁵⁰⁶. Les termes précités ont été la base de l'approche à la fois temporelle et substantielle de la phase postcontractuelle. À la recherche des éléments constitutifs de l'après-contrat de travail, ont été invoquées deux conceptions, l'une fondée sur un indicateur temporel, l'autre sur l'idée de causalité. D'abord, l'après-contrat devrait être entendu comme les « suites » de l'expiration du contrat, construites autour de trois étapes comptant l'extinction du contrat, la liquidation du rapport juridique et l'avènement de la situation nouvelle. Mais la période formées des « suites » peut sembler infinie, sans avoir nécessairement de rapport direct avec le contrat passé. L'exemple est donné de la retraite du salarié, qui prend en compte l'ensemble de la vie professionnelle, et non pas d'une convention particulièrement. C'est pourquoi « *l'après-carrière ne se confond pas avec l'après-contrat* »⁵⁰⁷, arrivant à la conclusion que « *l'après-contrat doit être défini à la fois comme la période qui commence au moment de l'extinction du rapport contractuel, et comme l'ensemble des relations juridiques déterminées par l'existence antérieure d'un contrat. L'après-contrat est ce qui procède du contrat tout en étant postérieur au contrat* »⁵⁰⁸. Ainsi, le concept a l'originalité de nécessiter la

⁵⁰⁴ POUSSON A., « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », *RRJ*, 1996, n°3, p.712 ; CASEAU-ROCHE C., th. préc., qui cherche à déterminer le fondement objectif de l'autonomie des obligations postcontractuelles, qu'elle identifie dans le rôle de la cause. Elle évoque alors la cause comme organisatrice de la bonne exécution de l'après-contrat voulu par les parties (rapp. *infra* n° 376 et s., 382). *Adde* PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, spéc. p. 13 et s.

⁵⁰⁵ PETIT F., th. préc., p. 15.

⁵⁰⁶ PETIT F., th. préc., p. 18.

⁵⁰⁷ PETIT F., *ibidem*. Nous remarquons toutefois que la question de la retraite peut potentiellement entrer dans le champ de l'après-contrat. Elle ne peut se définir par elle-même comme un après-contrat, mais lorsque la convention qui précède le temps de la retraite a, du fait du comportement des parties ou du contenu de l'acte, un impact sur celle-ci, alors elle doit être considérée comme appartenant au domaine de l'après-contrat, par application du critère du lien de causalité.

⁵⁰⁸ PETIT F., *ibidem*. Cette définition inspire celles proposées par CASEAU-ROCHE C., *Les obligations postcontractuelles*, Résumé, Th. Paris I, 2001, *adde* p. 5 et s., pp. 247-248 ; et BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, Etude à partir du droit de propriété littéraire et artistique*, th. Paris II, 2002, n° 3.

préexistence d'une situation contractuelle⁵⁰⁹ pour donner son sens substantiel à l'après-contrat, alors que l'assise de l'après-contrat est conditionnée par l'absence de contrat en cours. Finalement, le *statu postquam* peut être plus globalement associé à la notion de cause.

100.- La notion de cause. La cause a été remplacée par celle de « contenu » ou de « but » dans la nouvelle codification issue de la réforme de 2016⁵¹⁰, ce qui permet de faire transparaître aussi bien la notion de cause objective que celle de cause subjective. En effet, l'article (nouveau) 1162 du Code civil, dans une sous-section traitant du « contenu du contrat », remplace la cause par le « but », invitant donc à une acception holistique de l'engagement, lequel doit être mis en perspective avec la *causa finalis* du contrat. « *Mais sous la paille des mots, le grain ne meurt* »⁵¹¹, si bien que la disparition de la cause peut effectivement sembler artificielle, remplacée par un synonyme mis à la disposition du juge pour poursuivre son appréciation de la cause. L'après-contrat, au travers de la description du *statu postquam*, est certes un temps en dehors du contrat, mais également une émanation de son contenu. Il en est une émanation car il incarne l'état institué par le contrat et en appelle véritablement à l'intention première des parties et aux mobiles qui ont dicté l'engagement. La doctrine remarque d'ailleurs que la notion de but contractuel s'apparente à une « raison lointaine » ayant poussé les parties à contracter, de sorte que « *analyser les mobiles, c'est dépasser la simple recherche d'une contrepartie, aller au-delà du contenu contractuel* »⁵¹². En ce sens, le *statu postquam* peut servir d'élément d'appréciation non seulement sur le plan de l'efficacité du contrat, mais également sur celui de la licéité de l'opération. Situé en-dehors du contenu même du contrat, l'état de fait institué par l'opération contractuelle peut être illicite⁵¹³. Tel est le cas lorsque la cession de clientèle médicale prive les patients de leur liberté de choisir leur soignant, que la vente d'un immeuble est destinée à la création d'un lieu de prostitution, etc. Le *statu postquam* permet alors d'apprécier le « dol spécial »⁵¹⁴, entendu comme le résultat recherché par les parties qui ont contracté « en vue de » créer une certaine situation.

Cette dialectique fournit donc bien un éclairage réciproque⁵¹⁵ de l'avant et de l'après, et restitue au phénomène contractuel tant son dynamisme que son utilité. La conservation d'une cohérence

⁵⁰⁹ Nous préférons parler de situation contractuelle, du fait que nous incluons les effets de l'extinction rétroactive dans le domaine du sujet (cf. *supra* n° 56 et *infra* n° 125 et s.).

⁵¹⁰ Cf. art. (nouveau) 1128 du C. civ. Cf. ég. CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n° 402 et s.

⁵¹¹ Comm. sous art. 1162 du C. civ. (Daloz, 2017).

⁵¹² CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 405.

⁵¹³ Le nouvel article 1162, dans la continuité de l'ancien Code, fait primer l'ordre public sur l'intérêt des parties. V. arrêt fondateur : Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 285, p. 198, pourvoi n° 96-14.359, D. 1998. 563, obs. SAINTE-ROSE J. ; D. 1999, comm. 110, obs. DELEBECQUE Ph. ; D. 2000. 442, obs. GANNAGE ; JCP 1999, I, 114, obs. JAMIN Ch. ; Defrénois 1998, art. 36895, obs. MAZEAUD D.

⁵¹⁴ Comprendre l'intention de parvenir à un résultat bien déterminé.

⁵¹⁵ L'après-contrat d'influencer le contrat : l'exemple est donné par une jurisprudence appréciant que « *le syndic ès qualités*

d'ensemble s'opère ainsi par l'entretien d'une forme de continuité malgré la rupture. Car « *la notion d'extinction du contrat ne se laisse pas facilement saisir* »⁵¹⁶, cette contextualisation de l'acte procède d'une appréhension du changement toujours fidèlement rattaché à la convention passée ; ce qui, en donnant un sens dans le temps à l'extinction, permet de saisir l'insaisissable fin et ses suites au sein d'une pensée globalisante du contrat. Il s'avère donc finalement que de l'apparent néant, peut surgir le tout.

101.- L'instauration d'une situation nouvelle. L'état postcontractuel, pendant symétrique de l'état ante-contractuel, désigne une situation nouvelle entre des parties⁵¹⁷. Ce qui est *nouveau* montre *ce qui apparaît pour la première fois*⁵¹⁸, mais aussi *ce qui vient après quelque'un ou quelque chose de même espèce, qui vient les remplacer, leur succéder ou s'y ajouter*⁵¹⁹, si bien que le *statu postquam* marque l'érection d'un nouveau temps, celui d'un avenir crédité par l'apport de l'expérience contractuelle à l'ordre juridique⁵²⁰. Par le vecteur du contrat, le *statu quo ante* est ainsi détruit, au profit de la création d'un nouvel état venant lui succéder. Il incarne *ipso facto* l'état *institué* par l'effet de l'acte juridique *instituant* : c'est l'*institué* qui succède à l'*instituant*. La dynamique de cette évolution de la réalité

*n'avait pas sommé la société de quitter les lieux avant le 1er février 1980 et que l'assignation en expulsion n'avait été signifiée que le 24 mai 1984, l'arrêt, sans considérer que l'autorisation donnée par le juge commissaire servait de fondement à la continuation de la convention d'occupation précaire, a retenu, par l'exacte application des dispositions de l'article 3-2 du décret du 30 septembre 1953, que le bail de nature commerciale était né du seul maintien dans les lieux du preneur sans opposition du bailleur », in Com. 2 oct. 1990, inédit, n° 88-19378. Comp. avec Civ. 3°, 22 janv. 2013, inédit, pourvoi n° 11-22.984, où la requalification en contrat commercial n'intervient pas malgré le maintien dans les lieux du preneur, au motif que l'action intervenait tardivement : ainsi du fait que « l'existence d'un contrat postérieur entre les parties n'était pas établie » l'action était prescrite. La prescription biennale venait ici figer le *statu postquam*. À noter l'originalité du second moyen au pourvoi (rejeté pour défaut de preuve des allégations) dans lequel le demandeur invoquait l'existence de « manœuvres dolosives de la SRET, tendant à lui laisser croire inexactement durant plus d'une année après la résiliation du contrat qu'elle entendait conclure avec elle un nouveau contrat », se prévalant ainsi de la théorie de l'apparence dans la période postcontractuelle, au même titre que cela aurait pu être possible dans la période précontractuelle à l'occasion des pourparlers ; ce qui rend cette marge temporelle remarquable en tant que période intercalaire où l'après-contrat peut être aussi le siège d'un avant-contrat. Adde Civ. 3° juill. 2012, inédit, pourvoi n° 11-16.151 où le maintien dans les lieux ne permet pas la qualification de bail rural du fait de décisions de justice antérieures et que la mise à disposition ne pouvait être considérée à titre onéreux du fait que « les sommes encaissées par le notaire se rapportaient à un arriéré de fermages dûs avant la résiliation du bail et consistaient, postérieurement à celle-ci, à des indemnités d'occupation et que les consorts X... avaient toujours été animés par la volonté d'exécuter les décisions de justice ayant prononcé cette résiliation, la cour d'appel en a déduit à bon droit que de nouveaux baux n'avaient pas été conclus malgré le maintien dans les lieux des anciens locataires ».*

⁵¹⁶ HOUX N., *L'extinction du contrat par les tiers*, th. Rouen, préc., p. 4.

⁵¹⁷ « Je ne suis pas réellement le même qu'hier ; je ne suis le même que parce que je m'avoue le même, parce que je prends à mon compte un certain passé comme le mien, et parce que j'entends, dans l'avenir, reconnaître mon engagement présent comme toujours le mien », in M. Conche, *Montaigne et la philosophie*, Mégare, 1987, p. 119.

⁵¹⁸ V° Nouveau, in *Dictionnaire Littré*.

⁵¹⁹ V° Nouveau, in *Dictionnaire Larousse*.

⁵²⁰ C'est ainsi, par exemple, que par application de l'article 1743 du Code civil, l'acquéreur d'un bien loué devient pour l'avenir titulaire des droits de l'ancien bailleur. Après des hésitations jurisprudentielles, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement statué qu'à défaut d'aménagement contractuel prévu par les parties, le cautionnement relatif au bien loué est transmis au nouveau propriétaire, en application des articles 1743, 1692, 2290 et 2292 du Code civil, in Ass. plén. 6 déc. 2004, Bull. civ. n° 14, n° 03-10713 : « en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur ».

juridique débouche, après la transformation de l'état antérieur en état postérieur, sur un impératif d'efficacité qui peut paradoxalement dépendre d'une logique de conservation⁵²¹.

102.- Conserver l'état institué. En effet, le *statu postquam* doit normalement être synonyme de satisfaction de chaque partie censée être entrée dans la réalité qu'elle a voulu créer. Il s'agit donc d'un *état partagé* en ce que la situation postcontractuelle doit rendre compte de l'intention commune des contractants. Les parties, pour leur part, doivent être rétablies à l'extérieur de la situation contractuelle, c'est-à-dire retrouver principalement leur liberté. Cette extériorité les transforme en anciens partenaires, et doit faire en sorte que la nouvelle situation soit opposable aux tiers. C'est pourquoi le *statu postquam* est censé généralement exister *erga omnes*⁵²². Par le biais de cette opposabilité, il est possible de faire valoir utilement la nouvelle situation générée par le contrat⁵²³. À ce titre, l'extinction d'un contrat d'échange aura pour objectif principal de transformer la situation patrimoniale des parties, alors que l'extinction d'un contrat relationnel aura pour objectif d'alléger la charge des obligations engageant réciproquement les parties – dans ce cas, la situation instituée aura pour but de dissiper l'état provisoire dans lequel s'étaient placées les parties le temps du contrat.

D'une part, le *statu postquam* des contrats d'échange se manifeste par l'expression de droits réels, s'articulant de manière très classique autour du transfert de propriété, ainsi qu'éventuellement de la formalisation postérieure de la preuve du transfert qui s'est opéré et des garanties servant au maintien dans le temps des effets de l'exécution.

D'autre part, l'émancipation des parties à un contrat relationnel se soldera, par exemple, autour de l'exigence de restitutions⁵²⁴, bien que la gestion de l'après-contrat pourra se concentrer autour de la nécessité de se prémunir contre certaines formes d'opportunisme postcontractuel. L'enjeu sera alors de protéger certains intérêts préexistant au contrat ou générés par celui-ci, tels que le savoir-faire, la clientèle, les informations stratégiques, etc.⁵²⁵.

Dans les deux cas, le *statu postquam* va procéder d'un effet direct sur les droits et obligations de chaque partie en cherchant à protéger certains intérêts. Le transfert de propriété, au-delà d'agir sur les

⁵²¹ Rappr. *infra* n° 110.

⁵²² On se souviendra que des exceptions existent, notamment en matière de simulation et de contre-lettres prévues à l'article 1321 du Code civil.

⁵²³ Cf. *infra* n° 71, 103 et s.

⁵²⁴ « Puisque l'extinction du contrat s'oppose à la situation contractuelle passée et aux effets qui en sont nés, on doit alors admettre qu'elle caractérise la perte des effets obligatoires de l'acte et, en principe, le retour à une situation s'identifiant dans bien des cas à une simple situation de fait », in HOUX N., *L'extinction du contrat par les tiers*, th. Rouen, 2000, p. 15, précisant que « le retour à une situation de fait semblable à celle qui avait pu précéder le moment de la formation du contrat permet d'opposer l'extinction à l'existence d'une situation obligatoire qui caractérise la permanence du contrat. Mais cette opposition n'est pas toujours déterminante, car les restitutions qui accompagnent parfois la liquidation des situations contractuelles entraînent à leur tour la formation de véritables rapports obligatoires ».

⁵²⁵ Cf. *infra* n° 354 et s.

droits réels de son titulaire, doit permettre effectivement, après la délivrance du bien, une pleine utilisation de la chose. Une expression bien connue de cet impératif est celle la garantie d'éviction prévue aux articles 1626 à 1640 du Code civil. Dans la veine de cette garantie, le vendeur doit permettre l'usage de la chose après la vente, en délivrant à l'acheteur tous les documents utiles tels que les titres de propriété, certificats d'urbanisme, et autres documents administratifs⁵²⁶. Cela permet d'ailleurs une subrogation efficace de l'acquéreur dans les droits de l'ancien propriétaire⁵²⁷. De même, l'article 1383 du Code Général des Impôts prévoit que les avantages fiscaux attachés aux biens immobiliers visés⁵²⁸ profitent au nouvel acquéreur si la vente intervient dans les deux ans qui suivent l'achèvement de leur construction.

La transmission des droits et documents participent donc clairement aux finalités poursuivies par les parties : il s'agit d'une fonction inhérente au contrat de vente. Ce sont les intérêts des contractants qui sont protégés. C'est pourquoi l'intérêt positif de l'acquéreur (contenu dans le fait d'entrer dans les droits du vendeur et d'obtenir les documents utiles à la libre disposition du bien), s'accompagne incontestablement d'obligations mises à sa charge.

Cependant l'acquisition du *statu postquam* peut nécessiter l'accomplissement d'obligations pour certains contrats : c'est l'exemple de la publicité foncière pour l'acquisition des biens immobiliers⁵²⁹, des formalités de publicité postérieures à la cession de créance prévues à l'article 1690 du Code civil, ou encore l'entrée en possession effective du bien meuble corporel prévue à l'article 1141 du Code civil⁵³⁰.

⁵²⁶ Comp. avec l'obligation pour l'employeur de délivrer les documents (ex. : certificat de travail) destinés à attester de l'existence du contrat passé. C'est ce qui permettra au salarié de quitter son emploi et de faire valoir son ancienne relation mais également qu'il est libre de contracter de nouveau. Quand le salarié n'est pas dispensé de préavis, l'employeur a l'obligation de remettre le certificat à la date de cessation effective de la relation. S'il y a dispense du préavis, le certificat doit être délivré à la date de fin du contrat incluant la période préavis. Dans l'attente de la fin du contrat, l'employeur peut néanmoins délivrer une attestation précisant la date de fin du contrat, et la possibilité pour le salarié, dans ce temps intermédiaire, d'occuper un autre emploi. Cf. art. L. 1234-19 et D. 1234-6 du C. du trav., et art. L. 911-8 du CSS.

⁵²⁷ V. sur la justification de la qualité pour agir : Civ. 3^e, 15 déc. 2010, inédit, n° 09-68617, *adde* Com. 26 mai 2010, inédit, n° 09-15.545. Aussi la jurisprudence a-t-elle estimé que le nouvel acquéreur a qualité pour agir contre le locataire pour les détériorations antérieures à la vente, et cela malgré la présence d'une stipulation contraire (Civ. 3^e, 21 nov. 2001, inédit, pourvoi n° 00-13237 ; Civ. 3^e, 20 janv. 1981, *Gaz. Pal.* 1981. 2, panor. 170). Alors que, si le bailleur précédent, à savoir le vendeur, conserve pour sa part un intérêt à agir au titre de créances antérieures, celles-ci ne sont pas transmises de plein droit au nouveau bailleur, à savoir le nouveau propriétaire (Civ. 3^e, 2 oct. 2002, *Bull.* n° 189, pourvoi n° 01-00.696)

⁵²⁸ Constructions nouvelles, reconstructions et additions de construction.

⁵²⁹ Le nouvel art. 1198 du C. civ. envisage expressément le cas de la double vente : « *Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». Civ. 3^e, 10 févr. 2010, *Bull. civ.* III, n° 41, pourvoi n° 08-21.656 ; 12 janv. 2011, inédit, pourvoi n° 10-10.667, *D.* 2011. 851, note AYNES L. ; *ibid.* 2298, obs. MALLET-BRICOUT B. et REBOUL-MAUPIN N. ; *AJDI* 2011. 238 ; *RTD civ.* 2011. 158, obs. CROCQ P. ; *ibid.* 369, obs. REVET Th. *Adde* BERTIER-LESTRADE B. (de), « Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes », *D.* 2011. 2954.

⁵³⁰ Aux termes duquel : « *Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre*

Par l'institution de l'état postcontractuel, les effets principaux du contrat puisent ainsi leur efficacité dans l'opposabilité. Il s'agit d'un processus spécifique de la situation nouvelle qui doit, pour trouver sa pleine efficacité, être rendue publique. L'inexécution de la formalité nuit à la sécurité du temps postcontractuel.

103.- Conforter les effets du contrat en dehors de sa durée. « *L'efficacité juridique du contrat est liée à sa force obligatoire ; elle est limitée par le principe de la relativité des conventions et dans le temps par la durée du lien contractuel* »⁵³¹. Mais l'extinction du contrat ne doit pas faire oublier ce qui doit utilement subsister à la suite de l'opération économique. Tel que nous l'avons exposé, le *statu postquam* répond effectivement au besoin d'asseoir une situation nouvelle dans l'ordre juridique⁵³². Il en va de l'utilité ultérieure de l'acte pour les parties : « *il faut que le contrat soit antérieur à la situation que son existence est susceptible d'affecter* »⁵³³. En effet, « *le contrat lui-même, comme la situation par lui créée, constitue un fait dont chacun peut et doit tenir compte, soit pour en tirer argument, soit, tout au contraire, pour limiter son activité* »⁵³⁴. Ce constat décrit parfaitement l'utilité de la notion d'opposabilité, laquelle sert de canal de diffusion des effets du contrat dans l'ordre juridique. Le droit de faire appliquer la norme contractuelle est directement lié à l'efficace de la liberté contractuelle, laquelle doit être garantie par la force légale de l'engagement. Il s'agit d'un droit à la sécurité des transactions, un des attraits principaux de la vie en société et de la légitimité du pouvoir de l'Etat qui se pose en « *garant de la réalité des volontés des cocontractants* », confirmant ainsi que l' « *“horizontalité” pure des rapports contractuels n'est pensable qu'au prix de l'existence d'un gardien des promesses : le Souverain* »⁵³⁵. Il sera donc nécessairement question de l'opposabilité de l'acte, mais également des effets extinctifs.

§2) La portée des effets extinctifs

104.- L'acquisition de l'effet extinctif. L'effet extinctif doit pouvoir être opposé par les parties, afin que l'extinction puisse remplir utilement sa fonction⁵³⁶. La résiliation du bail, ou son expiration,

soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ». Il est ainsi possible d'observer que les formalités postcontractuelles mettent en concours des obligations dans le temps extracontractuel qui sanctionnera l'état de fait non plus au travers d'une [chronologie] mais de l'état de fait dans lequel se trouvent les parties. C'est ainsi le *statu postquam* qui influencera la convention, par le jeu d'obligations intercalaires.

⁵³¹ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Contrats et conventions », n° 232.

⁵³² Cf. not. *supra* n° 82, 101.

⁵³³ TESTU F. X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, Chapitre 101, « Effets relatifs », n° 101.35.

⁵³⁴ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Contrats et conventions », n° 304.

⁵³⁵ XIFARAS M. et LEWKOWICZ G. (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 5.

⁵³⁶ Sur la vigueur du lien contractuel et les effets du contrat, cf. CHAUVIRE Ph., « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n° 120, p. 29.

permet d'opposer l'extinction du contrat aux éventuels créanciers des parties⁵³⁷. Elle doit pouvoir s'imposer et produire pleinement ses effets : la Cour de cassation a ainsi énoncé qu' « *un bail commercial dont la résiliation est acquise ne peut être à nouveau résilier* »⁵³⁸. Il en ressort une sorte de *non bis in idem* de l'extinction. Toutefois, la règle vaut parce que la résiliation succédait à une extinction de même nature⁵³⁹. En revanche, s'il était question d'une remise en cause du contrat par le biais d'une extinction-sanction⁵⁴⁰, la situation eût été différente. L'extinction-sanction a une valeur plus forte que le *mutuus dissensus*, parce qu'elle affecte la normativité de la convention. Ainsi, une action en nullité doit pouvoir succéder à la résiliation, tandis que la résiliation ne peut pas porter sur un contrat nul. La résiliation ne peut pas non plus intervenir à la suite d'une résolution, ou d'une caducité. La jurisprudence a déjà affirmé que la résolution ne peut être demandée à la suite d'une résiliation⁵⁴¹, mais cette solution sera discutée⁵⁴². Ce qu'il faut néanmoins retenir reste qu'une fois l'effet extinctif acquis, l'acte n'est plus en cours et devient insusceptible d'une nouvelle extinction, bien qu'il reste potentiellement sanctionnable. Cela aura pour effet de transformer les effets extinctifs acquis afin de les mettre en concordance avec le but poursuivi par la sanction. La Cour de cassation précise également que « *le preneur dont le bail a été résilié n'est plus tenu au paiement des loyers postérieurement à la*

⁵³⁷ COLLART-DUTILLEUL F., « Opposabilité aux créanciers inscrits de la résiliation du bail en vertu d'une clause résolutoire », RDI 1998. 429 ; « DERRUPPE J., « Opposabilité aux créanciers inscrits de la résiliation du bail auquel l'administrateur au règlement judiciaire renonce », RDI 1999. 160 ; PIEDELIEVRE S., « Opposabilité aux créanciers nantis de la résiliation du bail non continué par le liquidateur », D. 1999. 297.

⁵³⁸ Civ. 3^e, 29 sept. 2010, Bull. civ. III, n° 175, pourvoi n° 09-13.922 ; AJDI 2010. 880, obs. ROUQUET Y (« *résiliation sur résiliation ne vaut* ») ; Rev. Loy. 2010/911, n° 1231, obs. RACLET B. ; ALBARIAN A., *Actualité jurisprudentielle 2010-2011, Droit commercial, Droit des sociétés commerciales*, Lamy Axe Droit, 2011, p. 172 et s. Rapp. (droit social belge) Cass. 6 nov. 1974, Pas., 1974, I, p. 85 : « *les manquements d'une partie après l'extinction d'un contrat de travail ne peuvent plus entraîner la résiliation de la convention* » ; WANTIEZ Cl., VOTQUENNE D., *Le licenciement pour motif grave*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 114 ; LIGOT J., BATTARD O. et VANBOSSELE F., *Les pratiques loyales*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 531.

⁵³⁹ Rapp. la thèse de Laurent L'Huillier qui propose une explication théorique de la possibilité de remettre en cause le contrat alors que celui-ci est déjà éteint. Ce phénomène se manifeste quand plusieurs droits formateurs sont en concurrence pour atteindre le même but. Si l'un des droits des droits est activé, l'autre s'éteint puisque le but est atteint. L'exhaustion (sur la règle de l'exhaustivité, cf. *supra* n° 70, 80, 373) n'a donc lieu que si les droits sont entre eux dans un rapport de concours parfait (*i-e* provoquent des effets identiques). C'est ainsi que des droits visant des buts distincts ne rétroagissent pas l'un sur l'autre. L'auteur donne un exemple : un contrat de bail résilié régulièrement peut encore être attaqué pour cause d'erreur, du fait que le droit de résiliation n'a pas les mêmes effets que celui de l'invalidation *ex tunc* (rétroactive). Ainsi, « *les faits postérieurs au contrat - échange de prestations, etc. - donnent naissance à différentes prétentions des parties - revendications, actions en répétition, etc.* », in L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947, p. 195-196.

⁵⁴⁰ Il s'agit des modes d'anéantissement de l'acte dont l'objectif est de remettre en cause la place du contrat dans la pyramide des normes. Tel est le cas de la nullité. Mais la remise en cause de l'acte dépend également de la résolution par exemple. L'extinction-sanction peut encore reposer sur une perte d'efficacité de la convention, comme dans un cas de caducité. Cf. *infra* n° 133 et s.

⁵⁴¹ Civ. 3^e, 19 mai 2010, Bull. civ. I, n° 98, pourvoi n° 09-13.296, RDC 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215, obs. GENICON Th. : « *Des dangers de la rupture unilatérale du contrat : résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut !* ». *Adde* Dalloz actualité, 9 juin 2010, obs. ROUQUET ; *Administrer* août-sept. 2010. 25, obs. BOCCARA B.

⁵⁴² Pour cette discussion, cf. *infra* n° 640.

résiliation »⁵⁴³. L'acquisition de l'effet extinctif fait donc basculer le contrat dans l'après, de sorte que toute occupation postérieure est illégitime⁵⁴⁴, et que le droit de rompre disparaît en raison de l'inexistence de tout contrat en cours⁵⁴⁵. C'est ce qui permettra au locataire d'opposer l'effet extinctif au propriétaire qui lui réclamerait le paiement de loyers postérieurement à la cessation du contrat⁵⁴⁶ ; mais c'est aussi en vertu de l'effet extinctif que le maintien dans les lieux par le locataire devient sans titre, entraînant un droit à indemnisation pour le propriétaire de l'occupation irrégulière⁵⁴⁷. En outre, l'extinction du bail est également opposable à l'assureur qui couvre les risques afférents, et permet d'éteindre ainsi la police d'assurance et d'autres créances telles que les allocations d'aide au logement⁵⁴⁸.

105.- L'acquisition de l'effet extinctif (suite). Dans un autre domaine, l'expiration du mandat permet de rendre inopposable au mandant les actes qui auraient été formés par l'ancien mandataire après la rupture⁵⁴⁹. Le nouvel article 1156 du Code civil prévoit que l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou

⁵⁴³ Civ. 3^e, 29 sept. 2010, préc.

⁵⁴⁴ Par ailleurs, le locataire pourra se maintenir légitimement dans les lieux tant que le propriétaire ne se sera pas acquitté de l'indemnité d'éviction dont il serait débiteur. Le droit au maintien se fait aux conditions et clauses du bail expiré. Cf. art. L. 141-28 du C. de comm.

⁵⁴⁵ Cf. néanmoins LAUDE A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. MESTRE J., PUAM, 1992, p. 385, n° 644, pour qui : « certes, l'intervention de la résiliation ou du congé ont eu pour effet de modifier les rapports entre le propriétaire et le locataire, celui-ci n'ayant plus qu'un droit essentiellement précaire sur les lieux loués. Néanmoins, cette précarité ne semble pas exclusive de tout caractère contractuel ». Adde ROY-LOUSTAUNAU Cl., « Une construction prétorienne originale : la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux », RTD com. 1987. 333 ; HUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978, p. 212.

⁵⁴⁶ MONÉGER J., *Douze ans de baux commerciaux 1993-2005. Sélection des principaux arrêts et commentaires*, 2^e éd., LexisNexis, Litec, 2006, p. 401, n° 171 (adde n° 276) : « le bailleur ne peut se prévaloir de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers, puisque le bail étant expiré, le preneur ne doit plus un loyer mais une indemnité d'occupation » ; GROSS B. et BIHR Ph., *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, PUF, 2002, p. 675, n° 982. V. art. L. 145-28 du C. de comm.

⁵⁴⁷ Civ. 3^e, 9 déc. 1980, Bull. civ. III, n° 191, Gaz. Pal. 1981, 1, p. 410, note BRAULT Ph.-H. ; JCP 1981, 2, n° 19612, note BOCCARA B. ; RACLET B., Rev. Loy. 2010/911, n° 1231, obs. sous Civ. 3^e, 29 sept. 2010, préc. ; LE TOURNEAU Ph., *Dalloz Action Responsabilité contractuelle*, 2010/2011, p. 1464, n° 6536 ; LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, préf. GOBERT M., LGDJ, t. 212, 1990 ; MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTHIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois 2009, p. 362, n° 666 ; MESTRE J. et FAGES B., « L'absence de faute dans la rupture des pourparlers n'exclut pas nécessairement le paiement d'une indemnité d'occupation », RTD civ. 2002. 804, obs. sous Civ. 3^e, 3 juill. 2002, n° 00-22.192, D.2002.2518 ; RJDA 2002, n° 971. Civ. 3^e, 4 févr. 2009, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 07-20.980 ; D. 2009. AJ 491, obs. ROUQUET Y. ; *ibid.* 2010. Pan. 1168, spéc. 1173, obs. DAMAS N. ; AJDI 2009. 608, note du même auteur.

⁵⁴⁸ CE 25 avr. 2007, req. n° 291141, AJDA 2007. 1319 ; COMBEAU P., « L'administration face aux expulsions locatives », AJDA 2012. 1939 ; CE 16 avr. 2008, *Office public départemental d'habitation à loyer modéré de Seine-et-Marne*, req. n° 300268, Lebon, AJDA 2008. 839 ; CE 27 janv. 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ Société HLM Résidence urbaine de France*, req. n° 316576, Lebon, AJDA 2010. 182 ; AJDI 2011. 421, chron. ZITOUNI F.

⁵⁴⁹ Le nouvel article 1160 prévoit également que les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction. (sur la vérification des pouvoirs du mandataires) cf. not. STRICKLER Y. (dir.), *Variations juridiques et politiques: Clés pour la compréhension du monde contemporain*, L'Harmattan, 2016, p. 115 et s.

des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. La jurisprudence s'est montrée parfois hésitante dans la sanction de l'acte, en réservant notamment l'action en nullité (relative) à la personne représentée⁵⁵⁰. Désormais, la loi clarifie la sanction encourue en distinguant entre le représenté et le tiers-contractant⁵⁵¹. L'acte est inopposable au représenté, ce qui renoue avec un courant jurisprudentiel antérieur⁵⁵², tandis que le tiers-contractant peut en invoquer la nullité. Ce choix a le mérite d'ouvrir, de façon logique, l'action en nullité au tiers-contractant qui est une partie à l'acte litigieux. L'inopposabilité semble alors être la sanction la mieux adaptée au représenté puisque celui-ci n'est pas partie au contrat contesté. La jurisprudence postérieure à la réforme laisse néanmoins subsister une certaine perplexité sur la volonté des juges de faire application des nouvelles dispositions, puisque la Cour de cassation a continué d'appliquer la règle selon laquelle seul le représenté peut invoquer la nullité relative. Les contrats conclus postérieurement à l'ordonnance devront néanmoins permettre d'évincer cette analyse au profit du nouveau droit positif. C'est ainsi que, pour résumer, les actes formés postérieurement à l'extinction du mandat seront frappés d'inopposabilité à l'égard de l'(ex) représenté, et de nullité relative à l'égard du tiers-contractant – étant souligné que l'(ex) représenté a toujours la possibilité de confirmer l'acte litigieux⁵⁵³. Cependant, l'opportunité de la distinction des sanctions peut sembler limitée⁵⁵⁴. L'application homogène de la nullité relative mènerait

⁵⁵⁰ Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, pourvoi n° 02-14.614, D. 2005. 2824 ; RTD civ. 2006. 138, obs. GAUTIER P.-Y. ; Civ. 3^e, 26 janv. 2017, AJ contrat 2017. 299, obs. DAGORNE-LABBE Y. : seule le syndicat des copropriétaires pouvait se prévaloir du défaut de pouvoir du représentant, la nullité d'un contrat pour absence de pouvoir du mandataire étant relative, elle ne peut être demandée que par la partie représentée. Rappr. Civ. 3^e, 9 juill. 2009, pourvoi n° 08-15.413, CCC 2009, n° 260, obs. LEVENEUR L. ; Civ. 3^e, 7 déc. 2011, pourvoi n° 10-27.092 ; Civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, pourvoi n° 14-23.340, Defrénois 2016. 71, obs. SEUBE J.-B. ; AJCA 2016. 42, obs. DAGORNE-LABBE Y. ; D. 2015. 2374 ; RTD civ. 2016. 105, obs. BARBIER H. ; Civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, pourvoi n° 13-19.626, D. 2014. 1493 ; *ibid.* 2015. 529, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; JCP 2014. Actu. 1095, n° 11, obs. SERINET Y.-M. ; Defrénois 2014. 1105, note DAGORNE-LABBE Y. ; AJDI 2015. 215, obs. LE RUDULIER N. ; RTD civ. 2015. 455, obs. CAYROL N. ; Civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, pourvoi n° 13-12.479, D. 2015. 212 ; RTD civ. 2015. 455, obs. CAYROL N. ; Civ. 1^{re}, 5 mars 2015, pourvoi n° 14-11.461 ; Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, pourvoi n° 14-14.568 ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2015, n° 14-19.646, AJDI 2016. 217, obs. BOREL J.-P.

⁵⁵¹ RODRIGUEZ K., « Impact de la réforme du droit des obligations sur le droit des associations », Rev. sociétés 2017. 67, n° 11 et s. ; PAGNERRE Y., « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail », Droit social 2016. 727, n° 11.

⁵⁵² Civ. 3^e, 6 oct. 2004, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 01-00.896 ; Rev. sociétés 2005. 152, note SAINTOURENS B. ; *ibid.* 411, note BARBIERI J.-F. ; D. 2004. 2719, obs. LIENHARD A. ; AJDI 2004. 916 ; RTD com. 2005. 122, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

⁵⁵³ COUTURIER G., *La confirmation des actes nuls*, préf. FLOUR J., 1972, LGDJ ; DUPEYRON C., *La régularisation des actes nuls*, préf. HEBRAUD P., 1973, LGDJ ; RAYNAUD P., « La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en droit civil) », RTD civ. 1936. 736 et s. ; SEILLAN Y., « L'acte abdicatif », RTD civ. 1966. 686 ; FLOUR J., AUBERT et SAVAUX E., *Les obligations* : t. 1, L'acte juridique, 13^e éd., 2008, A. Colin, nos 341 et s. ; STARCK, ROLAND et BOYER, *Introduction au droit, Les obligations*, t. 2, Contrat, 6^e éd., 1998, Litec, n° 1040 et s. ; TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, 9^e éd., 2005, Précis Dalloz, n° 398 et s. ; HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Larcier, Paradigme, 2015, n° 571 et s.

⁵⁵⁴ MOLIÈRE A., « Les sanctions en matière de représentation : point trop n'en faut ! », D. 2017. 1547, spéc. n° 7.

au même résultat, d'autant que l'ancien mandant garderait la possibilité de confirmer l'acte⁵⁵⁵, et aurait une vertu simplificatrice.

En l'occurrence, les enjeux du contentieux sont certainement rendus complexes par le fait que la situation juridique résultant d'un acte passé par un (ex) mandataire est une configuration tripartite. En effet, lorsque plusieurs acteurs sont concernés par la situation juridique, le droit doit composer entre différents intérêts en conflit, comme en témoignent le contentieux relatif aux mesures de publicité (**A. L'extinction dépendante des mesures de publicité**), le régime d'opposabilité de la cession de créance (**B. L'opposabilité de la cession de créance**), lequel donne à observer également les effets de la compensation (**C. L'opposabilité des effets de la compensation**) et de la confusion (**D. L'opposabilité des effets de la confusion**).

A- L'EXTINCTION DÉPENDANTE DES MESURES DE PUBLICITÉ

106.- La publicité foncière. Celle qu'on a pu considérer comme « *la mal-aimée du droit* »⁵⁵⁶ en dit long sur le droit dans ses attraits les plus mécaniques. La publicité foncière est une « *source formaliste d'opposabilité* », consistant « *précisément à organiser, en matière immobilière, l'opposabilité aux tiers d'actes constitutifs, translatifs ou extinctifs de droits de certaine nature* »⁵⁵⁷. Il existe différents régimes de publicité foncière. Cette dernière peut être obligatoire ou facultative, et elle peut être ou ne pas être sanctionnée par une inopposabilité aux tiers⁵⁵⁸. La formalité de publicité fait le jeu d'un droit particulièrement complexe lorsqu'elle doit trouver sa place dans le calendrier d'opérations juridiques successives. La démonstration en est faite par l'espèce très parlante d'un arrêt rendu le 13 octobre 2015 par la Cour de cassation⁵⁵⁹. Les faits doivent être évoqués en ce qu'ils sont représentatifs de la difficulté posée tant par les successions d'effets contractuels dans le temps que de leur confrontation simultanée avec les conséquences de l'extinction⁵⁶⁰.

En l'espèce, il était question du jeu d'une clause résolutoire dans un contexte où l'objet de la cession, soumise à extinction, avait déjà été revendu à plusieurs sous-acquéreurs. En effet, un ensemble

⁵⁵⁵ Art. 1182 C. civ.

⁵⁵⁶ GOBERT M., « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Études offertes à Jacques Flour, Defrénois*, 1979, p. 207. Adde POSEZ A., « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », D. 2015, p. 2609 : « *s'il est vrai qu'aimer c'est d'abord comprendre, alors, véritablement, la publicité foncière est bien la mal-aimée du droit* », in ; se référant à.

⁵⁵⁷ FOURNIER A., *Rép. dr. civ. préc.*, n° 3 et 4 : « *La constitution définitive d'un droit doté de sa pleine vigueur repose ainsi sur la décomposition de sa genèse en deux étapes : dans un premier temps où le consensualisme seul intervient, le droit sera constitué inter partes en observant les conditions de validité requises à cette fin ; puis, en une seconde étape, il sera fait appel au formalisme, unique garant de l'opposabilité aux tiers du droit ainsi créé* ».

⁵⁵⁸ POSEZ A., préc. ; FOURNIER A., préc.

⁵⁵⁹ Civ. 3^e, 13 oct. 2015, Bull. à paraître, pourvoi n° 14-20400.

⁵⁶⁰ Cf. sur l'opposabilité des effets de l'extinction *infra* n° 104 et s.

de lots de copropriété d'un immeuble était cédé, par acte authentique, entre deux SCI. L'acte de cession prévoit que le paiement du prix par l'acquéreur est assorti d'un délai et d'une clause résolutoire. Le même jour, l'acquéreur revend une partie des lots à quatre sociétés. La configuration compte donc un cessionnaire et un cédant principaux, ainsi que quatre sous-acquéreurs. Il faut d'emblée noter que tous les actes de cession ont été enregistrés au service de la publicité foncière mais que la clause résolutoire contenue dans la cession principale n'a bénéficié d'aucune autre publication lui étant spécifiquement consacrée. À l'issue du terme prévu par les parties principales, la société acquéreur principale connaît une liquidation judiciaire et le paiement n'est toujours pas intervenu. Le cédant engage alors une action en résolution de l'acte. Toutefois, la Cour d'appel de Bordeaux n'accueille la demande que sur une partie des lots cédés, constitués en l'occurrence de la part non revendue par le cessionnaire aux sous-acquéreurs. L'intérêt de cet arrêt est très riche en ce qu'il renseigne à la fois sur les règles d'opposabilité liée aux formalités de publicité, mais également sur les conséquences de la rétroactivité, dans une situation où intervient entre-temps une procédure collective. L'un des problèmes posés à la Haute juridiction était de savoir si les sous-acquéreurs pouvaient invoquer l'antériorité de leur mesure de publicité afin de paralyser l'effet d'une clause résolutoire⁵⁶¹. La Cour était également questionnée sur la nécessité d'une formalité de publication distincte de la clause résolutoire, bien que l'acte qui la contient ait été publié lui-même.

La Chambre civile approuve les juges du fond qui avaient retenu que la clause résolutoire insérée dans un contrat de vente doit être publiée pour être opposable aux tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur. Elle prend soin de préciser à ce titre que la clause résolutoire constatée dans l'acte de vente principal n'ayant fait l'objet d'aucune mention spéciale dans la publication de l'acte, elle ne peut être opposable aux sous-acquéreurs. De plus, le cédant, n'avait pas fait publier son privilège de vendeur, alors que les établissements de crédits avaient inscrit entre-temps leur privilège de prêteur de deniers. On aurait pu imaginer que l'effet naturel de la résolution du premier transfert de propriété aurait dû contaminer les transferts qui lui ont succédé. Mais, par l'intrusion des règles de publicité, ce sont les actes postérieurs qui font obstacle à l'acte antérieur. Cette obstruction à l'effet rétroactif de la résolution est permise alors même que l'acte translatif principal se présente comme un prérequis des actes de disposition effectués ultérieurement par l'acquéreur. En effet, le dessaisissement opéré par le vendeur principal de ses droits sur le bien est la condition préalable de la transmission du

⁵⁶¹ Cf. sur la question : POSEZ A., « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », D. 2015. 2609 ; comp. PIEDELIEVRE S., « L'acquisition de la clause résolutoire contenue dans un crédit-bail immobilier ne fait pas partie des actes devant être publiés en application des dispositions de l'article 28 du décret du 4 janvier 1955 », D. 1998. 383.

droit réel par l'acquéreur aux sous-acquéreurs. Or, ce dessaisissement reposait sur un engagement qui a perdu une de ses conditions de validité.

107.- Une appréciation objective de la situation juridique. La solution retenue par la Chambre civile repose sur une appréciation objective de la situation juridique, fondée sur la nature mécanique des règles de publicité, assurant un socle indiscutable de sécurité juridique⁵⁶². Une telle nature correspond à l'automatisme des effets des mesures de publicité qui, comme décrivant le mouvement d'une horloge, n'est pas inspiré par une logique juridique mais uniquement dicté par des nécessités chronologiques.

En effet, la Cour de cassation évince de son raisonnement toute question relative à la connaissance effective de la clause résolutoire par les sous-acquéreurs, et subséquemment à leur bonne foi. Seul le calendrier des formalités d'inscriptions et d'enregistrements vaut⁵⁶³. Cette prévalence justifie alors que le vendeur principal, ne justifiant avoir publié ni son privilège de vendeur, ni la clause résolutoire, ne peut opposer la résolution aux tiers et doit se voir opposer le privilège de prêteur de deniers dont bénéficient les établissements de crédit. Ainsi, les Hauts magistrats s'accordent sur une conception extrêmement restrictive du temps juridique, lequel est concentré sur une opposabilité des effets du contrat exclusivement dépendante des formalités de publicité. Le ressort purement mécanique de la logique des juges du droit est tel qu'il a pu faire naître l'idée d'une « *mutation de la publicité foncière vers un système constitutif de droit* »⁵⁶⁴. La publicité n'est donc pas l'enveloppe visible d'un droit capable *per se* de produire des effets. Au contraire, elle apparaît comme une norme concurrente du contrat, si bien que l'efficacité de l'acte devient nécessairement postérieure à sa publicité.

108.- Une progénèse⁵⁶⁵ du contrat. On assiste à une situation dans laquelle la progénèse du contrat entre en conflit avec l'évolution du *statu postquam*. Il est possible de parler de progénèse du contrat dans la mesure où le contrat de vente principal s'est montré capable de produire des effets définitifs (ceux-là même qui transfèrent la propriété du bien faisant l'objet des sous-contrats) alors qu'il n'était pas encore parvenu à parfaite maturité (à cause du paiement à terme). Or cette disposition

⁵⁶² FOURNIER A., rép. Dr. Civ. Préc., n° 24.

⁵⁶³ Conformément aux dispositions de l'article 30, § 1 du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 : « *La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi* ».

⁵⁶⁴ POSEZ A., art. préc.

⁵⁶⁵ La progénèse est un phénomène biologique qui affecte la durée de développement d'un organisme, lequel parvient à maturité alors qu'il est encore un sujet juvénile. Il est ainsi capable de se reproduire, alors qu'il n'a pas atteint sa taille adulte. Ce qui caractérise la progénèse est ainsi la maturité précoce d'un sujet apte à engendrer une descendance alors qu'il n'a lui-même par achevé sa pleine croissance.

naturelle du contrat à produire des effets préexistant à l'intervention du terme provoque une certaine précarité pour le créancier du paiement. Ce dernier est créancier d'obligations flottantes du fait qu'elles sont enfermées dans une modalité qui les menace d'un caractère temporaire. Pendant ce temps, l'effectivité naturelle du transfert de propriété est créatrice d'un *statu postquam* susceptible de s'inscrire définitivement dans le temps, par l'effet des publicités ultérieures. On voit donc bien apparaître, par le biais de la course à la publicité, une concurrence entre les différents niveaux d'effectivité du contrat, sur un plan temporaire et sur un plan définitif, qui tiraille le sens de l'opposabilité. Un tel tiraillement génère fatalement une forme d'insécurité autour de l'existence de la convention principale à cause du risque de résolution rétroactive pouvant, d'une part, menacer le *statu postquam* composé lui-même de nouvelles situations juridiques en chaînes et, d'autre part, se heurter à ce même *statu postquam* si celui-ci est assis sur la force de la publicité foncière. Cette insécurité est néanmoins susceptible d'être canalisée par la publication séparée de la clause et la vérification de l'état d'inscription.

On voit donc finalement que l'utilité du *statu postquam* n'est pas toujours acquise et pose la question de l'opposabilité des effets extinctifs mais également de leur rayonnement en dehors du cercle contractuel.

B- L'OPPOSABILITÉ DE LA CESSION DE CRÉANCE

109.- L'effet extinctif du transfert de la créance. L'effet translatif de la cession de créance repose sur une subrogation opérée entre le créancier cédant et le créancier cessionnaire, ce qui lui vaut d'être traitée dans un chapitre consacré aux « opérations sur obligations », dans le Titre IV du Code civil⁵⁶⁶. Mais la subrogation semble alors éclipser d'une certaine manière l'effet extinctif que peut revêtir la cession, en raison de son effet principalement translatif⁵⁶⁷ ; lequel a semble-t-il justifié la disparition du mécanisme de la liste des causes d'extinction de l'obligation dans le Code civil⁵⁶⁸. Pourtant, il existe un effet extinctif de la cession : l'ancien créancier voit son droit de créance s'éteindre à l'égard du débiteur cédé⁵⁶⁹, tandis que « *le cessionnaire du contrat ne devient débiteur et créancier que des obligations nées postérieurement à la cession* »⁵⁷⁰. Une continuité est néanmoins assurée par la

⁵⁶⁶ Art. 1321.

⁵⁶⁷ CHAUVIRE Ph., « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », préc.

⁵⁶⁸ FRANCOIS R. Et LIBCHABER R., « Extinction des obligations (art. 1228 à 1250), in *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil)*, Rapport au Gardes des Sceaux, 2005 p. 67 : « *la subrogation et la novation ont été écartées de ce chapitre, la première en raison de son effet purement translatif, la seconde en raison de son rapprochement prépondérant avec la notion d'opération sur créance* ».

⁵⁶⁹ Rappr. de la cession de contrat : l'article 1216-1 (nouveau) du Code civil dispose d'ailleurs que si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

⁵⁷⁰ MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 2004, n° 919.

persistance de la dette dans le patrimoine du débiteur cédé⁵⁷¹, si bien que le temps qui succède à l'extinction est un effet mêlé de rupture et de continuité⁵⁷². L'effet translatif repose donc tout à la fois sur la disparition d'un lien qui précède et la naissance d'un lien conséquent⁵⁷³. Il est cependant possible que le *statu postquam* instauré par la cession soit frappé d'un caractère provisoire. La jurisprudence a ainsi affirmé que quand la cession de créance a un caractère provisoire, justifié par le fait qu'elle n'est intervenue qu'à titre de garantie⁵⁷⁴, le banquier cessionnaire est tenu de rétrocéder la créance au cédant une fois le crédit intégralement remboursé⁵⁷⁵. Il en ressort que la créance cédée à titre de garantie ne peut constituer le paiement de celle faisant l'objet de la garantie⁵⁷⁶. Le cessionnaire ayant reçu la créance à titre de garantie doit également restituer les intérêts ayant couru dans le temps intermédiaire lors de la rétrocession.

⁵⁷¹ Rappr. de la cession de fonds de commerce : la continuité est également assurée par la transmission des accessoires. Com., 12 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 350 : « *un fonds de commerce est une universalité mobilière insusceptible de cession partielle* » ; Civ. 3^e, 20 mars 2013, pourvoi n° 11-28.788, Loy. et cop. 2013, comm. 178, obs. BRAULT Ph.-H. : l'ordonnance d'expropriation, qui éteint le droit au bail, ne fait pas disparaître le fonds de commerce ; la cession de ce fonds emporte, sauf clause contraire incluse dans l'acte, cession de la créance d'indemnité d'éviction due au cédant. Peu importe que la cession du fonds de commerce soit intervenue après l'ordonnance d'expropriation.

⁵⁷² Comp. avec les effets de la fusion-absorption entre deux sociétés : Com. 3 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 111, pourvoi n° 06-18.007. En l'espèce, la société Medis avait consenti à son franchisé l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne SPAR. Par un avenant au contrat de franchisage, les parties convenaient d'une clause attributive de juridiction élisant les tribunaux du siège du franchiseur. Une fusion-absorption intervenait entre les sociétés Medis et Casino. La société Casino agissait en résiliation du contrat de franchise, dans le respect de la clause de compétence. Le franchisé soulevait l'incompétence du tribunal en invoquant l'inopposabilité de la clause processuelle, faute de transmission du contrat de franchise lors de la fusion-absorption, en raison du caractère *intuitu personae* du franchisage. Les juges du fonds estimèrent que la société Casino est « *continuatrice des engagements souscrits par la société Medis et que le contrat de franchise et ses avenants ont été transmis avec le patrimoine de la société absorbée* ». Au visa de l'article 1844-4 du Code civil, la Cour de cassation censure la décision au motif que le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tiers, qu'avec l'accord du franchisé.

⁵⁷³ Comp. ég. avec la solution anglaise faisant application du principe d'effet relatif des conventions : *Dunlop pneumatic tyre and Co. V. Selfridge and Co*, 1915, AC 847, cité in CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2^e éd., n° 193. En l'espèce, des pneus sont vendus à un concessionnaire à condition de ne pas être revendus en dessous d'un certain prix, sous peine de reverser cinq livres par pneu vendu en violation de la restriction. Un client du concessionnaire achète des pneus, en consentant à se soumettre à la même règle. Il enfreint néanmoins cette restriction, ce qui pousse le fournisseur initial à l'assigner. Le juge du contrat rejeta la demande au motif que le fournisseur était un tiers au contrat conclu entre le concessionnaire et le revendeur, et qu'il ne peut lui opposer la clause restrictive.

⁵⁷⁴ Cf. art. L. 313-24, al. 1^{er} du C. mon. et fin. ; Com., 8 janv. 1991, Bull. civ. IV, n° 8, D. 1991, IR p. 44 ; RJ com. 1993, p. 190, note FENOUILLET F. ; RTD com. 1991, p. 271, obs. CABRILLAC R. et TEYSSIE.

⁵⁷⁵ Com. 22 nov. 2005, Bull. civ. IV, n° 230, D. 2005, AJ 3081, obs. DELPECH X.; Defrénois 2006. 601, obs. SAVAUX E.

⁵⁷⁶ Com. 22 mars 2017, pourvoi n° 15-15.361, AJ Contrat 2017. 236, obs. A. REYGROBELLET ; JCP 2017. 511, n° 21, obs. DELEBECQUE Ph. ; Rev. proc. coll. 2017. 123, obs. VALLANSAN J. ; RTD civ. 2017. 455, obs. CROCQ P. : « *la cession de créances professionnelles faite à titre de garantie implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée et n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, la restitution de la créance au cédant restant subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie, l'arrêt en déduit à bon droit qu'elle ne constitue pas le paiement de la créance garantie* ». Rappr. Com. 22 janv. 2002, pourvoi n° 98-21.023, Rev. proc. coll. 2002. 276, obs. BLANC G. ; Com. 28 mai 1996, n° 94-10.361, Bull. civ. IV, n° 151 ; D. 1996. 390, obs. PIEDELIEVRE S. ; RTD civ. 1996. 671, obs. CROCQ P. ; RTD com. 1996. 508, obs. CABRILLAC M. ; *ibid.* 1997. 517, obs. MARTIN-SERF A. ; D. Affaires 1996. 842 : (procédures collectives) lorsque la cession Dailly intervient pendant la période suspecte, elle n'entre pas dans le domaine de la nullité obligatoire sanctionnant la constitution d'une sûreté en garantie d'un crédit antérieurement accordé.

110.- La circulation de l'obligation. Toutes ces raisons contribuent à faire de la cession de créance un outil particulièrement utile à la vie économique⁵⁷⁷. C'est certainement pourquoi celle-ci a déjà été qualifiée de « *superbe source de fluidité des obligations* »⁵⁷⁸. Il existe donc un mouvement de l'obligation par un jeu concomitant de rupture d'un lien obligationnel et la continuité d'un autre. L'opposabilité d'un effet ou de l'autre peut alors jouer comme un élément perturbateur dans la compréhension du *statu postquam*. Assurément, la continuité est consubstantielle à l'objet du transfert, lequel ne peut s'opérer que par la conservation d'au moins une partie de la situation antérieure à la cession. Par exemple, le cessionnaire ne peut avoir des droits plus étendus que le cédant et le lieu du paiement est celui qui résulte des rapports initiaux entre le cédant et le débiteur cédé⁵⁷⁹. Mais déterminer ce qui survit de la situation antérieure, par le vecteur du transfert, et ce qui ne persiste pas, n'est pas toujours chose aisée.

Plusieurs exemples peuvent illustrer la difficulté annoncée, notamment à partir des articles 1690⁵⁸⁰, et 1321 (nouveau) du Code civil qui dispose, alinéas 3 et 4, que la cession s'étend aux accessoires de la créance, et que le transfert s'opère indépendamment de sa signification au débiteur cédé⁵⁸¹ - ce qui soutient l'idée que la cession de créance n'opère pas une exception à l'effet relatif des conventions mais a un effet d'opposabilité à l'encontre du débiteur-cédé⁵⁸². La jurisprudence a précisé la portée de ce troisième alinéa, en énonçant que la cession de créance ne transfère au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée. Il s'ensuit que le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant antérieurement à la cession, sauf connexité avec la créance cédée : « *tel n'est pas le cas d'une créance de dommages-intérêts fondée sur*

⁵⁷⁷ JACOB Th., *Cession de créance et opposabilité*, th. Strasbourg, 2015, p. 9 : « *de l'ancestral principe de l'incessibilité des créances à la très médiatisée titrisation des créances, que de chemin parcouru. Une fulgurante ascension, tel pourrait être le condensé de l'évolution historique de la cession de créance* ».

⁵⁷⁸ BARBIER H., « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé », RTD Civ. 2015 137, ajoutant que le mécanisme est également « *source d'insécurité lorsque ses tenants et aboutissants sont mal maîtrisés par ses protagonistes* ». Rapp. du même auteur, « L'implacable retrait litigieux », RTD civ. 2013. 376. *Adde* Com. 15 janv. 2013, pourvoi n° 11-27.298, à paraître au Bulletin, D. 2013. 542, obs. DELPECH X., note GOUT O. ; CCC 2013. comm. 71, LEVENEUR L. ; Com. 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.423, à paraître au Bulletin, D. 2013. 907.

⁵⁷⁹ Civ.1^{ère}, 6 mai 1968, Bull. civ. I, n° 132, JCP 1969, II, 15737, note PRIEUR.

⁵⁸⁰ Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

⁵⁸¹ Comp., pour la cession de contrat, art. 1216-3 (nouveau) du C. civ. : « *si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est libéré, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette* » ; et en matière de cession de dette, art. 1328-1 (nouveau) du C. civ. : « *lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette* ». Cf. BOCQUET Cl., th. Préc., p. 74 et 122, qualifiant de « *monstruosité logique* » le fait qu'une chose n'existe que dans le relatif, concluant que seuls « les effets » peuvent être relatifs.

⁵⁸² PARDOEL D., *Les conflits de loi en matière de cession de créance*, LGDJ, Paris, 1997.

une faute commise par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance cédée »⁵⁸³. Les accessoires de la créance sont donc entendus comme des éléments positifs, excluant ainsi les dettes⁵⁸⁴.

Se dessine également le caractère déterminant du critère temporel (antériorité ou postériorité) de l'événement susceptible de perturber le nouveau lien entre créancier et débiteur. En effet, si le débiteur cédé fait l'objet d'une procédure collective postérieurement à la cession, le créancier-cessionnaire devra déclarer la dette au passif. Si l'ouverture de la procédure collective est antérieure à la cession, le cessionnaire héritera des droits et privilèges acquis par le cédant, de même qu'il pâtira de si la dette n'a pas été inscrite au passif. Qu'en est-il cependant lorsque c'est le cédant qui fait faillite ? Afin de pouvoir opposer la créance au débiteur-cédé, le créancier-cessionnaire doit-il déclarer sa créance au passif du cédant ? La question s'est posée devant la Cour d'appel de Grenoble. Pour y répondre, les juges du fond se sont basés sur la date de la signification de la cession au débiteur-cédé. Faisant application du droit antérieur à la loi du 21 juillet 2005⁵⁸⁵, ils estimèrent la créance éteinte, considérant que le cessionnaire était resté créancier du cédant jusqu'à la date de signification au débiteur-cédé. Mais la Chambre commerciale censura la décision, rappelant le principe dégagé du quatrième alinéa de l'article 1321 du Code civil : « *dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, le transfert de la créance s'opère indépendamment de sa signification au débiteur cédé, ce dont il résulte que le cessionnaire n'avait pas à déclarer sa créance au passif du cédant* »⁵⁸⁶.

111.- Les effets de la créance à l'égard des tiers. L'opposabilité à un tiers de la cession est également une fibre sensible de l'utilité de l'opération. Un arrêt de la Cour de cassation, permettant d'éclaircir la notion de tiers dans ce domaine, le montre bien. En l'espèce, une cession de parts sociales intervient entre notaires associés. L'usage veut que le prix de la vente soit déposé à la Chambre des notaires. Or, dès le lendemain de l'opération, et avant même que le dépôt ait lieu, le notaire ayant vendu ses parts cédait la créance à une société-tiers. Cette dernière signifiait la cession au notaire-acquéreur, ce qui n'empêcha pas celui-ci de déposer la totalité du prix entre les mains de la Chambre. La Chambre des notaires reversait quant à elle une part du montant au fisc, en paiement d'une dette due par le notaire-cédant. C'est ainsi que la société-tiers assignait la Chambre des notaires, lui reprochant ce versement postérieur à la signification de la cession de créance. Elle estimait en effet que, en vertu de

⁵⁸³ Com., 2 juill. 2013, pourvoi n° 12-18.413, à paraître au Bulletin, D. 2013. 2255, note BOUGEROL-PRUD'HOMME L.

⁵⁸⁴ JUILLET Ch., *Les accessoires de la créance*, préf. LARROUMET Ch., Defrénois, 2009, n° 19 et s., *adde* n° 127 ; M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *Mélanges Weill, 1983, Dalloz/Litec*, p. 107 s., n° 20.

⁵⁸⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁵⁸⁶ Com. 9 juill. 2013, n° 11-27.417 et 12-12102, à paraître au Bulletin, D. 2013. 1834.

L'article 1690 du Code civil, la cession était opposable à la Chambre des notaires dès l'instant où le débiteur s'était vu signifier le transfert. Après un échec devant les juges du fond, elle forma un pourvoi en cassation. La Chambre commerciale, dans un arrêt de rejet, énonça alors que « *ne sont des tiers, au sens de [l'article 1690 du Code civil], que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier ; que tel n'est pas le cas de la chambre des notaires, simple dépositaire des fonds* »⁵⁸⁷. L'appréciation restrictive qui est faite de la notion de « tiers » pose la question de l'utilité de la signification lorsque la créance est entre les mains d'un dépositaire : « *comment alors le cessionnaire peut-il "sécuriser" une créance déposée chez un tiers ?* »⁵⁸⁸. L'opposabilité peut être utilement assurée par une signification faite directement au dépositaire⁵⁸⁹. Si tel n'a pas été le cas, postérieurement au versement, il reste encore au créancier-cessionnaire la possibilité d'agir, non pas à l'encontre du dépositaire, mais du destinataire⁵⁹⁰. En l'occurrence, la procédure était donc mal dirigée, en l'absence de signification faite auprès de la Chambre des notaires.

112.- L'effet à l'égard du débiteur. Mais lorsqu'une créance est cédée, peut apparaître un double aspect de l'opération : celui de l'opposabilité de la cession par le cessionnaire ou le cédant, et celui de l'opposabilité par le débiteur de certaines exceptions au cessionnaire. L'article (nouveau) 1324, alinéa 2, du Code civil prévoit que le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes⁵⁹¹. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes. Ces droits donnent l'occasion de revenir sur l'opposabilité de la compensation.

C- L'OPPOSABILITÉ DES EFFETS DE LA COMPENSATION

113.- L'opposabilité de la compensation après la cession. L'article (nouveau) 1347-5 complète cette disposition en énonçant que « *le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de la créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant* »⁵⁹².

⁵⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, pourvoi n° 13-17.077, à paraître au Bulletin, D. 2014. 2508, note ANSALONI G ; RTD civ. 2015. 137, obs. BARBIER H. Rapp. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1985, pourvoi n° 84-12.737, RTD civ. 1986. 750, obs. MESTRE J.

⁵⁸⁸ BARBIER H., « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé ! », RTD civ. 2015. 137.

⁵⁸⁹ Req. 5 janv. 1875, DP 1876, 1, p. 15 ; Com. 15 juill. 1952, D. 1952, jurispr. p. 704.

⁵⁹⁰ BARBIER H., « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé ! », RTD civ. 2015. 137.

⁵⁹¹ Comp., en matière de cession de contrat, art. 1216-2 (nouveau) du C. civ. ; et pour la cession de dette, art. 1328 (nouveau) du C. civ. : « *le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles* ».

⁵⁹² Sur la notion de compensation, cf. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. 4, 6^e éd., par BARTIN, Litec, p. 635 s. - BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Théorie et pratique de droit civil*, t. 3, Des obligations, n° 1802 et s. ;

D'un côté, le critère temporel de la compensation est essentiel, du fait qu'il permettra ou non au débiteur de s'en prévaloir contre le tiers subrogé. La jurisprudence a établi que le débiteur ne peut se prévaloir de la compensation légale que si celle-ci s'est produite antérieurement à la subrogation⁵⁹³. Le cédé a la possibilité d'opposer la compensation de dettes connexes au cessionnaire, il peut invoquer également la compensation de dettes non connexes quand les conditions étaient réunies antérieurement à la notification de la cession, mais il perd ces droits lorsqu'il prend acte sans réserve de la cession. De même, lorsque la compensation se produit avant saisie, elle est opposable au saisissant⁵⁹⁴. Le critère temporel doit être apprécié selon que les dettes faisant l'objet de la compensation sont connexes ou non. Lorsque la compensation de dettes non connexes est judiciaire, elle prend effet à la date du jugement⁵⁹⁵. Dans le cas de dettes connexes⁵⁹⁶, prévu à l'article (nouveau) 1348-1 du Code civil, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première obligation⁵⁹⁷. Dans ce cas, le juge ne fait que constater *a posteriori* l'existence de la compensation.

D'un autre côté, c'est un critère formel qui se montre crucial : pour que le tiers subrogé puisse opposer efficacement la cession, le débiteur doit en avoir pris acte sans réserve, conformément à l'article 1347-5. On peut ainsi noter qu' « *il y a dans la prise d'acte l'idée d'une renonciation implicite* »⁵⁹⁸ à la compensation. Les conséquences sont alors graves pour le débiteur et les tiers-garants qui voient se perdre une cause d'extinction de la dette. En effet, la compensation éteint les dettes ainsi que les sûretés accessoires. Le nouvel article 1347-6 du Code civil, prévoit que les tiers obligés, tels que la caution⁵⁹⁹, et les codébiteurs solidaires, peuvent opposer les effets de la compensation⁶⁰⁰. Pour que la compensation puisse produire ses effets, il faut naturellement que l'obligation invoquée par le débiteur ne soit pas prescrite au moment où il s'en prévaut⁶⁰¹. Mais la discussion a pu se porter sur la possibilité

PLANIOU et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 7, par RADOUANT, 1952, LGDJ, n° 296 et s. ; STARCK, ROLAND et BOYER, Introduction au droit, Obligations : t. 3, Régime général, 6^e éd., 1999, Litec, p. 143.

⁵⁹³ Com. 29 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 177 ; 9 juill. 1980, Bull. civ. IV, n° 291 ; 23 juin 1992, Bull. civ. IV, n° 246 ; 3 avr. 1990, pourvoi n° 89-10.255, D. 1991. 180, note DAGORNE-LABBE Y.

⁵⁹⁴ Civ. 2^e, 16 déc. 2004, Bull. Civ. I, n° 533, pourvoi n° 03-13.117.

⁵⁹⁵ Art. (nouveau) 1348 C. civ.

⁵⁹⁶ DANOS F., « La connexité en matière de compensation », D. 2015. Chron. 1655 ;

⁵⁹⁷ Com. 20 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 50, pourvoi n° 05-19.858, RTD civ. 2007. 570, obs. FAGES B. ; Civ. 1^{re}, inédit, pourvoi n° 08-19.791 ; Com. 23 sept. 2014, inédit, pourvoi n° 13-20.399.

⁵⁹⁸ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 864.

⁵⁹⁹ Art. 1347-6 (nouveau) du C. civ. ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1983, Bull. Civ. I, n° 165, pourvoi n° 82-10.749, D. 1984. 152, note Aubert ; RTD civ. 1984. 330, obs. Rémy ; Com. 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 1, pourvoi n° 90-11.123.

⁶⁰⁰ Rapp. art. 97, *Avant-projet Terré relatif au régime de l'obligation* ; art. 1243-1, *Avant-projet Catala* ; MEKKI M., « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », D. 2016. 608, n° 25 ; HONTEBEYRIE, RDC 2017. 208. Comp. avec la remise de dette : la remise de dette consentie à la caution n'atteint en rien la dette du débiteur principal (art. 1350-2, al. 2 et 3), sauf si la partie a versé, pour obtenir l'effet libératoire, une contrepartie. Cette dernière s'impute sur la dette due par le débiteur principal. De plus, les cautions solidaires sont libérées à hauteur de la part de celle bénéficiant de la remise de dette.

⁶⁰¹ Com. 30 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 72, pourvoi n° 04-10.407, D. 2005. 2752, obs. KENFACK, RTD civ. 2005. 599,

d'interruption d'un délai de prescription par la compensation. Pour cela, faut-il que le débiteur l'invoque avant l'écoulement du délai ? La Chambre commerciale de la Cour de cassation avait d'abord décidé de répondre à cette question par l'affirmative⁶⁰², pour ensuite, quelques années après, revenir sur sa décision en retenant que seuls les éléments constitutifs de la compensation devaient être réunis au cours du délai⁶⁰³. Elle redonne alors vigueur au principe de l'automatisme de la compensation, rappelant la lettre de la loi et énonçant que « *à la date de la compensation légale, la prescription de l'excédent de la dette la plus élevée est interrompue* ».

Une autre question qui peut alors se poser est de savoir si l'effet de la compensation est automatique ou doit nécessairement être invoqué par le débiteur. Avant l'ordonnance réformatrice, la loi donnait littéralement à la compensation une mécanique automatique, au travers de l'ancien article 1290 du Code civil qui affirmait qu'elle s'opérait « *de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs* ». Ainsi, la compensation a l'originalité de provoquer naturellement l'extinction de dettes réciproques, indépendamment de la volonté des obligés. Mais la jurisprudence a instauré la règle selon laquelle l'effectivité du mécanisme, lequel ne peut être relevée d'office par le juge, dépend du débiteur qui, pour bénéficier de l'effet extinctif, devait l'invoquer, sans pouvoir être relevé d'office par le juge⁶⁰⁴. Le nouvel article 1347 du Code civil permet à ce titre de confirmer que si la compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes, elle s'opère sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies. La loi prévoit également que le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation⁶⁰⁵. La procédure collective n'est pas non plus un obstacle à l'extinction de la créance par compensation : l'article L. 622-7 du Code de commerce prévoit que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer tout créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes* ». C'est pourquoi on a pu conclure à ce que la compensation offre « *une forme de garantie au créancier, au détriment du principe d'égalité dans la procédure* »⁶⁰⁶. Enfin, dans tous les cas,

obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁶⁰² Com. 6 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 42, pourvoi n° 93-21.627: Le commissionnaire de transport assigné, dans le délai prévu à l'article 108 du Code de commerce, en paiement de factures par un transporteur ne peut prétendre compenser ces créances de transport avec l'indemnité pour avarie des marchandises qu'il avait dû verser au destinataire que s'il forme cette demande de compensation avant l'expiration du délai de prescription précité.

⁶⁰³ Com. 30 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 72, pourvoi n° 04-10.407.

⁶⁰⁴ TOLEDO-WOLFSOHN A.-M., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Compensation », avril 2017, n° 23 ; Req. 11 mai 1880, DP 1880. 1. 470, Sirey 19981. 1. 107 ; ANDREU L., « De l'effet automatique de la compensation », in *Mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 1 ; COLLIN A., « Du caractère volontaire de la compensation », RTD civ. 2010. 229.

⁶⁰⁵ Art. 1347-3 (nouveau) du C. civ.

⁶⁰⁶ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 875.

la compensation ne peut porter sur une créance de restitution de la chose confiée en vertu d'un prêt à usage ou d'un dépôt, sauf accord du créancier⁶⁰⁷.

D- L'OPPOSABILITÉ DES EFFETS DE LA CONFUSION

114.- L'effet relatif de la confusion. La confusion appartient sans doute un « *type spécifique d'extinction des obligations* »⁶⁰⁸. On a pu parler de la « *relativité de l'effet extinctif de la confusion* »⁶⁰⁹, justifiée notamment par l'idée que l'extinction se confond avec une paralysie de l'obligation. L'exigibilité de l'obligation serait neutralisée par le simple fait que les qualités de créancier et de débiteur étant réunies en la même personne, cette dernière ne peut s'actionner elle-même⁶¹⁰. C'est ainsi que le nouvel article 1349, alinéa 2, dispose que la confusion éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre les tiers⁶¹¹. Les tiers ont donc la possibilité d'opposer leur droit acquis antérieurement à la confusion. La Cour de cassation a donné une illustration de cette opposabilité en matière de promesse de vente unilatérale⁶¹² ; un propriétaire d'un fonds de commerce est titulaire d'un bail commercial. Après avoir donné le fonds en location-gérance à une société, il consent à celle-ci une promesse de vente du fonds. Les parties conviennent que la vente se réalisera au terme de la location-gérance. Or, avant que ce terme n'intervienne, le promettant achète les murs de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité. Il invoque alors l'extinction du bail dont il était titulaire, par effet de confusion, et, par voie de conséquence, l'extinction de la promesse de vente qu'il avait consentie alors en tant que preneur du bail éteint. Il entend en effet se prévaloir du fait qu'il ne peut transférer un droit au bail éteint⁶¹³. Il se heurte pourtant au refus des juges du fond, suivis par la Cour de cassation, qui estiment que la confusion n'a pas pour effet de libérer le nouveau propriétaire de l'engagement pris

⁶⁰⁷ Art. (nouveau) 1347-2 du C. civ. *Adde* Civ. 1^{ère}, 10 juin 1987, Bull. civ. I, n° 187 ; Com. 8 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 107.

⁶⁰⁸ DAGORNE-LABBE Y., « Confusion et droit acquis », LPA 30 oct. 2014, n° 217, p. 13.

⁶⁰⁹ DAGORNE-LABBE Y., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Confusion », janv. 2017, n° 20.

⁶¹⁰ Cf. LIESTA, « Étude sur la nature et les effets de la confusion considérée comme cause d'extinction des obligations en droit romain et en droit français », th. Toulouse, 1881, p. 95 : « *le paiement, c'est le créancier satisfait ; la confusion, le créancier mis dans l'impossibilité d'agir* ». *Adde* Req. 11 mai 1926, DH 1926. 314 : « *la confusion n'éteint pas, d'une manière absolue, l'obligation du débiteur ; (...) si, en règle générale, elle fait matériellement obstacle à l'exercice de l'action du créancier qui ne peut agir contre lui-même, il ne peut en être ainsi lorsque cette action a pour objet de repousser les prétentions de tiers nées de la confusion et devant porter atteinte à des droits définitivement acquis au créancier antérieurement à l'acte ayant créé la confusion* ». Rappr. Req. 4 févr. 1901, DP 1901. 1. 329 ; Com. 5 nov. 1958, Gaz. Pal. 1959. 1. 85 ; Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1965, D. 1967. 407, note SAVATIER.

⁶¹¹ Rappr. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1965, Bull. civ. I, n° 690 : « *La confusion n'éteint pas d'une manière absolue le droit qu'elle concerne et laisse au titulaire de celui-ci la faculté de l'opposer encore aux tiers qui voudraient porter atteinte à des droits par lui définitivement acquis* ».

⁶¹² Civ. 3^e, 9 sept. 2014, pourvoi n° 13-19.753, LPA 30 oct. 2014, p. 13, note DAGORNE-LABBE Y. : « *la cession du fonds de commerce incluait le droit au bail, en a justement déduit que la société Le Bistrot d'Antan était devenue bénéficiaire d'un bail commercial soumis aux mêmes clauses et conditions que celles du bail consenti* ».

⁶¹³ V. Com., 4 déc. 2012, Bull. civ. IV, n° 218 ; D. act., 20 déc. 2012, obs. ROUQUET Y. : « *la confusion des droits locatifs et de propriété éteint le droit au bail sur le bien immobilier dont le preneur devient propriétaire* ».

antérieurement : la société-bénéficiaire de la promesse peut valablement opposer l'acte après la confusion, de manière à obtenir un bail commercial soumis aux mêmes conditions que le bail précédent. Le bénéficiaire de la confusion peut donc continuer d'opposer sa créance aux tiers lorsque ceux-ci sont titulaires de droits concurrents⁶¹⁴.

115.- L'opposabilité de la situation antérieure à la confusion. Toutefois, le bénéficiaire de la confusion peut naturellement invoquer la situation antérieure à celle-ci de manière à faire valoir postérieurement un droit. Tel est le cas du locataire qui, une fois devenu propriétaire des locaux loués par lui, est assigné en rescision pour lésion de la vente de l'immeuble. Il pourra valablement opposer le bail antérieur au vendeur (qui n'est autre que l'ancien bailleur) et le faire prendre en considération dans l'estimation du bien acquis⁶¹⁵. En revanche, lorsque la confusion entre le titre de locataire et de propriétaire résulte d'un legs ou d'un partage, le bénéficiaire de la confusion ne peut invoquer son occupation antérieure à la confusion afin de démontrer la dépréciation du bien⁶¹⁶. Il en est de même pour l'ex-épouse à qui est attribué le logement⁶¹⁷.

116.- La portée de la confusion sur les servitudes⁶¹⁸. La confusion est encore un mode d'extinction spécifiquement prévu en droit des biens. En effet, l'article 705 du Code civil prévoit que « *toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main* ». La portée extinctive de la confusion sur la servitude est particulièrement intéressante lorsque le fonds grevé a fait l'objet d'une division.

⁶¹⁴ Il convient de préciser que lorsque la confusion résulte d'un acte frappé de nullité, elle est également anéantie par voie de conséquence : Civ. 3^e, 22 juin 2005, Bull. civ. III, n° 143, D. 2005, 3003, note RAKOTOVAHINY ; JCP G 2005, II, 10149, note DAGORNE-LABBE Y. ; AJDI 2006, 399, note COHET-CORDEY F. ; RTD civ. 2006, 313, obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁶¹⁵ Req. 18 oct. 1927, DP 1928, 1, 35, note LALOU : « *le locataire ayant le droit d'exiger l'accomplissement du bail jusqu'à la fin de la période fixée au contrat, l'arrêt a décidé à bon droit qu'il y avait lieu de tenir compte, dans l'estimation de la valeur des immeubles, de la dépréciation résultant de la longue durée consentie au preneur* ». Rappr. (confusion causée par la donation du bien au locataire) Com. 23 oct. 1984, Bull. civ. IV, n° 274. *Adde* Civ. 9 avr. 1932, DP 1932. I. 59, note RADOUANT ; Civ. 1^{ère}, 6 févr. 1951, Bull. civ. I, n° 63 ; Civ. 1^{ère}, 16 nov. 1959, Bull. civ. I, n° 477 ; JCP 1960. II. 11837, note PEROT-MOREL ; RTD civ. 1960. 325, obs. CARBONNIER ; Civ. 3^e, 13 mars 1979, Bull. civ. III, n° 64.

⁶¹⁶ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1984, Bull. civ. I, n° 226 ; Civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, D. 1988. 577, note BRETON ; Civ. 1^{ère}, 17 mars 1987, Bull. civ. I, n° 100 ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, Defrénois 1992. 163, note LUCET ; Civ. 1^{ère}, 11 juin 1996, pourvoi n° 94-16.608, Bull. civ. I, n° 252 ; Defrénois 1996. 1447, obs. CHAMPENOIS ; JCP 1997. I. 4021, obs. LE GUIDEC ; D. 1997. Somm. 369, obs. GRIMALDI ; RTD civ. 1997. 197, obs. PATARIN.

⁶¹⁷ Paris, 7 avr. 2010, JCP 2010. Doctr. 1220, n° 20, obs. TISSERAND-MARTIN.

⁶¹⁸ ROLAIN M., *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, th. Nice, 2015, n° 60 ; STRICKLER Y., *Les biens*, Thémis, PUF, 2006, n° 274 ; BERGEL J.-L., *Dictionnaire des servitudes*, Le Moniteur, 2003 ; CORNILLE P., « Construction propriété », *Constr.-Urb.* 1999. Somm. 11 ; BERTOLASO S., « Pour une simplification de la preuve des servitudes conventionnelles », RTD civ. 2011. 273 ; ABERKANE H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit français*, th. Paris, 1955 ; FERRU D., *La notion de servitude*, th. Paris, 1970 ; JUGLART M. de, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, th. Bordeaux, 1937 ; KORNPROBST E., *La notion de servitude en droit privé français contemporain*, th. Strasbourg, 1937.

En témoigne un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, donnant l'occasion de rappeler l'effet extinctif de la confusion, tout en précisant les contours de la servitude lorsque celle-ci affecte des parcelles appartenant à différents propriétaires⁶¹⁹. En l'espèce, un terrain était constitué de deux lots dont le propriétaire greva l'un d'entre eux d'une servitude *non aedificandi*, c'est-à-dire consistant en une interdiction de bâtir. Le fonds grevé par la servitude faisait ensuite l'objet d'une division formant cinq parcelles de terrain. La répartition de ces dernières se fit entre différents propriétaires. Chacune de ces parcelles continuait de servir le même fonds dominant, resté intact. Or, les propriétaires de deux des parcelles du fonds grevé (les consorts X) acquirent le fonds dominant. Ils devenaient ainsi à la fois propriétaires du fonds pour lequel la servitude avait été établie, et d'une partie de celui grevé. C'est pourquoi, entendant bénéficier de l'effet extinctif de la confusion sur l'existence de la servitude affectant l'un de leurs biens, ils souhaitèrent construire sur la parcelle divisée du fonds servant. Ils se heurtaient néanmoins à l'opposition des propriétaires des autres parcelles grevées. Ceux-ci estimaient que l'effet extinctif de la confusion ne pouvait être invoqué que si la totalité des parcelles formant le fonds grevé avait été rachetées. Cet argument tiré du régime de la confusion était vraisemblablement un prétexte à défendre un intérêt qui aurait pu fonder un litige de voisinage plus ordinaire⁶²⁰ : « *la curieuse résistance de ces propriétaires à l'extinction de la servitude* » était semble-t-il « *motivée par la volonté de préserver l'ensoleillement des bâtis préexistants sur leurs fonds* »⁶²¹. Les consorts X assignèrent alors les autres propriétaires pour faire reconnaître le bénéfice de l'effet extinctif de la confusion.

Les juges du fond, peut-être influencés par l'origine de la servitude entre les deux lots, accueillèrent les prétentions des opposants à la construction, énonçant que « *rien ne doit altérer l'unicité de propriétaire entre le fonds qui doit la servitude et celui auquel elle profite* ». Leur décision fût censurée par la Cour de cassation au visa de l'article 705 du Code civil. Les Hauts magistrats rappelèrent strictement l'effet extinctif de la confusion, indépendamment de la division du fonds servant, en jugeant que « *l'acquisition par le propriétaire du fonds dominant de parcelles issues de la division du fonds servant éteint la servitude grevant ces parcelles* ». Il faut ainsi comprendre que l'effet extinctif de la

⁶¹⁹ Civ. 3^e, 8 sept. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-20.371, D. 2016. 2387, note DOS-REIS E. ; *ibid.* 2237, chron. MÉANO A.-L., GEORGET V. et COLLOMP A.-L. ; JCP N 18 nov. 2016, p. 38, obs. PERINET-MARQUET H. ; JCP G 2016. 2054, obs. PERINET-MARQUET H. ; Constr. et Urb. oct. 2016, p. 23, obs. SIZAI Ch.

⁶²⁰ CAPITANT H., « Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin », RCIJ 1900, pp. 156 et s. ; LIBCHABER R., « Le droit de propriété, un modèle pour la réparation des troubles du voisinage », in *Mélanges MOULY*, Litec, 1998, p. 421 ; PÉRIET-MARQUET H., « Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles du voisinage », RDI 2005, pp. 161 et s. ; STRICKLER Y., *Les biens*, Thémis, PUF, 2006, p. 339 ; MEMETEAU G., Inconvénients à propos du voisinage : quelle qualification ? », LPA, 23 mars 2012, n° 60, p. 6.

⁶²¹ DOS-REIS E., « Le sort de la servitude en cas de morcellement du fonds servant », D. 2016. 2387, obs. sous Civ. 3^e, 8 sept. 2016, préc.

confusion trouve à s'appliquer, très logiquement, à l'égard du droit liant les deux droits de propriété. Le droit réel que constitue la servitude doit effectivement se lire dans un seul sens : il s'agit d'un lien juridique entre chaque parcelle grevée et le fonds dominant, et non entre les parcelles divisant le terrain grevé par la servitude⁶²². Ainsi, lorsque plusieurs parcelles doivent une servitude au même fonds, l'effet extinctif de la confusion peut ne porter que sur l'une d'entre elles, la confusion ne jouant qu'à l'égard de celle dont le propriétaire devient également celui du fonds dominant. La servitude est en quelque sorte divisible, et les « quotes-parts » de servitude autonomes les unes des autres⁶²³. De même, la servitude due par un ensemble de parcelles ne peut neutraliser l'effet extinctif portant sur la servitude grevant seulement l'un d'entre elles. Les lots non concernés par la confusion continuent d'être grevés par la servitude. L'arrêt rendu par la troisième chambre civile a ainsi été vu comme une « *consécration d'une extinction par portion de la servitude d'origine* », de sorte que « *la confusion étant la cause d'extinction de la servitude, cette confusion n'ayant joué que sur deux parcelles, la servitude survit sur les parcelles non cernées* »⁶²⁴. La solution de la Cour de cassation est d'autant plus cohérente qu'il aurait été difficilement soutenable d'opposer une servitude au propriétaire sur son propre bien.

117.- Une solution cohérente. De plus, indépendamment même de la portée de la confusion, il aurait semblé difficile de soutenir que des propriétaires puissent imposer le respect de la servitude qui grevent leurs parcelles. Seul le propriétaire du fonds dominant peut y prétendre. En l'occurrence, la Cour de cassation offre une parfaite illustration de l'adage selon lequel *nemini res sua servit*⁶²⁵. C'est ce qui démontre précisément l'intérêt de l'effet extinctif de la confusion ; et ce qui a pu motiver en partie l'acquisition ayant donné lieu à confusion. Il peut d'ailleurs sembler étonnant que l'action ait été initiée par le bénéficiaire de la confusion en vue de faire valoir l'effet extinctif, alors même qu'en tant que propriétaire du fonds dominant il était seul à pouvoir imposer le respect de la servitude. En conclusion, les consorts X, en tant que propriétaires du fonds dominant, pourront continuer d'opposer la servitude

⁶²² Cf. en ce sens, DROSS W., « La division servant donne-t-elle naissance à des servitudes indivisibles ? », RTD civ. 2016. 897, obs. sous Civ. 3^e, 8 sept. 2016, préc., construisant une analogie entre l'indivisibilité en droit des obligations et celles en droit des biens, remarquant ainsi que la décision de la Cour de cassation peut être observée sous le même angle que la logique dégagée par l'article (nouveau) 1349-1 du Code civil, disposant dans son premier alinéa que lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs et que la confusion ne concerne que l'un d'entre eux, l'extinction n'a lieu à l'égard des autres que pour sa part. De même, nous pourrions faire un rapprochement avec le nouvel article 1315, relatif à la remise de dette, et qui prévoit que les codébiteurs peuvent s'en prévaloir afin de déduction sur le total de la dette de la part divisée du bénéficiaire de la remise de dette. Ce même principe s'applique en cas de compensation. Une autre comparaison est encore possible avec la situation dans laquelle un bail est consenti en indivision : lorsque la confusion ne concerne qu'un seul bailleur, l'effet extinctif du mécanisme se cantonne au bail portant sur les lots acquis par le bailleur, *in* Civ. 3^e, 24 juin 2009, D. act., 8 juill. 2009, obs. CHENU D.

⁶²³ BRIAND, *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, th. Nantes, 1999, p. 148, n° 159.

⁶²⁴ DOS-REIS E., art. préc.

⁶²⁵ Il ne peut y avoir de servitude sur sa propre chose. Cf. ROYER H. et BOYER L., *Adages du droit français*, LexisNexis, 4^e éd., 1999, V° « *Remini...* ».

aux propriétaires des lots formant ce qui reste de fonds servant, sans pour autant se voir opposer la servitude qui grevait leur propre parcelle.

Toutefois, il convient de nuancer la portée de la décision de la Cour de cassation en ce qui concerne la divisibilité de la servitude. En effet, la confusion est une cause d'extinction particulière. L'effet extinctif sur la servitude est principalement dû à la qualité particulière du propriétaire du fonds grevé puisque celui-ci est également propriétaire du fonds dominant. À ce titre, l'acte translatif à l'origine de la réunion de ces qualités de propriétaire sur une même tête a surtout eu pour effet d'annihiler toute possibilité pour le titulaire du droit d'invoquer contre lui-même le respect de la servitude. Mais qu'en est-il dans le cas où l'extinction trouve son origine dans un autre mécanisme susceptible de remettre en cause le bienfondé du droit réel du propriétaire du fonds dominant d'exiger la servitude ? Pour répondre à cette question, il est utile de distinguer entre les causes d'extinction antérieures et postérieures à la division de la servitude.

118.- Temporalité de l'origine de l'extinction. Lorsque la cause extinctive est antérieure à la division, elle est à même d'anéantir l'ensemble de la servitude, nonobstant sa répartition sur différentes parcelles formants le fonds. Tel serait le cas s'il est établi une renonciation à la servitude, un non-usage trentenaire avant que ne s'opère la confusion, ou qu'existait l'impossibilité d'usage de la servitude⁶²⁶, bien que l'article 704 du Code civil dispose que les « *servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user* ». Dans cette dernière configuration, l'impossibilité antérieure à la division doit affecter la servitude dans son ensemble, tandis que, si les choses sont rétablies postérieurement à la division, le rétablissement devrait être évalué pour chaque parcelle.

De même, si le titre qui a permis l'institution de la servitude est frappé d'une nullité antérieurement à la division, l'ensemble des servitudes grevant les lots disparaît. Lorsque l'effet extinctif trouve sa cause antérieurement à la division, l'extinction est forcément partagée par l'ensemble des lots constituant le fonds servant. Si en revanche la cause est postérieure à la division, l'effet extinctif ne s'applique en principe qu'au lot concerné sans « contamination » aux autres lots. Il s'agit dans ce cas

⁶²⁶ Art. 703 du C. civ.

d'une extinction « *par portion* »⁶²⁷, puisque les servitudes s'éteindront indépendamment les unes des autres⁶²⁸.

⁶²⁷ DOS-REIS E., art. préc.

⁶²⁸ BAUDRY-LACANTINERIE G. et CHAUVEAU M., *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, Paris, 1896, p. 842, n° 1139 ; comp. MALAURIE P. et AYNES L., *Les biens*, LGDJ, 6^e éd., 2015, n° 1125 ; TERRE F. et SIMLER Ph., *Les biens*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 875 ; BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMAMONTI S., *Les biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 330 ; DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. 12, Paris, 1868, p. 368, n° 863 ; PARDESSUS J.-M., *Traité des servitudes ou services fonciers*, t. 1, 8^e éd., Paris, 1838, p. 60 s.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

119.- La conception de l'extinction. L'après-contrat se définit nécessairement par un critère temporel : il désigne un temps qui succède à l'extinction du contrat. En ce sens, il est extérieur à la durée contractuelle. Cette dernière est entendue comme une séquence temporelle clôturée par le moment de la fin, lequel est l'indice du temps postérieur. Une pluralité de mécanismes extinctifs peut toutefois être recensée dans le Code civil. La diversité des origines et des effets de ces mécanismes imposait alors d'entendre largement la notion d'extinction du contrat, incluant tant les effets extinctifs des *actes* que des *faits* juridiques, qu'ils soient rétroactifs ou pour l'avenir. Il fallait néanmoins, pour dégager clairement le point de départ de la période postcontractuelle, clarifier la temporalité de l'extinction. Or, la compréhension du moment extinctif donne lieu à des hésitations trouvant leur source dans la conception doctrinale de la fin du contrat. Cette dernière peut être envisagée comme opérant instantanément, ou comme un temps qui dure. C'est finalement une conception instantanée de la fin du contrat qui s'est avérée la plus convaincante. Il restait alors à déterminer par quel repère fondamental cet instant peut être identifié. Le principe de prohibition des engagements perpétuels est apparu comme transversal, susceptible de servir d'axiome justificatif à toutes les formes d'extinctions, nonobstant la variété de leurs manifestations.

Ainsi, partant du principe qu'aucun contrat ne peut être perpétuel, tous les contrats sont enfermés dans une durée, ce qui signifie que toutes les conventions obéissent au moins implicitement à un terme extinctif. Le contrat à durée déterminée s'est révélé en être le paradigme, précisément traité dans la nouvelle section du Code civil relative à « la durée du contrat ». En tant que modèle contractuel explicitant la durée, il a ainsi permis de faire apparaître le corollaire du principe de prohibition des engagements perpétuels : la durée est identifiée par le terme extinctif. Appliquer cette logique à l'ensemble des engagements a permis d'affirmer que les contrats à durée déterminée sont dotés d'un terme prévu par les parties, pouvant être exprès ou tacite, tandis que les contrats à durée indéterminée connaissent un terme extinctif non défini, provoqué par un acte ou un fait extinctif. Alors qu'il permet de transcender la pluralité des modes et causes d'extinction, le terme extinctif n'est pourtant pas envisagé *per se* dans le Code civil - contrairement au terme suspensif faisant pour sa part l'objet de dispositions dans une division relative aux modalités de l'obligation. Il est ainsi proposé de concevoir le terme extinctif comme une modalité particulière, en ce qu'elle n'accompagne pas l'*obligation*, mais se conçoit comme le marqueur final de la durée du *contrat* ; et, *ipso facto*, le marqueur initial du temps postcontractuel.

120.- Le sens de l'extinction. Toutefois, la détermination de l'instant final de la durée du contrat ne pouvait être que le point de départ d'une étude sur l'après-contrat. Ce dernier étant ce qui succède à la fin du contrat, il était inévitable de s'interroger sur le contenu du temps postcontractuel. C'est pourquoi, après avoir recherché le moment de l'extinction, le temps était venu de s'intéresser au sens de celle-ci. Or, l'après-contrat ne fait pas partie de la construction classique du schéma contractuel. En effet, la lecture des manuels de droit donne à penser que le moment de l'extinction est le dernier acte du droit des contrats, sans faire mention des suites. De façon trompeuse, la fin du contrat semble souffrir d'une représentation figée dans le temps, laissant croire que l'extinction clôt l'étude de la théorie générale des obligations.

121.- « Arrivés au terme du voyage, c'est au néant qu'on aboutit »⁶²⁹. Le néant ne succède pourtant pas à l'aventure contractuelle. L'après-contrat représente une période durant laquelle les effets mêlés de la convention et de l'extinction vont instaurer une situation nouvelle inspirée de l'intention initiale qui a formé le contrat et de celle qui a guidé la fin de la relation. Il s'impose donc comme un temps d'acquisition de certains effets du contrat et d'extinction des obligations. La discrimination de ce qui doit s'éteindre et de ce qui doit persister est évalué à l'aune de l'utilité de l'opération et du contexte de l'extinction. Mais si le contrat est observé dans le temps, l'après-contrat se situe bien hors durée contractuelle, ce qui ne signifie pas qu'il est en dehors de tout rapport obligatoire. Dans la dialectique de disparition d'un ordre normatif ancien et d'apparition d'un ordre normatif nouveau, la durée du contrat se doit d'être observée comme un indice temporel permettant de distinguer l'acte en cours de ce qui lui succède, tandis que l'existence d'un rapport obligatoire en est un révélateur substantiel. C'est ce qui vaut à l'après-contrat son caractère postérieur, tout en défendant l'idée qu'il n'en constitue pas moins, sous certains aspects, une des durées d'efficacité du contrat – que cette durée d'efficacité trouve sa source dans la convention ou dans la loi.

122.- Diversité de l'après-contrat. En effet, la période postcontractuelle peut se manifester sous formes diverses, avoir des fonctions variées, et s'inscrire dans des domaines juridiques qui ne sont pas nécessairement de nature contractuelle. Elle peut avoir pour mission de veiller au maintien des effets du contrat, à leur contrôle, ou à la correction de défauts qui pourraient affecter ces effets. Elle est donc capable, dans un sens, d'assurer le renforcement de la liberté *inter partes* ; c'est le cas en présence d'une clause exclusive de garantie. Mais elle peut aussi, dans un autre sens, durcir les conditions de remise en liberté des parties ; l'illustration est donnée par les clauses restrictives de la concurrence, ou,

⁶²⁹ Au sujet de l'aveuglement et du refus de traiter le problème des fins, in VILLEY M., *Philosophie du droit*, Dalloz, p. 133. Adde « La conception traditionnelle [...] paraît tenir pour acquis qu'un contrat fait place au vide juridique après son "extinction" », in MARCEL F., *op. cit.*, p. 228.

encore dans une mesure plus radicale, par le renouvellement de l'engagement *inter partes*. En tant que période complexe, le temps postcontractuel se démarque donc bien par un particularisme dû à sa temporalité : la nature composite de sa situation temporelle, aux prises avec une tension substantielle entre les effets du contrat et ceux de l'extinction. Sa compréhension ne peut donc faire l'économie d'une acception finaliste de l'engagement.

123.- Une acception finaliste de l'engagement. L'instant de la rupture doit être interprété comme l'indicateur du changement. Il s'agit de l'embouchure naturelle du processus créatif qu'est le contrat. Convenir de cette logique nécessite de reconnaître que « *la cause du contrat, nécessaire à sa formation, est précisément d'établir une situation nouvelle généralement destinée à durer* »⁶³⁰. Cependant, la notion de cause ayant disparu, au moins de manière formelle, du paysage juridique français, celle de *statu postquam* peut permettre, en substitution, l'évaluation des motifs de l'engagement et de la satisfaction de l'objet du contrat. En tant qu'acte de prévision, la convention ne peut être comprise autrement que dans une vision finaliste. L'acte de prévision, doit être calculé *a priori*, parce que son sens réside dans sa prévision, pour être ensuite évalué *a posteriori*, en tant qu'acte réalisé. On passe d'un temps prospectif (le temps de l'avant), à un temps séquencé (la durée du contrat), pour basculer, enfin, dans un temps postparatoire (le temps de l'après). Partant, au même titre que la formation du contrat est précédée du *statu quo ante*, l'extinction est suivie d'un état postcontractuel : le *statu postquam*.

124.- Le *statu postquam*. L'intégration dans le raisonnement juridique du *statu postquam* permet de mettre en perspective la relation contractuelle dans le temps. Elle donne à apprécier l'outil contractuel de manière diachronique⁶³¹, faisant la promotion d'une compréhension holistique de la convention. L'état postcontractuel complète à ce titre l'abécédaire de la théorie générale en ce qu'il offre une lecture transversale de la vie du contrat, entre les temps qui lui sont certes extérieurs mais avec lesquels il entretient des liaisons factuelles et juridiques, mais surtout un lien de causalité indéniable. Il en ressort qu'à l'instar de la méthode utilisée en grammaire historique, qui consiste à analyser l'origine d'une langue en partant des formes appartenant à un état postérieur, il est possible de donner du sens aux obligations nées du contrat en lisant ce dernier par la fin, à partir de la situation nouvelle qui succède à son extinction⁶³². La tâche est néanmoins plus ardue en cas d'extinction rétroactive (*Chapitre 2*).

⁶³⁰ BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 142.

⁶³¹ V° « Diachronique » : « Qui concerne l'appréhension d'un fait ou d'un ensemble de faits dans son évolution à travers le temps », *in* Ortolang, CNRTL.

⁶³² De sorte que, par exemple, prive sa décision de base légale, la juridiction de proximité qui condamne le locataire, initiateur de la rupture du contrat de location, au paiement des loyers échus et à la réparation du préjudice subi du fait de la rupture « *tout en constatant que l'emplacement avait été loué à un autre afficheur après la résiliation et sans préciser la date et les conditions du nouveau bail* » : Civ. 3^e, 10 juill. 2012, inédit, pourvoi n° 11-18.417.

CHAPITRE 2

LA DISPARITION DU CONTRAT : LES DÉSORDRES DE LA RÉTROACTIVITÉ

125.- Le mythe de la rétroactivité. Après avoir vu que le temps peut défaire la norme juridique, il existe également des situations dans lesquelles c'est la seconde qui prétend maîtriser les effets du premier. Ce chiasme indique comment temps et droit s'influencent mutuellement. La dialectique est typique du temps juridique et irrigue particulièrement le « *mythe* »⁶³³ de la rétroactivité. Comme Pénélope défaisant, à la nuit tombée, l'ouvrage qu'elle a confectionné le jour, le droit veut être capable de déconstruire ce qu'il a pu créer. Par cette action, il est dit que le droit rétroagit. L'extinction rétroactive du contrat renvoie au droit dans sa réalité la plus contradictoire, donnant à penser que les instruments juridiques sont omnipotents. Il semblerait que « *dans un monde irréel [celui du droit], le temps n'a pas plus de réalité que le reste, et l'idée même qu'une chose imaginaire se soit produite avant une autre chose imaginaire n'a pas grand sens* »⁶³⁴. Ainsi, dans un déni mutuel, *Thémis* et *Chronos* se défient remarquablement quand il s'agit de la remise en cause du contrat. Bien qu'il s'oppose aux modes d'extinction du contrat pour l'avenir, l'anéantissement rétroactif n'en est pas moins un marqueur de la fin de la convention.

Or, le sens de l'extinction est généralement mal compris, associé à tort à un néant juridique⁶³⁵. Mais lorsque l'extinction est rétroactive, il peut paraître encore plus difficile d'en interpréter les conséquences sur l'après-contrat. En effet, l'effacement rétroactif du contrat compose avec une certaine irrationalité, confinant parfois à l'aporie, voire à l'absurde⁶³⁶. Le temps juridique est vidé de son sens chronologique, tandis que l'abstraction paranormale que représente la notion de rétroactivité met à mal la cohérence du contenu du droit. Les tentatives de déconstruction du passé par le droit montrent que « *le temps mène la vie dure à ceux qui veulent le tuer* »⁶³⁷. Alors que la rétroactivité peut être vue comme un outil d'emprise du droit sur le temps (**Section 1. La rétroactivité, outil d'emprise du droit sur le temps**), elle est un outil à double tranchant, facteur de désordre dans le temps de l'extinction (**Section 2. La rétroactivité, facteur de désordre dans le temps de l'extinction**).

⁶³³ BENABENT A., « La révision du passé entre les parties », in *L'anéantissement rétroactif du contrat, Actes du colloque du 22 oct. 2007*, RDC 2008. 23.

⁶³⁴ GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. LEVENEUR L., LGDJ, 2007, p. 504.

⁶³⁵ Cf. *supra* n° 1, 62, 84, et *infra* n° 165 et s.

⁶³⁶ Cf. par ex. *infra* n° 172.

⁶³⁷ PRÉVERT J., cité in RICALES-POURCHOT N., *Lexique des figures de style*, Arman Colin, 2^e éd.

SECTION 1

LA RÉTROACTIVITÉ, OUTIL D'EMPRISE DU DROIT SUR LE TEMPS

126.- Le prisme déformant de la rétroactivité. Au travers du prisme de la rétroactivité, entendue comme le « *caractère d'un acte ou d'un fait produisant ses effets dans le passé, à une date antérieure à son accomplissement ou à sa survenance (...)* »⁶³⁸, le temps contractuel apparaît assurément déformé. En effet, la rétroactivité projette une réalité déconnectée de toute loi physique, en proposant une réécriture des événements passés. De plus, elle perturbe le contenu du droit en en renversant les effets⁶³⁹. Le temps est alors contraint par le rythme du droit. Cette transformation n'est pas toujours extinctive, elle consolide parfois rétrospectivement les effets juridiques exposés à une inefficacité⁶⁴⁰. Tel est l'exemple de la ratification par le mandant d'un acte pris par son mandataire au-delà de ses attributions⁶⁴¹, celle également effectuée par le porte-fort⁶⁴², ou du majeur qui, mineur au moment de la formation de l'acte, approuve la convention⁶⁴³. L'influence entre temps et droit peut aussi être inversée, du simple fait que l'écoulement du temps agit sur le droit autant qu'il agit sur les choses. Elle est réceptionnée en droit, par le biais des modalités de l'obligation, tels que le terme⁶⁴⁴, ou la prise en compte de l'usure de la chose⁶⁴⁵. Remettre en question le passé est néanmoins une tâche difficile, d'autant mieux lorsque cela entraîne pour conséquence une réédition d'événements déjà échus. L'enjeu essentiel de l'effet rétroactif concerne à ce titre la cohérence et la sécurité juridique des transactions⁶⁴⁶, mises à mal par les

⁶³⁸ GUINCHARD S et DEBARD Th., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016-2017, V° « Rétroactivité ».

⁶³⁹ MALAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL-MUNCK Ph., *Obligations*, t. 2, *Contrats et quasi-contrats*, Cujas, 11^e éd., 2001-2002, n° 327, évoquant l'image d'un « *contrat à l'envers* ». CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Thémis, PUF, 22^e éd., p. 203 et s. employant l'image du « *contrat renversé* ».

⁶⁴⁰ V. récemment Civ. 3^e, 7 avr. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-13.900 ; Civ. 3^e, 29 sept. 2016, pourvois n° 15-15.129, 15-17.434 et 15-26.360.

⁶⁴¹ La théorie de l'apparence peut également servir à sauvegarder l'acte, jouant ainsi comme « *un filet de sécurité tendu au profit des contractants en général* », selon la formule de BENABENT A., *in* « La théorie de l'apparence se miterait-elle ? », D. 1999. 185.

⁶⁴² L'art. 1204, al. 3 prévoit en effet que lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.

⁶⁴³ Comp. avec l'art. 402 du C. civ. prévoyant que les délibérations du conseil de famille sont nulles lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude ou que des formalités substantielles ont été omises. La nullité est couverte par une nouvelle délibération valant confirmation selon l'article 1182. L'action en nullité peut être exercée par le tuteur, le subrogé tuteur, les autres membres du conseil de famille et le procureur de la République dans les deux années de la délibération ainsi que par le mineur devenu majeur ou émancipé dans les deux années de sa majorité ou de son émancipation. La prescription ne court pas s'il y a eu dol ou fraude tant que le fait qui en est à l'origine n'est pas découvert. Les actes accomplis en vertu d'une délibération annulée sont annulables de la même manière. Le délai court toutefois de l'acte et non de la délibération.

⁶⁴⁴ Cf. *supra*, n° 53.

⁶⁴⁵ Cf. *infra*, n° 162.

⁶⁴⁶ JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Paris, 1909, p. 856 ; CARLI P., « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », RTD com. 1993. 255, faisant état de ce qu'un commerçant recherche des investissements durables qui « *contienne[n]t souvent la réussite ultérieure de l'activité de l'entreprise, voire sa survie* », et que la vie des affaires est fragilisée par les conséquences de l'extinction rétroactive d'un acte, notamment quand un vice touche les actes antérieurs ou la revente d'un fonds de commerce ; BARBIER H., « Quand la rétroactivité ne parvient pas à remettre en cause des actes juridiques et judiciaires passés sur le fondement du contrat annulé », RTD civ. 2016. 347 : qualifiant la rétroactivité de « *pure synonyme d'insécurité juridique, renversant la force obligatoire de contrats, actes et délibérations passées et défiant l'autorité de la chose jugée des décisions de justice et transactions* ».

perturbations consubstantielles à la remise en cause *a posteriori* de la relation contractuelle, encourageant ainsi l'idée de son anticipation⁶⁴⁷, notamment par des clauses dites « de rétroactivité »⁶⁴⁸. C'est pourquoi l'anéantissement rétroactif du contrat doit être envisagé comme un mode d'extinction inhabituel de la convention⁶⁴⁹.

127.- Aux grands maux, les grands remèdes. Lorsque la loi privée des parties rencontre des anomalies, s'en suivent des situations « *pathologiques* »⁶⁵⁰ devant être gérées. Les institutions emblématiques du contentieux lié à la remise en cause du contrat sont sans aucun doute la nullité et la résolution. Or, « *comme on le sait, l'une et l'autre de ces deux sanctions ont pour conséquence d'entraîner la disparition rétroactive du contrat, du moins dans une optique doctrinale traditionnelle* »⁶⁵¹. Mais la solution consistant à faire disparaître le contrat pour éradiquer les causes du trouble, revient à s'immiscer de manière radicale dans l'ordre juridique comme dans la volonté des contractants. Le remède au mal qui contamine les obligations est ainsi loin d'être un soin homéopathique : il préconise l'effacement de l'histoire contractuelle. En effet, la remise en cause des obligations ébranle deux piliers du droit des contrats : la liberté contractuelle et la force obligatoire des conventions⁶⁵². Cette dernière, affirmée par le nouvel article 1103 du Code civil, semble malmenée par l'idée d'une destruction rétrospective du contrat. Il faut, pour légitimer cette atteinte, une cause suffisamment grave. C'est ainsi que la nullité remettra en cause le contrat contraire à la légalité, tandis que la rescision cherchera à protéger les intérêts de la partie gravement lésée⁶⁵³, et la résolution ceux du créancier. C'est donc en

⁶⁴⁷ HALLOUIN J.-Cl., *L'anticipation*, th. Poitiers, 1979, p. IV : « *même lorsque tout se passe au présent, comme dans la vente, la dimension de l'avenir et du futur est présente : l'acheteur acquiert la chose pour en tirer utilité dans les temps prochains* ».

⁶⁴⁸ PANCRAZI M.-E., « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011. 469 : « *puisque le risque existe, pourquoi ne pas l'anticiper, et tenter de maîtriser le traitement de ses suites ?* ».

⁶⁴⁹ Cf. (sur le contrôle de la gravité de l'inexécution invoquée) *infra* n° 564.

⁶⁵⁰ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, p. 49.

⁶⁵¹ MESTRE J. et FAGES B., « Effets de la résolution », RTD civ. 2003. 501.

⁶⁵² ROCHFELD J., *in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, p. 40, présentant l'état de la matière au jour du projet et l'intention des rédacteurs du Code civil dans la construction du mécanisme de la résolution et de la condition résolutoire. L'auteur expose ainsi que, suivant « *le principe fondamental de la force obligatoire du contrat et le moralisme contractuel : le contrat doit s'appliquer quelles que soient les circonstances et difficultés rencontrées. En conséquence, seuls les cas d'inexécution très grave, voire de faillite totale d'exécution, justifient qu'on l'anéantisse. Il est alors nécessaire de recourir au juge afin qu'il contrôle ce seuil de gravité* ». Comp. ANCEL P., « La rétroactivité de l'anéantissement du contrat et la sécurité des tiers », RDC, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 35 : « *on ne comprend pas bien pourquoi, en cas de résolution, la rétroactivité, instrument technique permettant d'assurer une meilleure efficacité de la sanction de l'inexécution, aboutirait à remettre en cause le contrat lui-même, alors que le mécanisme n'est qu'une des conséquences de la force obligatoire de ce contrat* ». Rappr. du même auteur, « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., n° 46 et s. ; WINTGEN R., « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », RDC, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 73 : l'« *obligation de restitution est une conséquence que la loi attache à l'inexécution du contrat. Elle n'est pas la conséquence d'un anéantissement du contrat mais, au contraire, une sanction fondée sur sa force obligatoire* ».

⁶⁵³ La rescision est considérée comme « *une forme particulière de nullité, réservée aux hypothèses de lésion* », *in* SIMLER Ph., J.-Cl. Code civil, art. 1234 (ancien), Fasc. Unique : « Contrats et obligations. – Causes d'extinction des obligations », 2009, (actu. 2017), préc., n° 8. La réforme de 2016 a consacré cette conception puisque la rescision est devenue une annulation : cf. art. 1149 et 1182 (nouv.) C. civ.

raison de la gravité de l'anormalité, au point où la situation contractuelle est rendue intolérable, que la destruction des obligations amène à envisager une déconstruction du temps contractuel.

L'instrument théorique de la rétroactivité repose en effet une déconstruction du temps contractuel, de telle sorte que « *le contrat étant anéanti, tout ce qui s'est construit sur son fondement s'effondre par répercussion* »⁶⁵⁴. Il apparaît que le droit s'arroge le pouvoir d'agir sur l'œuvre des parties, au nom de principes supérieurs qui limitent le pouvoir normateur de celles-ci, tels que la protection de la partie faible et de l'ordre public. Le droit se présente alors sous un jour à la fois autoritaire et justicier, au travers de l'outil rétroactif. Cependant, la rétroactivité, en elle-même, fait l'objet d'un fantasme qui consiste en une faculté de retoucher *a posteriori* l'œuvre du temps. Le mécanisme flatte ainsi la puissance de l'arsenal juridique, il « *évoque inconsciemment cette idée qu'il est possible, en droit, d'opérer contre le cours du temps* »⁶⁵⁵. Dans ce contexte, quelle place reste-t-il à l'après-contrat succédant à un acte censé n'avoir jamais existé ? Répondre à cette question invite à repérer la place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif de l'acte (**§1. La place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif de l'acte**), autant que cela mène à observer la place de l'effet rétroactif dans les mécanismes extinctifs (**§2. La place de l'effet rétroactif dans les mécanismes extinctifs**).

§1) La place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif de l'acte

128.- L'impossibilité fallacieuse d'un après-contrat. Alors que l'après-contrat ne peut naître qu'à la suite de l'extinction, comment se pourrait-il qu'il puisse succéder à un contrat privé de toute existence ? Si l'acte n'existe pas, il ne connaît semble-t-il ni formation, ni extinction. L'effet rétroactif pourrait donc facilement être considéré comme un obstacle au développement de l'après-contrat, bien qu'il n'en soit rien (**A. Un obstacle au développement de l'après-contrat ?**). Pourtant, quand l'acte n'est critiqué qu'après que soit intervenue son extinction, l'après-contrat servira de point de départ à l'anéantissement rétroactif (**B. L'après-contrat, point de départ de l'anéantissement rétroactif**).

A- L'EFFET RÉTROACTIF, OBSTACLE AU DÉVELOPPEMENT DE L'APRÈS-CONTRAT ?

129.- Physionomie de « l'après-anéantissement ». Il convient ici de chercher à interpréter l'impact de ces deux institutions sur l'après-contrat (**a. L'influence de la nullité et de la résolution**). Toutefois, pour comprendre la spécificité de ces modes de disparition de l'acte, il faut également prendre en

⁶⁵⁴ Lamyline, *Droit du contrat*, n° 270-78.

⁶⁵⁵ MERCOLI S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Préf. GOUBEUX G., PUAM 2008, p. 13.

compte la fonction sanctionnatrice de l'anéantissement rétroactif (*b. Fonction sanctionnatrice de l'anéantissement ou fonction extinctive de la sanction*).

a) L'influence de la nullité et de la résolution

130.- Disparition de l'ancien article 1234 du Code civil. L'ancien article 1234 du Code civil comptait expressément la nullité, la rescision et l'effet résolutoire dans les causes d'extinction des obligations, permettant de penser que leur mise en œuvre, comprise comme un effet extinctif, laissait s'ouvrir un après-contrat. Or la disparition de cette disposition, à la suite de la réforme du droit des obligations⁶⁵⁶, contribue à un certain flou sur la compréhension des modes extinctifs et de leur influence sur les contours de l'après-contrat. La liste des causes d'extinction de la convention, déjà incomplète auparavant⁶⁵⁷, n'existe plus au sein d'une disposition générale. Dorénavant, les causes d'extinction transparaissent, tronquées, au sein d'une nouvelle division consacrée à l'extinction de l'obligation⁶⁵⁸. La doctrine a évoqué à ce sujet « *une cure d'austérité* »⁶⁵⁹. Le contenu de l'ancienne énumération est effectivement réduit : disparaissent la novation, la remise volontaire, la perte de la chose, la prescription, la nullité, la rescision et l'effet de la condition résolutoire. Faut-il alors penser que le législateur a entendu exclure, pour les notions qui nous intéressent ici, la nullité et l'effet résolutoire de la définition des causes d'extinction ? Une telle place, en raison de la rétroactivité des mécanismes concernés, était classiquement critiquée, ce qui fondait une réticence quant à l'admission de l'existence d'un après-contrat à la suite d'une extinction rétroactive. Effectivement, les commentaires de l'ancien article 1234 faisaient remarquer que « *lorsqu'une obligation est censée ne jamais avoir existé, il est incorrect de dire qu'elle est éteinte. Ne peut être éteinte qu'une obligation qui a existé* »⁶⁶⁰. Ainsi, partageant cette conception restrictive de l'anéantissement rétroactif, d'aucuns ont pu indiquer qu'« *il n'y a pas d'après-contrat, car il n'y a pas de contrat préexistant* »⁶⁶¹. Toutefois, de façon contradictoire, cette affirmation repose en même temps sur une définition large de l'après-contrat, énonçant que celui-ci « *naît de*

⁶⁵⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁵⁷ SIMLER Ph., J-Cl. Code civil, Art. 1234 (ancien), préc., n° 4 et s.

⁶⁵⁸ Cf. *supra* n° 52.

⁶⁵⁹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 794, n° 928.

⁶⁶⁰ SIMLER Ph., J-Cl. Code civil, Art. 1234 (ancien), préc., n° 6 : « *Ces événements anéantissent rétroactivement l'acte juridique qui a donné naissance à l'obligation, qui disparaît par voie de conséquence, puisque son fait générateur est censé ne pas avoir existé. (...) Il paraît plus juste de réserver le concept d'extinction aux situations qui mettent fin à une obligation qui a réellement existé* ». Rappr. TOULLIER C. B. M., *Droit civil français dans l'ordre du Code Napoléon*, t. 7, 1830, n° 11, note 1 ; BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L., *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 3, 1905, n° 1928 ; MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph., *Les obligations, Le régime*, 2^e éd., 1989, n° 191 ; TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., n° 1313.

⁶⁶¹ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 52.

l'extinction, naturelle ou pathologique, de la convention »⁶⁶². Il était au même titre affirmé que « *l'après-contrat, dont le point de départ est précisément constitué par l'extinction des obligations contractuelles, devrait marquer une rupture nette avec ce dernier : dans l'après-contrat, il ne devrait rien rester du contrat il ne devrait plus y avoir d'obligation issue du contrat* »⁶⁶³. Or, n'est-ce pas là ce qui se produit précisément en cas de prononcé de la nullité de l'acte ? Cela conduit à considérer que l'effet rétroactif n'est pas un obstacle à l'identification d'un effet extinctif⁶⁶⁴. L'approche doctrinale de l'après-contrat en présence d'une disparition rétroactive de l'acte semble ainsi déséquilibrée par des discordances dans l'analyse. Ce déséquilibre se traduit aussi de façon plus globale par le fait que les auteurs ne tombent pas toujours d'accord sur la place qu'il convient de donner à l'après-contrat à l'occasion d'une nullité ou d'une résolution.

131.- L'impact de la nullité sur l'après-contrat. Concernant le sort de l'après-contrat en cas de nullité, la doctrine s'est montrée partagée. En effet, de façon radicale, la nullité a pu être présentée comme un « *obstacle définitif* »⁶⁶⁵ au développement de l'après-contrat. Affirmant que « *cette constatation relève de l'évidence* »⁶⁶⁶, l'existence d'un contrat valable a été retenu comme prérequis à l'ouverture du temps postcontractuel. C'est encore « *un principe d'éviction* » de l'après-contrat qui a été avancé pour écarter la présence d'une période postcontractuelle en cas de nullité⁶⁶⁷. La lecture de l'article (nouveau) 1178 du Code civil tend à créditer ce constat, quand il énonce dans son deuxième alinéa que « *le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé* ». Mais il ne faut certainement pas se fier trop rapidement à cette affirmation théorique. Le principe d'éviction de l'après-contrat a effectivement été nuancé, puisqu'une atténuation lui est reconnue : l'après-contrat peut se manifester, même en cas d'annulation, dans un but liquidatif⁶⁶⁸. Par exemple, la nullité, lorsqu'elle est partielle⁶⁶⁹, peut servir à l'ouverture d'un après-contrat en lien direct avec la relation passée⁶⁷⁰. Le juge y aura notamment recours,

⁶⁶² BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 43.

⁶⁶³ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 38.

⁶⁶⁴ Cf. BRENNER Cl., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Acte juridique », n° 139 et s., classant la nullité de l'acte juridique dans les causes d'extinction.

⁶⁶⁵ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 51 et s. : « *le contrat, support indispensable au développement de la période postcontractuelle, fait défaut Il n'y a pas d'après-contrat, car il n'y a pas de contrat préexistant. Obligations contractuelles et postcontractuelles disparaissent de la même façon* ». Contra CASEAU-ROCHE C., th. préc., n° 245 et s.

⁶⁶⁶ BLANC-JOUVAN G., *ibid.*

⁶⁶⁷ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁶⁸ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, *op. cit.*, p. 55 et s. : « *l'effacement rétroactif inhérent à l'annulation ou à la résolution du contrat semble s'opposer à l'épanouissement d'une période postcontractuelle. Cependant, outre qu'un tel anéantissement induit des restitutions consécutives à l'effet rétroactif de la cessation intervenue, il n'est pas inutile de s'appesantir sur les effets postcontractuels* ». Cf. *infra* n° 149 et s., 150 et s.

⁶⁶⁹ Cf. SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 101, Préf. WEILL A., 1969. Rapp. du même auteur, J.-Cl. Code civil, « Synthèse – Extinction des obligations sans paiement », n° 1.

⁶⁷⁰ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, *op. cit.*, p. 57 et s. Rapp. BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 52, considérant que la nullité partielle ne fait pas obstacle à la formation d'un après-contrat.

nonobstant l'indivisibilité conventionnelle, lorsque cela préserve le droit au renouvellement du preneur au bail commercial⁶⁷¹. Par ailleurs, ce seront certaines stipulations autonomes qui résisteront à l'annulation pourtant censée être intégrale, telles que les clauses processuelles⁶⁷². Le principe de l'éviction est ainsi relativisé bien qu'il donne à penser *a priori* que l'effet rétroactif ne laisse place qu'à un après-contrat tourné vers le passé⁶⁷³. Cet aspect rétrospectif de la sanction, la nullité semble, au moins en partie, le partager avec la résolution.

132.- L'impact de la résolution sur l'après-contrat. Concernant la résolution, l'approche est encore plus nuancée : « *Par ailleurs, si la résolution qui atteint un contrat régulièrement formé, semble aussi s'opposer au déroulement d'un après-contrat, cet obstacle n'est peut-être pas aussi dirimant qu'il n'y paraît* »⁶⁷⁴. L'effet résolutoire⁶⁷⁵ est considéré comme un « *obstacle non définitif* » au développement de l'après-contrat⁶⁷⁶. Cette pondération est justifiée par le fait que la résolution n'opère pas toujours un anéantissement total du passé contractuel⁶⁷⁷. En effet, avant la réforme de 2016, la jurisprudence a limité l'effet rétroactif en présence de contrats dont l'exécution, bien qu'imparfaite, avait donné lieu à des prestations méritant d'être sauvegardées⁶⁷⁸. La réforme est justement venue prolonger

⁶⁷¹ Civ. 3^e, 31 janv. 2001, D. 2001, somm. 3520, obs. ROZES L.; JCP G 2001 I, n° 354, obs. SERINET Y.-M. Cf. *infra* n° 500.

⁶⁷² La solution jurisprudentielle a été consacrée dans le nouvel art. 1230 du C. civ. dispose que la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. Cf. *infra* n° 23, 135, 323, 379, 477.

⁶⁷³ Cf. *infra* n° 163 et s. (sur les limites de cet *a priori*).

⁶⁷⁴ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, p. 55.

⁶⁷⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE V., *Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique*, th. Pau, 1988 ; PAULIN Ch., *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996 ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 454, 2007.

⁶⁷⁶ BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 61 et s.

⁶⁷⁷ ATIAS Ch., « Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288, n° 6 : « *[la] force obligatoire se renforce au fur et à mesure de son exécution. À chaque étape de l'exécution, elle augmente. L'existence et la validité de l'acte en sont confirmées. Sa remise en cause est rendue plus délicate et moins complète. Tout se passe comme si la formation de l'acte se poursuivait, se prolongeait, pour le conduire à une sorte de maturité, à la pleine efficacité. Jusqu'à l'exécution complète, un risque demeure. En d'autres termes, l'exécution appelle l'exécution et tend à se fonder elle-même. La volonté qui forme l'acte n'est pas ainsi déstituée de sa fonction propre. Ce qui apparaît, c'est qu'elle ne peut être enfermée ni dans l'instant particulier de la formation de l'acte, ni dans un mode d'expression spécifique. Au cours de l'exécution, le but poursuivi, les intérêts en cause, les moyens mis en œuvre deviennent plus clairs et moins contestables ; ils s'imposent plus nettement et guident l'appréciation judiciaire* ». Rapp. ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^e éd., 2010, p. 140 : « *la résolution laisse au juge un pouvoir considérable d'appréciation. Il ne la prononce pas en se contentant de vérifier que les conditions légales sont réunies. Sa mission suppose qu'il prenne parti sur l'équilibre contractuel initial et sur les conséquences de l'inexécution, c'est-à-dire sur le déséquilibre qui en résulte. [...] Cette liberté d'appréciation est volontiers mise au service d'une politique restrictive qui tend à maintenir le lien contractuel chaque fois que son anéantissement n'apparaît pas inévitable* ».

⁶⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1996, Bull. Civ., I, n° 332, pourvoi n° 94-18.657, D. 1996 IR 32 : c'est souverainement qu'une cour d'appel apprécie, fût-ce en prenant en compte des éléments de preuve postérieurs à leur date et résultant des conditions dans lesquels ils ont été exécutés, l'interdépendance des contrats conclus par un groupement d'intérêt économique. Affirmant ég. que la résolution d'un contrat successif n'opère que pour l'avenir, indiquant de rechercher si, jusqu'à la décision prononçant la résolution de la première convention, le paiement des loyers par le groupement d'intérêt économique aux sociétés bailleuses n'avait pas eu sa contrepartie dans l'exécution de leurs propres obligations par ces dernières sociétés. *Adde* Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1998, Bull. Civ. I, n° 29, pourvoi n° 95-12.600 : la poursuite du lien contractuel n'étant plus possible

l'esprit d'une sauvegarde d'un acquis contractuel « sain », en limitant clairement le recours à la notion de rétroactivité. Le Rapport fait au Président de la République relatif à *l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, expose notamment la volonté assumée d'abandonner la fiction juridique de la rétroactivité attachée classiquement à la résolution⁶⁷⁹. Le nouvel article 1229 du Code civil, dans son premier alinéa dispose d'ailleurs que la résolution « met fin au contrat »⁶⁸⁰, comme pour lever toute ambiguïté sur la fonction de l'institution. On ne peut désormais plus assimiler la résolution à un mécanisme d'annihilation du contrat : elle est un acte extinctif comparable à une extinction pour l'avenir. La jurisprudence avait d'ailleurs déjà purement assimilé la résolution à un mode extinctif du contrat, en considérant qu'un preneur ayant donné congé à son locataire, lequel a accepté ce congé, ne peut demander la résolution judiciaire sans que celle-ci ne soit irrecevable : « *la cour d'appel qui constate que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée une demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en déduit exactement que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un*

en raison du comportement de l'élève, le contrat est résilié pour l'avenir, en sorte que l'intéressé ne peut prétendre au remboursement des frais de scolarité correspondant aux prestations dont il a bénéficié jusqu'à son exclusion ; GOUBEUX G., JCP 1987 II, 20860, obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1987 : « *le juge déterminera si la résolution peut atteindre seulement une fraction du contrat, sans remettre en cause ce qui a déjà été exécuté* ». Rappr. Civ. 4 mai 1898, D. 1898. 1. 457, obs. Planiol, notant, dans une conception divisible de la durée du contrat que « *l'exécution partielle est un fait acquis, qu'il est inutile d'effacer fictivement par des restitutions* ». Comp. CROS J.-L., « Les contrats à exécution échelonnée », D. 1989. 49, n° 16 ; BRIERE DE L'ISLE G., « De la notion de contrat successif », D. 1957, chron. 153 ; GHESTIN J., « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey, 1985, n° 37.

⁶⁷⁹ Le rapport indique que « *l'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions* ». Cf. Civ. 3^e, 7 nov. 1968, Bull. Civ. III, n° 448 ; Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, Bull. civ. I, n° 128, pourvoi n° 02-11.594 ; Com. 10 févr. 2015, inédit, pourvoi n° 13-24.501. Cf. not. DEKKERS R., *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, n°80 et s., HOUIN R., « Le problème des fictions en droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la Culture juridique française*, t. III, Paris, Dalloz, 1948, p. 242 et s., spéc. p. 247 et s., WICKER G., *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, 1994. Adde DEMOGUE R., « Valeur et base de la notion de rétroactivité », *Studi filosofico-giuridico dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, v. I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, p. 163 ; DEPREZ J., *La rétroactivité dans les Actes juridiques*, 2 v., th. Rennes, 1953 ; GHESTIN J., « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », préc., p. 203 ; MAÎTRE-ARNAUD E., *La rétroactivité dans le contrat*, th. Paris II, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003 ; MERCOLI S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001 ; SERINET Y.-M., « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, FONTAINE M. et VINEY G. (dir.), Bruylant, LGDJ, p. 589 (évoquant la rétroactivité comme « *consubstantielle à la résolution* ») ; JAFFERALI R., *La rétroactivité dans le contrat Etude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, th. Bruxelles, 2014. Alors que, par ailleurs, le nouvel art. 1304-7 du C. civ. dispose que l'accomplissement de **la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation**, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

⁶⁷⁹ Cf. néanmoins *infra* n° 138 et s.

⁶⁸⁰ Rappr. Civ. 1^{ère} 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, pourvoi n° 96-21.485 : 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, et cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis.

congé accepté »⁶⁸¹. Ici, le raisonnement de la Cour de cassation est certainement critiquable⁶⁸², mais il donne l'indice de la fonction extinctive commune à la résiliation et à la résolution en affirmant l'impossibilité de provoquer la fin d'un contrat déjà éteint par le jeu d'un acte extinctif préalablement intervenu⁶⁸³. En ce sens, de par sa fonction extinctive, la résolution a pour but de faire naître un après-contrat ; le point de divergence avec les autres modes d'extinction reste cependant la détermination du contenu et des finalités poursuivies.

b) Fonction sanctionnatrice de l'anéantissement ou fonction extinctive de la sanction

133.- De l'anéantissement-sanction... La résolution doit être remise en perspective dans sa fonction : « *derrière l'hommage rendu à la loi contractuelle, se profilait une politique répressive* »⁶⁸⁴. En effet, elle est un mode particulier d'extinction de l'acte dans la mesure où elle n'a pas pour but primitif de clore la durée du contrat, ni même d'éradiquer un vice contenu dans celui-ci, mais de sanctionner l'inexécution. Dans cette optique, elle est une échappatoire consentie au créancier enfermé dans un rapport d'obligations rendu inefficace par l'inertie du débiteur. En effet, « *celui qui s'est exécuté et attend la contrepartie, le paiement du prix par exemple, est en position plus vulnérable que la partie défaillante qui a déjà obtenu satisfaction ; cette dernière peut attendre* »⁶⁸⁵. Le créancier victime de l'inexécution pourra actionner la responsabilité contractuelle de celui-ci, et il pourra au surplus demander soit l'exécution forcée de l'obligation, soit la résolution, selon l'intérêt qu'il trouve à l'une ou l'autre solution⁶⁸⁶. Les branches de cette option sont clairement distinguées par la jurisprudence qui

⁶⁸¹ Civ. 3^e, 19 mai 2010, Bull. civ. I, n° 98, pourvoi n° 09-13.296, RDC 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215, obs. GENICON Th. : « *Des dangers de la rupture unilatérale du contrat : résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut !* ». Rapp. *supra* n° 104 ; Civ. 3^e, 29 sept. 2010, Bull. civ. III, n° 175, pourvoi n° 09-13.922 : un bail commercial dont la résiliation est acquise ne peut être à nouveau résilié ; obs. RACLET D., *in* Rev. Loy. 2010/911, n° 1231. Comp. SEUBE J.-B., « *Le domaine de l'action résolutoire* », obs. sous Civ. 3^e, 28 mai 2008, Bull. civ. III, n° 97, pourvoi n° 07-10550, RDC, 1^{er} oct. 2008, 4, p. 1254.

⁶⁸² Cf. *infra* n° 640 et s. (pour cette critique).

⁶⁸³ Comp. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 244, pourvoi n° 93-15.485, D. 1995. 494 ; RTD civ. 1996. 906, obs. MESTRE J. ; RTD com. 1996. 59, obs. FRANÇON A. : « *la résiliation du contrat a pour effet, comme la résolution, d'anéantir le contrat [...]* ». Rapp. *supra* n° 104.

⁶⁸⁴ ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op. cit.*, p. 140.

⁶⁸⁵ ATIAS Ch., « *Exécution et efficacité des actes juridiques* », D. 2013. 2288, n° 4 et 5.

⁶⁸⁶ Sur le droit d'option du créancier, cf. *infra* n° 591 et s. En cas d'action en nullité, la victime du vice peut également demander des dommages et intérêts (art. 1178, al. 4, C. civ.). La jurisprudence a identifié le préjudice résultant de la nullité en « *la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses* » (Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, inédit, pourvoi n° 09-12.895, RTD civ. 2010. 322, obs. FAGES B. ; JOURDAIN P. ; RTD civ. 2012. 732, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; D. 2013. 391, obs. FAGES B. ; RTD civ. 2012. 725, obs. CAFFIN-MOI M. ; D. 2012. 2772, n° 9, obs. STOFFEL-MUNCK Ph. ; Bull. Joly Soc. nov. 2012. 767, obs. HOUTCIEFF D. ; Gaz. Pal. 11 oct. 2012, n° 285, p. 17, obs. GHESTIN J. ; JCP 2012. Doctr. 1151, n° 10, obs. LAITHIER Y.-M. Cette possibilité est toutefois discutée par la doctrine qui souligne la difficulté liée à la démonstration du lien de causalité et du préjudice réparable : v. not. MEKKI M., « *Droit des contrats* », D. 2017. 375 ; BARBIER H., « *L'éviction de l'adage nul n'est censé ignorer la loi dans l'appréciation de la connaissance du vice requise pour confirmer un acte nul* », RTD civ. 2016. 846 et « *L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation* », RTD Civ. 2016. 847.

rappelle que la résolution n'a pas le même objet que l'exécution forcée, la première ayant pour but d'anéantir le contrat et la seconde de le laisser subsister⁶⁸⁷. La même logique est appliquée pour la résolution du contrat de vente dans le régime de garantie : l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, si elles partagent un objectif de garantie, ne réservent pas le même sort au contrat qui est dans la première hypothèse résolu, et maintenu dans la seconde. L'alternative est encore observable en matière cette fois-ci de nullité, quand celle-ci est rattachable à une *culpa in contrahendo*, puisqu'en cas de dol, le contractant-victime pourra n'agir qu'en réduction du prix de vente⁶⁸⁸.

Dans tous les cas, l'anéantissement-sanction se détache des autres mécanismes sanctionneurs de l'inexécution ou de la faute précontractuelle, en ce qu'il met fin au contrat litigieux, soit dans l'intérêt de la société (nullité absolue⁶⁸⁹), soit dans l'intérêt d'un contractant (nullité relative ou résolution)⁶⁹⁰ : « pour le sujet de droit, pris dans les rets d'une situation devenue insatisfaisante, mais finalement jamais captif, assurément les deux se confondent : en anéantissant la situation juridique, l'acte extinctif libère la "volonté puissante" qui s'y tenait "engourdie" »⁶⁹¹. **Alors que nous mettons en valeur la fonction sanctionnatrice de l'anéantissement rétroactif, il apparaît simultanément la fonction extinctive de la sanction. En même temps que l'anéantissement se distingue par son objectif, c'est finalement la sanction qui doit être regardée comme une cause d'extinction.**

134.- À la sanction-extinctive. C'est ainsi que le créancier invoquant la résolution de l'acte litigieux ne pourra pas demander simultanément l'exécution de certaines stipulations, précisément parce qu'il a choisi la sanction-extinctive (la satisfaction vient de ce que le contrat cesse), et non la sanction de l'exécution forcée (le sort du contrat n'est pas discuté)⁶⁹². La cohérence du choix de la sanction-

⁶⁸⁷ Civ. 3^e, 20 janv. 2010, Bull. civ. III, n° 14, pourvoi n° 09-65.272 ; cf. *infra* n° 591 et s.

⁶⁸⁸ Com. 14 mars 1972, Bull. IV, n° 90, p. 86, pourvoi n° 70-12.659, D. 1972. 547 et 653, obs. GHESTIN J. ; Civ. 3^e, 6 juin 2012, inédit, 11-15.973, RDC 2012. 1180, obs. GENICON Th. Sur la seule demande de réparation : Com. 18 oct. 1994, Bull. IV, n° 293, p. 235, pourvoi n° 92-19.390, D. 1995. 180, note ATIAS Ch.; Defrénois 1995. 332, obs. MAZEAUD D.; JCP 1995. I. 3853, n° 4, obs. VINEY G.

⁶⁸⁹ Sur la distinction entre nullité absolue et relative, consacrant une conception moderne des nullités, cf. art. 1179 (nouveau) du C. civ. : « la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». V. déjà sur le renouvellement de la théorie des nullités : JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, thèse*, Dijon, 1909. Adde SIMLER Ph., *in Avant-projet de réforme du droit des obligations*, 2005, p. 44 ; Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2009, Bull. civ. I, n° 255, pourvoi n° 08-12.344, RTD Civ. 2010. 103, obs. FAGES B. Sur la question de la nullité encourue pour vileté du prix, la Cour de cassation a d'abord retenu la nullité absolue (Com. 23 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 226, pourvoi n° 06-13.979 ; D. 2008. 954, obs. DELPECH X., *ibid.* obs. CHANTEPIE G. ; AJDI 2008. 795, obs. COHET-CORDEY F.; RTD com. 2008. 408, obs. BOULOC B.), pour finalement retenir la nullité relative (v. Civ. 3^e, 24 oct. 2012, inédit, pourvoi n° 11-21.980, AJDI 2013. 137, et 540, obs. PORCHERON S. ; Com. 22 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-14.218, D. 2016. 704, et 1037, chron. TREARD S. ; RTD civ. 2016. 343, obs. BARBIER H. ; RTD com. 2016. 317, obs. BOULOC B.).

⁶⁹⁰ La résolution pour inexécution se démarque ainsi de l'exécution forcée et de la responsabilité contractuelle, tandis que la nullité relative associée aux vices du consentement laisse une liberté d'action à la victime ; cette dernière pouvant choisir de conserver le contrat ou non.

⁶⁹¹ SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif en droit privé*, th. préc., n° 559.

⁶⁹² Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 93-21.728, RTD Civ. 1996. 907, obs. MESTRE J.; Defrénois,

extinctive⁶⁹³ nécessite l'impossibilité de demander l'exécution, mais cela pose difficulté lorsqu'elle empêche la mise en œuvre d'une clause qui, nonobstant la résolution de l'acte, peut voir son intérêt continuer⁶⁹⁴. La persistance de certaines clauses est d'ailleurs justifiée à juste titre par leur fonction postcontractuelle. La Cour de cassation a ainsi estimé que « *la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* »⁶⁹⁵. Il en est de même, comme on l'a déjà souligné, pour les clauses de règlement des différends, en vertu de leur autonomie⁶⁹⁶. Se pose nécessairement la question de savoir si cette survie doit être le principe ou l'exception, concernant les clauses spécifiquement postcontractuelles. Les auteurs sont partagés⁶⁹⁷.

1996. 1025, obs. DELEBECQUE Ph. ; (critique) D. 1997 SC 97, obs. SERRA Y : « *une partie ne peut demander l'exécution d'aucune des stipulations d'un contrat mis à néant, s'agit-il de la clause de non-concurrence qui y était insérée* ». Rapp. anté., Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 365, pourvoi n° 87-11.473, RTD Civ. 1990 474, obs. MESTRE J. Adde HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, préf. MUIR-WATT H., n° 1378 et 1388 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *Réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 640 : « *le résultat était peu convaincant, puisque les clauses destinées à régler l'après-contrat devait être appréciée sans qu'ait été posé un critère clair* ».

⁶⁹³ Nous parlerons désormais indifféremment d'anéantissement-sanction/extinction-sanction ou de sanction-extinctive pour désigner les modes d'extinction dite rétroactive.

⁶⁹⁴ En ce sens, SERRA Y., obs. sous Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, préc., remarquant que les raisons ayant justifié l'insertion de la clause dans le contrat ne peuvent être effacées par la résolution. Adde ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, op. cit., p. 127 : « *d'ailleurs n'est-il pas nécessaire de contrebalancer la fictivité de l'anéantissement rétroactif d'un contrat résolu, laquelle est particulièrement visible en ce qui concerne ces clauses régissant l'après-contrat ? Si dans un contrat de distribution, par exemple, le contrat n'avait jamais existé, le distributeur n'aurait jamais été mis en contact avec la clientèle du producteur qui n'aurait pas à craindre qu'une concurrence de son ex-partenaire lui soit préjudiciable. Or, comme la rétroactivité ne parvient pas à effacer ce fait, n'est-il pas plus cohérent de faire survivre la clause de non-concurrence* ». Rapp. BLANC-JOUVAN G., th. Préc., p. 56 (soulignant l'enjeu stratégique du choix d'action par une partie, selon qu'elle souhaite conserver certains effets du contrat) ; LOISEAU D., « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 579. Cf. *infra* n° 591.

⁶⁹⁵ VIRASSIMY G., « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », JCP 1992, E, I. 137 ; DELEBECQUE Ph., « Les parties peuvent-elles renoncer aux conséquences de l'interdépendance reconnue entre deux contrats ? », D. 2000. 364 ; DEL SOL M., « Les conséquences de la résolution de la vente sur le contrat de crédit-bail », Rev. Jur. de l'Ouest, 1993, vol. 6, n° 1, pp. 1-28 ; COCHET F., « Incidences en matière de transactions immobilières », AJDI 2016. 324 ; Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044 ; D. 1991. 121, obs. LARROUMET Ch., RTD civ. 1991. 360, obs. MESTRE J., Defrénois, 1991, art. 35102, p. 1025, obs. CARBONNIER J. ; RTD com. 1991. 440, obs. BOULOC B. ; JCP 1991. II. 21642, obs. LEGEAIS D. Rapp. Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, D. 2013. 1658, obs. DELPECH X., *ibid.* obs. MAZEAUD D. et p. 2487, obs. LARRIEU J., LE STANC Ch. et TREFIGNY P. ; *ibid.* 2014. 630, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; RTD civ. 2013. 597, obs. BARBIER H. ; RTD com. 2013. 569, obs. LEGEAIS D. ; JCP 2013. 673, obs. BUY F. ; *ibid.* E 2013, n° 1403, note MAINGUY D. Adde Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-17.772, D. 2016. 566, obs. MEKKI M. ; AJCA 2015. 469 ; RTD civ. 2016. 111, obs. BARBIER H. ; RTD com. 2015. 723, obs. LEGEAIS D. ; Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-13.658, D. 2015. 1837, obs. AVENA-ROBARDET V. ; AJCA 2015. 469, obs. MAZEAUD D. ; JCP E 2015. 1548, note LE GAC-PECH S.

⁶⁹⁶ Cf. *infra* n° 376 et s. (autonomie de ces clauses postcontractuelles). Sur la clause pénale, cf. not. HUGON C., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP 1994. I. 3790 ; ALFANDARI E., « Le contrôle des clauses pénales par le juge », JCP 1971. I. 2395 ; BLAISE H., « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », Dr. soc. 1980. 365 ; BENET A., « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », JPC 1987. I. 3274 ; DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D., « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation et clauses pénales », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, Bruylant, LGDJ, p. 361 s. ; AUZERO G., « La distinction entre clause pénale et clause de garantie d'emploi », RDT 2008. 304 ; MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibl. dr. Privé., t. 223, préf. CHABAS F., 1992, n° 188.

⁶⁹⁷ Pour un exposé des arguments, cf. ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, op. cit., p. 127.

En faveur d'une survie de principe, c'est une théorie autonomiste de l'après-contrat qui est avancée⁶⁹⁸. Les clauses aménageant la période postcontractuelle sont ainsi vues comme une part du contrat poursuivant un objectif propre. Leur mission est de sauvegarder un intérêt postcontractuel, comme le montre le recours à l'obligation de non-concurrence. Or, cet intérêt ne disparaît pas nécessairement en même temps que le contrat, du fait que le rapprochement factuel des parties a pu faire naître des enjeux économiques sur lesquels il est utile de veiller.

Défavorable au principe de survie des clauses postcontractuelles en cas de disparition rétroactive de l'acte, une autre opinion préconise que les obligations aménageant l'après-contrat ne doivent être maintenues qu'à titre exceptionnel⁶⁹⁹. Elle est justifiée par l'interdépendance qui existe entre le support des obligations et celles-ci, c'est-à-dire entre l'*instrumentum* et le *negotium*.

135.- La survie de principe des clauses postcontractuelles. Pourtant, aussi bien la tendance jurisprudentielle que les réformes récentes du droit positif encouragent l'admission d'une autonomie renforcée des clauses de l'après-contrat⁷⁰⁰. En effet, le nouvel article 1230 du Code civil, créé par l'ordonnance du 10 février 2016, pose le principe d'autonomie des clauses relatives au règlement des différends en cas de résolution du contrat. Mais de telles clauses ne sont présentées que comme une référence à une catégorie plus vaste de stipulations, lesquelles sont précisément définies à partir de leur capacité de résistance à la résolution : « *la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* »⁷⁰¹. De même, visant les mécanismes extinctifs plus largement, l'article 1147 du Code de procédure civile dispose que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ».

Par un regard croisé de ces deux textes, et dans une lecture téléologique de leur sens, il est ainsi possible de voir que les clauses poursuivant un but qui se situe en dehors du contrat lui-même doivent survivre à l'extinction ; elles sont « destinées »⁷⁰², c'est-à-dire spécifiquement programmées, à déployer leurs effets indifféremment de « l'inefficacité » de l'acte. Cette caractéristique est liée à leur objet. Mieux encore, elles peuvent puiser leur propre efficacité de l'extinction puisque « *présentant un intérêt*

⁶⁹⁸ CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. Paris I, 2001, n° 247 et s., n° 280 et s. ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc. 2007, n° 769 et 774. Rapp. *infra* n° 379 et s..

⁶⁹⁹ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 51 et s.

⁷⁰⁰ Sur cette autonomie, cf. *infra* n° 376 et s.

⁷⁰¹ Comp. VIRASSIMY G., « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », art. préc.

⁷⁰² Cf. *supra* n° 85 et s., 97 et s., et *infra* n° 356 et s. (destination du contrat et de l'extinction + fonction des clauses postcontractuelles).

pour la mise en œuvre autant que pour les suites de la rupture »⁷⁰³. En effet, sans cette aptitude particulière, les stipulations perdraient leur sens, de sorte que l'effet extinctif doit entrer dans le domaine des clauses concernées, et donc, même implicitement, comme une hypothèse envisagée dans le champ de prévision des parties. À ce titre, il devient impossible de les faire disparaître sur le fondement d'une inefficacité de l'acte, sans ruiner les prévisions des parties qui ont pris soin de préparer la gestion de l'après-contrat et des différends⁷⁰⁴. Ainsi, en tant que clauses de gestion métacontractuelle⁷⁰⁵, ni la résolution, ni la nullité (ni même la caducité ou tout autre mécanisme cause d'inefficacité) ne peuvent les atteindre, sauf vice affectant à titre individuel la clause⁷⁰⁶. **C'est pourquoi les stipulations postcontractuelles doivent obéir à un principe de survie, peu importe le mode d'extinction de la convention, parce qu'elles se démarquent justement des autres clauses, de par leur vocation identitaire à l'effectivité une fois l'acte éteint.**

Enfin, la nullité et la résolution, pas plus que les autres mécanismes susceptibles de remettre en cause le contrat rétroactivement, ne permettent d'exclure le développement de l'après-contrat. Parce qu'elles s'apparentent à « *un droit de critique* »⁷⁰⁷, il est même possible que l'après-contrat soit déjà ouvert au moment où la remise en cause du contrat apparaît.

B- L'APRÈS-CONTRAT, POINT DE DÉPART DE L'ANÉANTISSEMENT RÉTROACTIF

136.- L'après-contrat, point de départ de l'action en contestation. La disparition rétroactive peut effectivement intervenir en période postcontractuelle. En pareil cas, la période postcontractuelle s'avérera même révélatrice des causes de la disparition, montrant ainsi que « *la postérité, mieux armée, rectifie* »⁷⁰⁸. Illustrent cette situation les cas dans lesquels la raison fondant la prétention n'apparaît ou n'est découverte que postcontractuellement. Pareille situation lance un défi à la sécurité juridique, du

⁷⁰³ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 670, p. 582.

⁷⁰⁴ La discussion est néanmoins ouverte lorsque la résolution vient sanctionner l'inexécution du bénéficiaire de la clause. Faut-il alors conserver une clause stipulée dans l'intérêt du contractant fautif ? Peut-être est-ce là la limite au principe, dans le sens où il peut sembler injuste d'imposer une restriction de la liberté postcontractuelle au contractant qui a été victime de l'inexécution. Ce serait permettre à la partie fautive de préserver un avantage dans la résolution, laquelle vient pourtant sanctionner le comportement de cette dernière. Ainsi, il est possible de relever que le juge peut tempérer le principe de survie de l'obligations lorsque celle-ci a été stipulée dans l'intérêt exclusif de la partie fautive. V. en ce sens, FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 664 et s. et MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n° 1833.

⁷⁰⁵ Il faut comprendre cet adjectif comme désignant tout ce qui touche au contrat, aussi bien ce qui y est inclus que ce qui le prend pour objet. Ce qui est « métacontractuel » concerne donc aussi bien ce qui se trouve à l'intérieur de la loi des parties que ce qui gravite autour du contrat. Rapp. *infra* n° 231, 382, 654, 668.

⁷⁰⁶ Cf. *infra* n° 387 et s.

⁷⁰⁷ Montrant que la nullité n'est pas un état de l'acte, mais un droit de critique dont la portée est concentrée sur les effets du contrat, JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 285.

⁷⁰⁸ ROUBAUD J., *Mathématique : récit*, Les Éditions du Seuil, 1997, p. 207.

fait qu'une action visant l'effacement rétroactif d'un contrat « *peut être exercée après un très long intervalle de temps, depuis sa formation (...) Comment n'être pas effrayé de ces règlements rétrospectifs ?* »⁷⁰⁹. Les exemples de contestations prenant naissance dans l'après-contrat sont pourtant classiques. La découverte postérieure d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose permet d'en faire la démonstration, et le second arrêt *Poussin* intègre explicitement cette idée de *posteriorité* dans son dispositif, en affirmant « *le droit de se servir d'éléments d'appréciation postérieurs à la vente pour prouver l'existence d'une erreur* »⁷¹⁰ au moment de celle-ci. En outre, la jurisprudence a pu estimer que « *la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a pas été exécuté, ou ne l'a été que partiellement, peut demander la résolution judiciaire du contrat avec dommages-intérêts, sans qu'il importe que celui-ci soit arrivé à son terme au jour où il est statué sur la demande* »⁷¹¹, donnant lieu en l'espèce à l'expression doctrinale de « *post-manquement contractuel* »⁷¹². Dans ce cas, il ne s'agit pas tant de provoquer l'ouverture de la période postcontractuelle que de modifier rétrospectivement l'après-contrat déjà en cours. Le droit agira sur la révision du passé contractuel en modifiant directement la destination du *statu postquam*. Le temps postcontractuel apparaît sujet à reconstruction. Un autre exemple remarquable se situe à l'article 1657 du Code civil qui prévoit qu' « *en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du*

⁷⁰⁹ DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale*, t. 2, Auguste Durand et L. Hachette, 1869, p. 512. Toutefois, le nouvel art. 1183 du C. civ. prévoit que la partie qui ne peut agir en nullité peut demander par écrit à celle susceptible d'engager une action en nullité relative, lorsque la cause de nullité a cessé, soit de confirmer le contrat nul, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion. Cette nouvelle disposition, en faveur de plus de sécurité juridique, donne aux contractants concernés le pouvoir de former une action interrogatoire, laquelle permet de mieux anticiper les risques d'une extinction du contrat. Notons que déjà en 1909, René Japiot se demandait « *dans quelles conditions il serait possible de donner à la partie adverse le moyen de fixer la situation, soit en lui permettant d'invoquer la nullité même fondée sur une idée de protection particulière à l'égard de son cocontractant (...), soit en l'autorisant à mettre l'ayant droit dans l'obligation de se prononcer immédiatement* » (JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Paris, 1909, p. 490, *adde* p. 564 et s. Sur les délais d'action en nullité servant à restreindre cette précarité, v. HOUTCIEFF D., *Droit des obligations*, Larcier, Paradigme, 2015, spec. n° 548 et s., *adde* n° 360. Comp. Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, Bull. I, n° 142, p. 102, pourvoi n° 88-16.896 (Il y a usucapion trentenaire lorsque l'acheteur d'un terrain se trouve en possession de celui-ci depuis la vente et que l'assignation par un des propriétaires n'a lieu que plus de trente ans après) et Civ. 3^e, 19 déc. 1990, Bull. III, n° 270, p. 153, pourvoi n° 89-13.986 (le bénéficiaire d'un bail passé pour 10 années avec faculté d'acquérir le terrain pendant la durée de la location et qui est resté dans les lieux à l'expiration du bail sans qu'aucun loyer ne lui ait été réclamé ni aucun congé délivré ne peut être déclaré propriétaire par prescription trentenaire puisqu'il a commencé à prescrire pour autrui en qualité de locataire), D. 1991. Somm. 305, obs. ROBERT A. ; MESTRE J., « De la prétendue imprescriptibilité de l'action en nullité absolue », RTD civ. 1987. 746 ; HANNOUN Ch., « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », Rev. Sociétés, Dalloz 1991. 45.

⁷¹⁰ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1983, Bull. civ. 1^{ère} n° 293, pourvoi n° 82-12237.

⁷¹¹ Com. 19 sept. 2006, inédit, pourvoi n° 03-19132. *Adde* Com. 3 mai 2012, Bull. IV, n° 86, pourvoi n° 11-17-779, RTD civ. 2012, p. 527 : où la résolution peut encore être prononcée par voie judiciaire, postérieurement à l'exercice par une partie de sa faculté de rupture unilatérale à ses risques et périls. Comp. Civ. 3^{ème}, 19 mai 2010, Bull. III, n° 98, pourvoi n° 09-13.296, RTD civ. 2010, p. 554, obs. FAGES B. : où le preneur « *avait donné congé pour le 1er novembre 2004 et délaissé les lieux à la fin du mois d'octobre 2004 et retenu que [le bailleur] avait accepté ce congé, la cour d'appel, qui a constaté que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée la demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en a exactement déduit que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un congé accepté* ».

⁷¹² MESTRE J. et FAGES B., *in* RTD civ. 2007. 117.

vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement ». L'effet du terme est ici créateur d'un réflexe résolutoire. L'objectif de la disposition légale répond à un besoin très concret de soulager la partie en proie aux défaillances de son cocontractant. Le risque de perdre la chose et le prix semble fonder cet impératif. L'article 1657 du Code civil donne les moyens juridiques d'appliquer une telle recommandation. L'idée est bien de libérer le contractant en éteignant l'obligation qui menace directement des intérêts de l'ordre juridique ou des parties, de protéger l'autorité du droit ou le besoin de justice.

137.- Fonction rectificative de l'anéantissement-sanction. Le droit se fait effectivement le médiateur entre l'ordre contractuel créé, tel qu'il s'est spontanément et librement organisé, et sa seconde version, c'est-à-dire tel qu'il devrait être, par sa reconstruction *a posteriori*⁷¹³. Le jeu de déconstruction et de reconstruction des événements découle essentiellement de cette fonction rectificative⁷¹⁴. L'action rédhibitoire postérieure à la vente le prouve encore : elle cherche à démanteler les effets de la vente et, à partir de ce démantèlement, transformer la situation postcontractuelle par l'effet des restitutions⁷¹⁵. De même, l'action en nullité de la vente, fondée sur d'autres causes que celles de l'action rédhibitoire, pourra avoir un effet comparable à celui de la résolution. Il n'est donc pas étonnant que nullité et résolution se trouvent associées quand l'effet rétroactif est évoqué. En l'occurrence, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (2005), dans sa partie relative aux restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif du contrat, exprimait le lien « *rationnel* » existant entre les deux régimes, préconisant de traiter l'étendue de l'effet rétroactif au sein des sections relatives à la nullité et à la résolution⁷¹⁶. Le mécanisme résolutoire a subi en effet l'influence de deux sanctions : la nullité et la condition résolutoire⁷¹⁷. Toutefois, l'association de ces deux institutions peut susciter certains doutes⁷¹⁸, qui n'ont pas été levés par la nouvelle rédaction du Code civil⁷¹⁹. Ces doutes sont fondés sur le fait que

⁷¹³ V. not. *infra* n° 167.

⁷¹⁴ Cf. not. SAFI F., « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », D. 2016. 1179, obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-22.692.

⁷¹⁵ BLANC N., « Les restitutions », Gaz. Pal. 4 juin 2015, p. 14 s. ; KLEIN J., « Les restitutions », JCP 2015, suppl. au n° 21, p. 74 s. Cf. *infra* n° 148 et s., 434, 155 et s., 615.

⁷¹⁶ SERINET Y.-M., *in Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport du Garde des Sceaux, 22 sept. 2005, p. 44.

⁷¹⁷ Celle-ci est légalement prévu comme ayant un effet rétroactif. Le nouvel art. 1304-7 du C. civ. dispose que L'accomplissement de la **condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation**, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

⁷¹⁸ Rappr. CHABAS C., Rép. dr. civ. Dalloz, « Résolution - Résiliation », oct. 2010 (actu. juin 2016), n° 3 : « *une identité d'effet n'emporte pas une identité des instruments. La résolution et son anéantissement rétroactif n'ont rien en commun avec la nullité qui produit pourtant le même effet* ».

⁷¹⁹ Il s'agit en effet de deux logiques différentes du fait que l'annulation consiste en une réponse du droit visant le rétablissement de la légalité dans l'ordre juridique, alors que la résolution sert les seuls intérêts du créancier victime de l'inexécution. La rétroactivité participe à ces deux mouvements du droit qui dirige et du droit qui protège. Comment justifier pour autant l'emploi de l'effet rétroactif dans les deux cas ? En effet, « *Autant dire que, si la rétroactivité de la nullité peut être considérée comme postulée par l'institution, c'est exactement l'inverse pour la résolution : dans le premier cas, la*

l'action résolutoire liée au contrat à exécution instantanée ne s'est pas affranchie de la fiction de la rétroactivité, si bien qu'observer la place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif pousse nécessairement à s'interroger sur la place de l'effet rétroactif dans les modes d'extinction de la convention.

§2) La place de l'effet rétroactif dans les mécanismes extinctifs

138.- **La pérennité subie de l'effet rétroactif.** Alors que le Rapport relatif à l'ordonnance réformatrice indique très explicitement que l'ampleur de l'effet résolutoire ne repose plus sur la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrat à exécution successive, le résultat de la réforme ne semble certainement pas aller jusqu'au bout de cette démarche puisque la rétroactivité persiste au travers de la résolution du contrat à exécution instantanée (**A. La persistance de la rétroactivité dans la résolution du contrat à exécution instantanée**), mais aussi, de façon plus nébuleuse, dans d'autres parties du Code civil (**B. La nébuleuse de l'effet rétroactif dans le Code civil**), laissant penser que l'« abandon de la fiction de la rétroactivité »⁷²⁰ n'est finalement qu'un effet d'annonce (**C. L'abandon de la rétroactivité de la résolution : un effet d'annonce**).

A- LA PERSISTANCE DE LA RÉTROACTIVITÉ DANS LA RÉOLUTION DU CONTRAT À ÉXECUTION INSTANTANÉE

139.- **Un attachement constant à la rétroactivité.** Si dans sa présentation de la résolution le rapport relatif à l'ordonnance de 2016 laisse croire à un abandon de la distinction entre contrats à exécution instantanée et exécution successive⁷²¹, l'avant-Projet de réforme (2005) expliquait que la rétroactivité de la résolution est applicable aux contrats instantanés⁷²². Son article 1160-1, alinéas 1^{er} et 2^e, énonçait néanmoins que « *la résolution du contrat libère les parties de leurs obligations. Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, la résolution vaut résiliation ; l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation en résolution ou de la notification de la résolution unilatérale* ». Le choix terminologique du premier alinéa met bien en évidence l'effet principalement

rétroactivité est le principe ; dans le second, elle ne peut être que l'exception », in MALINVAUD Ph., « L'anéantissement rétroactif du contrat », *Observations conclusives*, RDC 1^{er} janv. 2008, p. 101. Cf. *supra* n° 127, 133 et s.

⁷²⁰ Rapport fait au Président de la République, préc.

⁷²¹ Rapport, préc. : « *la distinction contrat instantané/contrat à exécution successive ne paraissant pas toujours adaptée pour déterminer dans quelle mesure les restitutions doivent avoir lieu* ».

⁷²² Cf. *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, préc., p. 44.

extinctif de la résolution, s'appuyant sur l'idée d'une fonction *libératoire*⁷²³. Toutefois, ce terme n'inclut pas l'idée de rétroactivité, laquelle est clairement écartée dans la suite de la disposition (« *prend fin pour l'avenir* »). Ainsi « *le passé restera sous l'empire du contrat* »⁷²⁴. Apparaît une opposition avec l'alinéa 4 qui crée le contraste entre les contrats instantanés et les contrats dont l'exécution s'étire dans le temps : « *Dans les contrats à exécution instantanée, elle est rétroactive ; chaque partie restituée à l'autre ce qu'elle en a reçu* »⁷²⁵.

140.- L'influence de la technique des restitutions. L'attachement classique à la rétroactivité est en effet dû au fait que la résolution provoque des restitutions⁷²⁶. Or, les restitutions ne sont désormais légalement prévues que lorsque les prestations échangées ne trouvaient leur utilité que dans l'exécution complète du contrat⁷²⁷. De plus, elles s'émancipent de l'effet résolutoire en trouvant leur justification dans la loi : elles sont un effet légal⁷²⁸ ; ce qui rapproche le droit français de ses voisins anglais, allemands⁷²⁹, suisse⁷³⁰, ou même russe (qui ne distingue pas formellement « résiliation » et « résolution »)⁷³¹. La distinction entre contrat instantané et contrat à exécution successive n'est donc

⁷²³ Cf. not. *infra* n° 53, 104, 132 et s.

⁷²⁴ GHELPUCCI-THIBIERGE C., th. préc., p. 420.

⁷²⁵ Rappr. ROCHFELD J., in *Avant-projet (2005)*, p. 42 : « *il est proposé d'établir textuellement les effets de la résolution en prévoyant un principe de résolution pour l'avenir, sauf l'hypothèse de rétroactivité relative aux contrats à exécution instantanée (article 1160-1 et règles relatives aux restitutions, Section 6)* ».

⁷²⁶ Rappr. *infra* n° 148 et s., 434, 155 et s., 615.

⁷²⁷ Cf. Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 252, pourvoi n° 82-14.003, RTD Civ. 1985. 166, obs. MESTRE J.; et Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1987, Bull. I, n° 11, p. 8, pourvoi n° 85-12.676, JCP 1987 II, 20860, obs. GOUBEAUX G. ; CCC 1991, n° 77, LEVENEUR L. *Adde* Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 244, p. 171, pourvoi n° 93-15.485. Sur les contrats échelonnés, la doctrine a développé l'idée que la résolution touche soit le contrat dans son intégralité, soit, si le contrat est vu par les parties comme fractionné par une série de contrats, à la fraction inexécutée (PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. 4, Paris, 1965, n° 45).

civ. I, n° 252, RTD Civ., 1985. 166, obs. MESTRE J.; Civ. 13 janv. 1987, II, p. 20860, obs. GOUBEAUX G.). C'est le critère de la divisibilité de l'opération qui sert ici à déterminer si le contrat échelonné constitue un tout non découpable, ou s'il peut être fractionné (Civ. 3^e, 20 nov. 1991, Bull. civ. III, n° 285, pourvoi n° 89-16.552).

⁷²⁸ V. déjà SEVELY-FOURNIE C., *L'acte juridique extinctif en droit privé*, Contribution à l'étude de l'acte juridique, th. préc., p. 592 : « *Les restitution semblent en réalité constituer un effet légal indirect de l'acte extinctif* ».

⁷²⁹ L' « *obligation de restitution est une conséquence que la loi attache à l'inexécution du contrat. Elle n'est pas la conséquence d'un anéantissement du contrat mais, au contraire, une sanction fondée sur sa force obligatoire* », in WINTGEN R., « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », RDC, 1^{er} janv. 2008, I, p. 73. Cf. *infra* n° 159.

⁷³⁰ Cf. not. L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947. L'auteur aborde (p. 160-161) la théorie de la fiction pour expliquer la formation antérieure des effets de la rétroactivité. Pour cela il se réfère à la théorie de la fiction telle qu'entendue par VON TUHR (*Allg. Teil., II, p.22, spécialement n. 96*), qui observe, d'une part, que les Hommes, capables d'agir sur le présent et sur le futur, sont dans l'impossibilité d'agir sur le passé, selon l'adage « *Facta infecta fieri non possunt* ». Cet adage a été rejeté par une partie de la doctrine, notamment Enneccerus (*Lehrb., I, §75, p.182, n°6*), invoquant à l'appui de cette idée la « *Doctrina condicionum* » de Leibnitz, Chapitre X, ainsi que son propre ouvrage, *Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin*) qui objecte que les droits ne sont pas des faits, mais des « *concepts de l'esprit* ». D'autre part, la fiction permet de trouver facilement les règles applicables à une situation juridique. « *Tout se passe comme si [le législateur] faisait un voyage en arrière dans le temps* ». À ce titre, l'auteur rappelle que la fiction doit être analysée comme un pur procédé de technique juridique, puisque la réalité demeure. L'auteur utilise ainsi la combinaison de la théorie des droits formateurs et de la fiction juridique pour expliquer le mécanisme des vices cachés. Partant, nous relevons qu'il est possible de parler d'après-contrat même en cas de disparition rétroactive des effets du contrat. Ce choix se justifie par l'idée que les faits, pour leur part, n'ont pas été effacés, seulement les effets juridiques de l'acte.

⁷³¹ Cf. art. 453, 3), du Code civil russe qui prévoit qu'en cas de modification ou de résolution du contrat, les obligations sont

plus, en apparence du moins, au cœur de leur traitement : c'est l'utilité des échanges passés qui sert de critère aux restitutions⁷³². La résolution n'atteignant pas rétroactivement les prestations échangées quand celles-ci ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution, s'apparente dorénavant à une « résiliation »⁷³³. Lorsque les prestations auront trouvé une utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, la résolution n'aura donc pas d'effet rétroactif⁷³⁴.

Il est alors possible de se demander finalement comment la résolution doit être comprise lorsqu'elle atteint un contrat à exécution instantanée⁷³⁵. Sont par ailleurs concernés par cette préoccupation d'autres mécanismes tels que la rescision pour lésion ou incapacité, ou l'action rédhibitoire qui profite à la victime d'un vice caché. Il peut sembler de prime abord difficile de détacher l'effet résolutoire de la rétroactivité. La difficulté tiendrait au fait que le but poursuivi par les parties vise la disparition de la norme contractuelle de manière à obtenir, à l'instar de la nullité, son retrait de l'ordre juridique dans lequel elle s'était jusqu'alors inscrit. Or, des limites existent à ce retrait⁷³⁶, et doivent permettre de comprendre l'effet résolutoire comme une remise en cause du contrat passé, sans pour autant invoquer la notion de rétroactivité⁷³⁷.

D'ailleurs, le Code civil révèle parfois des approximations terminologiques qui forment un foyer d'hésitations. Tel est le cas de l'article 1638 qui laisse persister un doute sur la sanction qu'il préconise lorsque l'acquéreur découvre des servitudes non apparentes qui, s'il en avait eu connaissance, l'aurait

modifiées ou éteintes au moment de l'accord des parties sur la modification ou la résolution du contrat, à moins qu'il n'en résulte autrement d'après l'accord ou la nature de la modification du contrat. Lors de la modification ou de la résolution judiciaire du contrat, les obligations sont modifiées ou éteintes au moment où la décision judiciaire sur la modification ou la résolution du contrat a acquis l'autorité de la chose jugée. Le même article dispose ensuite, dans son point 4), que les parties sont en droit de demander la restitution de ce qu'elles ont réalisé en tant qu'obligations, jusqu'au moment de la modification ou de la résolution du contrat, sauf si la loi ou l'accord des parties prévoient autrement.

⁷³² Rappr. Civ. 3^e, 29 janv. 2003, inédit, pourvoi n° 01-03.185, RJDA 2003, n° 373 ; Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 01-01.673 ; Civ. 3^e, 30 avr. 2003, Bull. civ. 2003, III, n° 87, pourvoi n° 01-14.890, Rev. Lamy dr. aff. 2003, n° 61, p. 48 ; Civ. 3^e, 30 avr. 2003, Bull. Civ. III, n° 87, pourvoi n° 01-14.890, JCP 2004, II, 10031, note JAMIN Ch. ; JCP 2003, I, 170, n° 15 et s., obs. CONSTANTIN A. ; RTD Civ. 2003. 501, obs. MESTRE J. et FAGES B ; RDC 2004. 365, obs. SEUBE J.-B. *Adde* CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 580.

⁷³³ GENICON Th., « « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », JCP 2015, suppl. n° 21, p. 47 ; CHANTEPIE G., « La gestion contractuelle de la rupture », AJCA 2016. 130 ; MEKKI M., « L'inexécution dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », Journ. Soc. avr. 2014, p. 42, et « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal. 29 avr. 2015, p. 37.

⁷³⁴ V. (nouvel) art. 1304-7, al. 2 : La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Toutefois, il est possible que la date de prise d'effet de la résolution soit celle de la formation du contrat, lorsque le contrat n'a jamais connu d'exécution depuis sa conclusion : Civ. 3^e, 30 avr. 2003, préc., Defrénois 2003, p. 1175, obs. SAVAUX E. ; LPA 2003, n° 244, p. 6, obs. PIGNARRE G. *Adde* Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, Bull. civ. II, n° 144, pourvoi n° 07-15338, Defrénois 2008, p. 2499, note LIBCHABER R. ; RDC 2009, p. 168, obs. SEUBE J.-B. et p. 70, GENICON Th. Comp. Civ. 3^e, 19 mai 2010, pourvoi n° 09-13.296, préc.

⁷³⁵ La résolution du contrat de vente est naturellement présentée comme rétroactive. Elle est traitée dans le Code civil distinctement de la résolution pour inexécution, dans le Titre relatif à la « vente », au sein d'un chapitre consacré à « la nullité et la résolution de la vente ».

⁷³⁶ Cf. *infra* n° 169 et s., 183.

⁷³⁷ Cf. *infra* Section (*in ce* chapitre).

dissuadé de contracter. Le texte offre une option entre une « *résiliation* » de la vente, et une compensation financière. L'esprit de cette règle se rapprochant fortement de la théorie des vices du consentement⁷³⁸, il paraît naturel d'envisager en ce cas un anéantissement du contrat donnant lieu à restitutions. Le terme *résiliation* est alors étonnant en l'occurrence, de surcroît au sujet d'un contrat instantané, et entretient une nébuleuse formée par l'effet rétroactif dans le Code civil.

B- LA NÉBULEUSE DE L'EFFET RÉTROACTIF DANS LE CODE CIVIL

141.- À la recherche du principe de rétroactivité. Les articles (nouveaux) 1178, alinéa 2, et 1304-7 du Code civil proposent *in textu* le principe de l'effet rétroactif. L'article 1178 prévoit que l'effet principal de la nullité est de faire comme si le contrat n'avait jamais existé⁷³⁹, tandis que l'article 1304-7 dispose que la condition résolutoire anéantit rétroactivement l'obligation. Avant la réforme, il était habituel d'assimiler l'effet rétroactif de la résolution à celui de la condition résolutoire, en présumant que la résolution était elle-même l'exercice d'une condition résolutoire contenue implicitement dans tout contrat⁷⁴⁰; vision rappelée et critiquée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (2005)⁷⁴¹. Les anciens articles 1183 et 1184 portaient effectivement le germe du principe de la rétroactivité. Toutefois, l'expression n'y figuraient pas expressément, seul était visé l'effet recherché, à savoir remettre *les choses au même état que si l'obligation n'avait jamais existé* (formule expressément reprise par le nouvel article 1178). Or, de plus, le terme de *résolution* paraît directement lié à la définition de la condition *résolutoire*.

142.- La présence diffuse de la rétroactivité. Certes, l'effet extinctif est commun aux deux notions, mais faut-il accepter de définir identiquement les notions à partir d'un effet qui serait partagé ? Une certaine prudence, voire une certaine méfiance, doit être maintenue à l'égard de leur lien. Cette prudence tient au fait que la condition résolutoire justifie fonctionnellement la mécanique de l'action résolutoire, alors que la similitude entre les deux notions peut être estompée par des divergences fondamentales. En effet, la doctrine a vu dans la condition résolutoire une base technique et théorique du droit pour le créancier de demander la résolution pour inexécution⁷⁴². Pourtant, il faut remarquer

⁷³⁸ Il s'agit en effet de la découverte *a posteriori* d'un élément déterminant du consentement. En ce sens, l'action ressemble à celle fondée sur la réticence dolosive.

⁷³⁹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 391.

⁷⁴⁰ A l'appui, l'ancien art. 1184 du C. civ. qui prévoyait que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point son engagement.

⁷⁴¹ V. *Avant-Projet*, préc., p. 40-41, par ROCHFELD J. : « *la résolution est justifiée par le mécanisme de la condition résolutoire. - la résolution s'inscrit comme implicite dans tous les contrats synallagmatiques* » et « *l'article 1184 assoit la résolution sur un mécanisme discutable, la condition résolutoire* ».

⁷⁴² Cf. LEVY J.-Ph. Et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010, n^o 503 et 469 ; CHABAS C., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V^o « Résolution - Résiliation », 2010 (actu. juin 2016), n^o 7 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Les obligations*, t. 2, 3^e éd., Larose, n^o 900 ; (critique) FLOUR J.,

que les deux institutions occupent des places différentes en droit des obligations. Effectivement, la définition de la condition résolutoire en fait une modalité de l'obligation, alors que la résolution consiste par nature en un mode d'extinction de la convention. En ce sens, la condition résolutoire est acquise de plein droit, alors que la résolution doit être provoquée⁷⁴³. De plus, la résolution est fondée sur l'inexécution, alors que la modalité de l'obligation peut désigner tout autre événement. C'est ainsi que par l'usage de la modalité, les parties font de la réalisation d'un événement la condition essentielle d'efficacité de leur accord. Les consentements sont échangés avec une réserve convenue par les contractants, si bien que l'effet rétroactif de la condition se rapproche considérablement de la logique de la caducité⁷⁴⁴. Ce rapprochement tient au fait que l'événement devient une condition d'effectivité ou d'ineffectivité de l'engagement. Or, si la réforme a entendu gommer la rétroactivité du paysage de la résolution, elle l'a cependant explicitement maintenu au sujet de la condition. Il faut ainsi en déduire une désolidarisation des deux mécanismes, cantonnant la condition à une modalité de la seule *obligation*, tandis que la résolution met fin au *contrat*⁷⁴⁵. En conséquence, persiste un *effet résolutoire* intimement lié à la rétroactivité, certes circonscrit à une fonction de modalité, mais par la porte duquel la rétroactivité peut affecter l'acte !

143.- La présence diffuse de l'effet rétroactif (suite). Pour sa part, l'article 1178 (nouveau) du Code civil prévoit de façon univoque le principe selon lequel le contrat nul est rétroactivement éteint, reprenant le droit antérieur, en référence à l'adage communément admis selon lequel *quod nullum est nullum producit effectum*. Cependant, sur la trace de l'effet rétroactif, il est encore possible de scruter d'autres prévisions légales, mais rechercher ces prévisions n'est pas chose facile, dans la mesure où la rétroactivité n'est pas exposée en tant que telle dans le Code, d'autant que le renvoi des commentateurs aux mécanismes d'extinction concernés par la rétroactivité n'est pas toujours univoque⁷⁴⁶. Nullité et résolution sont expressément associées, dans une division du Code civil traitant de la nullité et de la résolution de la vente⁷⁴⁷. L'article 1658 y prévoit qu'« *indépendamment des causes de nullité ou de*

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, 6^e éd., 2009, par SAVAUX E., Sirey, n° 247.

⁷⁴³ Cf. *infra* n° 558 et s.

⁷⁴⁴ CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques, Etude de droit civil*, LGDJ, 2006.

⁷⁴⁵ Rappr. *supra* n° 53, 119 (sur la différence entre le terme entendu comme modalité de l'*obligation* et le terme extinctif du *contrat*).

⁷⁴⁶ Cf. obs. n° 35 sous article 1134 du Code civil, Dalloz, affirmant le principe selon lequel les effets de l'accord révocatoire sont identiques à l'accomplissement d'une condition résolutoire, de telle sorte que les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé ; ou obs. n° 22 sous article 1184 du Code civil, Dalloz, la résiliation du contrat a pour effet, comme la résolution, d'anéantir le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique (Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *Bull. civ.* I, n° 244, pourvoi n° 93-15.485, JCP 1996. I. 3914, n° 5, obs. JAMIN ; RTD civ. 1996. 906, obs. MESTRE).

⁷⁴⁷ Livre III - Titre VI - Chapitre VI.

résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix ». Outre le fait d'exprimer deux causes de résolution propres à la vente, ce texte est pour le moins déroutant quant à la manière dont il présente nullité et résolution. Il ajoute aux causes de nullité et de résolution comme si les deux mécanismes étaient synonymes. L'article 1658 mélange ainsi indifféremment le régime de l'article 1178 et celui de la résolution. Pourtant les dispositions sont respectivement réparties, pour l'article 1178, dans un chapitre relatif à « la formation du contrat », alors que la résolution de la vente est traitée dans un chapitre relatif aux « obligations du vendeur » (et que, quant à elle, la résolution pour inexécution se trouve dans un autre relatif aux « effets du contrat »).

Il est en l'occurrence regrettable d'observer comment l'effet rétroactif absorbe, par voie de répercussions, les notions qui sont censées en organiser la mise en œuvre. Il est peu acceptable de définir les instruments énoncés à partir d'une conception abstraite de leurs conséquences sur le contrat. La dispersion des dispositions concernées participe probablement au flou qui entoure la rétroactivité, notamment quand il s'agit de sa justification. Cette présence persistante de l'effet rétroactif pousse à se demander si l'abandon de la notion affirmé à l'occasion de la réforme du droit des obligations, n'est pas finalement qu'un effet d'annonce.

C- L'ABANDON DE LA RÉTROACTIVITÉ DE LA RÉSOLUTION : UN EFFET D'ANNONCE

144.- Une réforme en demi-teinte. Comprendre la politique du législateur sur le traitement des mécanismes extinctifs, de façon générale, est assurément difficile. En témoigne l'éclatement des modes et causes d'extinction dans le Code civil⁷⁴⁸. Mais lorsqu'il est question des modes d'anéantissement rétroactif de la convention, le chemin s'obscurcit davantage. En effet, d'une part, il est possible d'observer une **volonté déclarée** de faire reculer la notion de rétroactivité dans la résolution, rapprochant cette dernière d'un mode d'extinction pour l'avenir ; alors que, d'autre part, l'effet résolutoire est rayé de la liste légale des causes d'extinction des obligations, à l'instar de la nullité et de la rescision. C'est pourquoi la **volonté** du législateur semble **mal assumée** : l'effet rétroactif de la condition résolutoire persiste, alors même que celle-ci fondait l'exercice de la résolution-sanction. Mieux encore, la résolution du contrat à exécution instantanée est tant et si bien accrochée à son effet rétroactif qu'elle est explicitement associée à la nullité dans certains textes légaux. Le repli de la rétroactivité n'a donc rien d'efficient et se limite à une codification du droit constant de la jurisprudence

⁷⁴⁸ Cf. *supra* n° 51 et s.

relative à l'anéantissement des contrats à exécution successive, sans action affirmée sur le traitement cohérent et transversal de la place de la rétroactivité dans le droit de l'extinction.

On doit donc déplorer que la rétroactivité ne soit pas purement chassée du domaine de l'anéantissement-sanction. Le droit positif se montre encore frileux, et doit trouver les moyens de vaincre les superstitions auxquelles il voue encore un culte, en l'occurrence, celui de la rétroactivité. La réforme du droit des obligations se présentait comme l'opportunité d'assainir l'institution devenue « *une sorte de "nid de coucou", contrainte d'accueillir en son sein un hôte aussi indésirable qu'encombrant* »⁷⁴⁹, faisant de la rétroactivité un facteur de désordre dans le temps de l'extinction.

⁷⁴⁹ GENICON Th., th. préc., p. 503.

SECTION 2

LA RÉTROACTIVITÉ, FACTEUR DE DÉSORDRE DANS LE TEMPS DE L'EXTINCTION

145.- **Le recours piégeux à la rétroactivité.** Alors que le droit a cru pouvoir faire de la notion de rétroactivité un outil d'emprise sur le temps⁷⁵⁰, il semble que l'instrument se révèle piégeux, facteur de confusion, notamment quand il s'agit d'identifier et distinguer les institutions concernées. En effet, la rétroactivité est attachée à certains mécanismes de façon diffuse et mal cernée. Les difficultés se lisent dans la gestion juridique de l'effet rétroactif mais aussi dans la compréhension du temps de l'extinction. En témoignent la littérature doctrinale qui s'inquiète de l'insécurité juridique induite par la notion, ainsi que le contentieux de l'extinction marqué par une certaine complexité⁷⁵¹. La fictivité de la rétroactivité est en effet perturbante, générant un décalage entre la situation concrète et son interprétation abstraite. Il n'y a donc nulle précaution à prendre quand on affirme que le désordre qui règne dans l'anéantissement du contrat trouve ses origines dans la rétroactivité (**§1. Le concept de rétroactivité : aux origines du désordre**). Nécessairement, ce sont les conséquences de l'extinction qui pâtissent d'une forme de virtualité, foyer du décalage entre la théorie et le réalisme contractuel. L'impossibilité de renverser le cours du temps donne aux effets de l'anéantissement un aspect surréaliste qui trouble la compréhension de l'état de fait institué par la relation *inter partes*. En ce sens, l'orientation de l'après-contrat vers ce qui est décrit comme « un retour au statu quo ante » incarne les suites du désordre, du fait qu'une telle opération est impossible (**§2. L'orientation de l'après-contrat : les suites du désordre**).

§1) Le concept de rétroactivité : aux origines du désordre

146.- **Aspects conceptuel et matériel.** Lorsqu'est évoquée la rétroactivité, deux aspects en ressortent : un aspect conceptuel et un autre matériel. En effet, d'une part, il s'agit d'une notion qui se pense principalement dans l'espace le plus théorique du raisonnement juridique. Comment admettre, autrement qu'à l'échelle du fantasme, que le droit puisse rétroagir ? Ce qui s'apparente à un pouvoir surnaturel de la loi ou du juge installe une illusion de grande ampleur. Il semble ainsi que la source du désordre soit le caractère aussi abstrait que trompeur de la rétroactivité (**A. La source du désordre : l'abstraction trompeuse de la rétroactivité**). D'autre part, l'abstraction connaît des manifestations matérielles lorsque l'effet rétroactif doit être mis en œuvre. Ces manifestations matérielles sont connues au travers des obligations de restitutions. Souvent citées comme constitutives d'une matière complexe,

⁷⁵⁰ Cf. *supra* Section 1 (*in ce chapitre*).

⁷⁵¹ Cf. *infra* n° 172, et s., 552 et s.

elles peuvent être présentées comme les auxiliaires du désordre (*B. L'auxiliaire du désordre : la technique des restitutions*).

A - LA SOURCE DU DÉSORDRE : L'ABSTRACTION TROMPEUSE DE LA RÉTROACTIVITÉ

147.- Une abstraction trompeuse. Comment éclaircir le régime de l'anéantissement rétroactif du contrat ? À l'instar de son fondement, la règle du « retour au *statu quo ante* » souffre d'un excès d'abstraction. Cette virtualité occulte la fonction première des mécanismes auxquels il est rattaché, ainsi que les restitutions qui incarnent son expression technique. Pour autant, « *le juriste peut-il sans dommage quitter la réalité matérielle, s'inventer une histoire, contraindre la réalité matérielle à s'y conformer* »⁷⁵² ? Remettre de l'ordre dans le domaine de l'anéantissement-sanction nécessite de se libérer du paradoxe temporel causé par le fantasme de toute puissance du droit. En effet, il n'est pas envisageable de clarifier l'anéantissement du contrat sans surmonter l'artifice théorique qui l'assombrit. La difficulté se pose d'ailleurs lorsqu'il s'agit de nommer le temps *pseudo-contractuel*, qui connaît deux réalités juridiques simultanées. En tant que siège d'une remise en cause, tant de sa nature que de sa temporalité même, le temps contractuel s'avère insaisissable en ce qu'il consiste à être tout en étant pas. De Demolombe au Projet de réforme du droit des obligations, l'expression « *temps intermédiaire* »⁷⁵³ a ainsi été employée pour désigner cette marge temporelle dont le ressort chronologique est cassé par les effets d'une fiction juridique. Or si ce temps *pseudo-contractuel* est « *intermédiaire* », il faut tout au moins se demander entre quels autres temps il s'inscrit. Quels repères ou périodes temporelles encadrent son existence, alors même qu'il est censé ne jamais avoir existé ? Il semblerait bien que le temps contractuel, fut-il réputé n'avoir jamais existé, connaisse bien un *avant* et un *après*⁷⁵⁴. Ce temps que le droit efface, mais dont le contenu a existé, est un temps réactif sous l'influence du catalyseur de l'anéantissement. Un truchement est de la sorte identifié entre la naissance des obligations et le prononcé de leur anéantissement, entre le temps précontractuel et le temps postcontractuel, entre deux versions d'une même histoire.

En tant qu'institution trompeuse, l'anéantissement dit rétroactif mérite alors nécessairement d'être étudié dans le domaine postcontractuel, malgré certaines réticences de la doctrine à l'intégrer dans le

⁷⁵² AYNES L., « Rapport introductif », in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, préc., p. 9.

⁷⁵³ DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale*, t. 2, Auguste Durand et L. Hachette, 1869, p. 512. Adde SERINET Y.-M., *Avant-projet* préc., p. 57, évoquant la « *période intermédiaire* », au sujet de l'exécution durant le temps concerné par l'extinction rétroactive ; ANDRE M.E., DUMONT M.-P. et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, *op. cit.*, p. 65 ; et MERCOLI S., th. préc., p. 26.

⁷⁵⁴ Rappr. n° 13 et s., 70, 163 et s., 661.

champ d'étude de l'après-contrat⁷⁵⁵. Le contrat disparaît en droit, mais il faut gérer l'existence d'un contrat de fait, parce qu'il a produit une situation de fait mais également pu produire des effets de droit. Il faut ainsi mettre en œuvre les suites de l'anéantissement. Il y a donc toujours un après-contrat, en matière d'anéantissement rétroactif.

La rétroactivité ne peut en ces termes constituer un obstacle au développement de l'après-contrat : à l'expression selon laquelle tout se passe « *comme si celui-ci n'avait jamais existé* », il convient d'ajouter la suite logique qui veut ce soit *à partir du moment où la mesure rétroactive est effective*. Ainsi, les obligations ne cessent de produire leurs effets qu'à compter du prononcé de la sanction, laquelle devient une « *cause d'extinction* »⁷⁵⁶ de l'acte⁷⁵⁷. Aussi faut-il rappeler que si la rétroactivité désigne une abstraction, elle n'en a pas moins des effets concrets. Transparaît ici la dualité du mécanisme dont l'âme ne reste pas désincarnée : la manifestation concrète de la notion réside dans la technique des restitutions.

B – L'AUXILIAIRE DU DÉSORDRE : LA TECHNIQUE DES RESTITUTIONS

148.- Les manifestations de l'abstraction. Les restitutions ont contribué à alimenter le lien entre effet rétroactif et le mécanisme extinctif. En effet, les dispositions légales et la jurisprudence ont entretenu l'idée selon laquelle la rétroactivité repose sur une *pseudo-réalité*, fondée sur un temps conditionnel : « *au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». Il s'agit d'un état « *semblable* », à partir d'un temps dicté originellement par les dispositions relatives à la nullité⁷⁵⁸, bien qu'il s'impose

⁷⁵⁵ BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 52 : « *Section 1 - La nullité, obstacle définitif au développement de l'après-contrat. Obstacle de la rétroactivité. L'après-contrat ne peut se développer que dans l'hypothèse d'un contrat valable c'est-à-dire non-annulé. (...) L'impossibilité du développement de la période postcontractuelle après l'annulation de la convention naît de l'effet radical de la nullité (du moins lorsque celle-ci touche le contrat dans son intégralité) : qu'elle soit rétroactive ou absolue, elle entraîne en principe l'effacement rétroactif du contrat. Tout se passe alors comme si 'celui-ci n'avait jamais existé'. (...) Le contrat, support indispensable au développement de la période postcontractuelle, fait défaut. Il n'y a pas d'après-contrat, car il n'y a pas de contrat préexistant. Obligations contractuelles et postcontractuelles disparaissent de la même façon.* ». Cet auteur, d'ailleurs, sent lui-même les limites de son raisonnement, aussi lorsqu'il parvient aux mêmes conclusions concernant la résolution. En effet, tous ses raisonnements se soldent par l'évocation de limites et d'exceptions justifiées dans sa thèse par l'équilibre recherché par le juge. Il s'agit pourtant des suites logiques du contrat, pourrait-on les rattacher à 1135 du Code civil. Certaines obligations postcontractuelles vont survivre du fait qu'elles connaissent une cause objective qui permet de justifier leur maintien. *Adde*, STOFFEL-MUNCK Ph., « L'Après-contrat », art. préc., p. 159 : « *tout d'abord, pour qu'il y ait un après, il faut qu'il y ait eu un avant : l'après-contrat présuppose qu'il y ait eu un contrat, c'est-à-dire un contrat valable, ce qui conduit à exclure du champ de notre exploration la question, bien souvent mystérieuse, des restitutions consécutives à la nullité* ». Comp. ETIENNEY A., fasc. 176, « L'extinction du contrat », n° 37 : « *à la différence de l'extinction à effet immédiat, aménager un "après-contrat" semble dépourvu de sens dès lors que la convention est anéantie. Il faut cependant compter avec la portée de l'effet extinctif, qui conduit à nuancer l'affirmation* ».

⁷⁵⁶ POTHIER R. J., *Des obligations*, n° 672.

⁷⁵⁷ Rappr. *infra* n° 163 et s.

⁷⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 218, pourvoi n° 00-21.278, D. 2003. 369, obs. AUBERT J.-L. ; RTD Civ. 2003. 286, obs. MESTRE J. et FAGES B.. V. ég. CHANTEPIE G. et LATINA M., *Réforme des obligations, op. cit.*, p. 893, n° 1053 ; GHELPUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992.

également aux autres mécanismes rétroactifs⁷⁵⁹. On touche alors aux limites de l'abstraction. La disparition doit composer avec les traces laissées par la convention disparue : « *la rétroactivité attachée à l'annulation (ou la résolution) d'un contrat pose son lot de difficultés lorsqu'il faut revenir sur des actes matériels* »⁷⁶⁰. Le droit use en l'occurrence d'instruments de terrain que sont les restitutions, afin d'asseoir l'effet rétroactif dans la situation concrète des parties. Les traces de la situation contractuelle incarnent la réalité naturelle du temps⁷⁶¹, ainsi qu'elles déterminent l'assiette sur laquelle vont agir les restitutions, en tant que représentation mécanique de l'effet rétroactif⁷⁶². Alors que la rétroactivité ne permet qu'un jeu de simulation, qu'un « *artifice technique* »⁷⁶³, qu'une « *fiction dont la fonction est dogmatique* »⁷⁶⁴, les restitutions sont le bras armé du concept. C'est aussi pourquoi la rétroactivité elle-même est traditionnellement considérée comme un effet *in jure* et non *de facto*⁷⁶⁵. Assurément, prétendre que le contrat n'a jamais existé ne suffit pas *per se* à agir réellement sur le passé, mais à justifier théoriquement une situation nouvelle et la liquidation d'une situation ancienne.

Étudier les restitutions, formées d'une matière « *confuse et désordonnée* »⁷⁶⁶, ressemble à un voyage dans les limbes du droit. Pourtant le rôle de la réforme de 2016 est incontournable dans la compréhension contemporaine de l'institution. En effet, « *malgré les termes de l'article 1178 du code civil, les restitutions peuvent désormais être déconnectées de la rétroactivité de la sanction (...) et sont désormais régies par les articles 1352 et suivants du code civil* »⁷⁶⁷ ; ce qui incite à comprendre l'institution comme un effet légal du contrat⁷⁶⁸. En tant qu'effet légal, quel est le but de la loi quand elle provoque les restitutions ? Un régime unique rassemble effectivement des mécanismes aux causes variées, et le codificateur de 2016 n'a pas déterminé de fondement théorique commun. La question est

⁷⁵⁹ Com. 12 oct. 1982, Bull. civ. IV, n° 309, pourvoi n° 81-10.984, JCP 1984 II, 20166, obs. SIGORET; Gaz. Pal. 1983.1, Pan. 54, obs. DUPICHOT J.: « *le contrat synallagmatique ayant été résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses devaient être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé* ». Rapp. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 244, p. 171, pourvoi n° 93-15.485, JCP 1996, II, 22581, obs. FRANCON A. ; D. 1995. 262, obs. GAUTHIER P.-Y. : « *la résiliation du contrat a pour effet, comme la résolution, d'anéantir le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique* ».

⁷⁶⁰ BARBIER H., « *Quand la rétroactivité ne parvient pas à remettre en cause des actes juridiques et judiciaires passés sur le fondement du contrat annulé* », RTD civ. 2016. 347.

⁷⁶¹ GHELPUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 656 et s., et 927.

⁷⁶² Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 01-01.673, et Civ. 3^e, 12 mars 2003, Bull. civ. III, n° 63, pourvoi n° 01-17207, D. 2003, p. 2522, note SERINET Y.-M. ; RDC 2004, 2, p. 265 s., obs. STOFFEL-MUNCK Ph.; Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, Bull. civ. I, n° 163, pourvoi n° 00-15.297.

⁷⁶³ ROUVIERE J., « *L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente* », in RTD Civ. 2009, n° 4, p. 617.

⁷⁶⁴ ROUVIERE J., art. préc.

⁷⁶⁵ DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon, op. cit.*, p. 512.

⁷⁶⁶ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 893, n° 1053.

⁷⁶⁷ MEKKI M., « *Droit des contrats* », D. 2017. 375.

⁷⁶⁸ CHANTEPIE G. et LATINA M., *Réforme du droit des obligations, op. cit.*, p. 896 ; MEKKI M., « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup* », D. 2016. 608, n° 26.

alors de savoir quel est le fondement justificatif des restitutions (*a. Le fondement justificatif des restitutions*). S'interroger sur le fondement ne peut faire l'économie d'une mise en perspective du mécanisme, notamment dans sa destination. Or, comme décrit précédemment, faire appel aux restitutions, c'est rechercher une liquidation qui a pour but d'effacer les reliques du passé. Il s'agit alors de la mise en scène de l'après-contrat en tant que suites liquidatives de l'extinction dite rétroactive, indiquant l'objectif des restitutions (*b. L'effet restitutif, un effet liquidatif*).

a) Le fondement justificatif des restitutions

149.- Difficulté posée par les restitutions. Les restitutions peuvent intervenir à différentes occasions. Globalement, elles peuvent être un effet naturel du contrat, comme dans le cas du commodat, ou elles peuvent être provoquées par une sanction extinctive, à la suite d'une annulation du contrat par exemple. De plus, elles interviennent en matière quasicontractuelle, permettant la répétition de l'indu, ou peuvent être également prévues et aménagées par les parties au travers de clauses de restitution. La variété de ces manifestations rend ardue l'identification d'un fondement commun (*1. Difficultés d'identification du fondement*). Depuis la réforme de 2016, la technique des restitutions, peu importe sa cause, est traité dans un chapitre qui lui est spécialement dédié. Les restitutions apparaissent comme un effet légal du contrat, au travers d'un régime commun. C'est pourquoi, à la recherche d'un fondement commun, il convient de travailler à partir de la nouvelle codification (*2. La nouvelle codification*).

1. Difficultés d'identification du fondement

150.- Restituer pour démanteler. Le temps contractuel est déconstruit et les obligations démantelées de telle sorte que le créancier devient débiteur de son débiteur, et que le débiteur devient créancier de son créancier. Il s'agit d'un charivari juridique et pratique. Le siège de ce charivari est le rapport contractuel qui se trouve renversé. En tant qu'opportunité de se libérer d'un maximum d'obligations, la sanction-extinctive constitue un mode extrême d'extinction de la convention. Ce caractère excessif des conséquences éradicatrices des obligations doit se justifier par des mesures rectificatives. Tant annulation que résolution sont donc inspirées d'un schéma sanctionnateur qui va dans le sens d'une acception plus moderne de l'anéantissement dit rétroactif. Dans cette dynamique, la construction des nouvelles obligations passe par les restitutions. Mais le chemin vers un régime unitaire des celles-ci est escarpé. Il est possible d'envisager les obligations de restitutions comme des obligations de nature contractuelle, car « *elles s'enracinent dans le contrat* »⁷⁶⁹. À l'appui de cette idée, il faut

⁷⁶⁹ DELEBECQUE Ph., *Les obligations*, LexisNexis, 2010, p. 172, n° 286. Rappr. GHESTIN J., JAMIN Ch. et BILLIAU M., *Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 526 ; Civ. 3^e, 22 juill. 1992, Bull. civ. III, n° 263, pourvoi n° 90-18.667.

remarque que la jurisprudence a déjà étonnamment estimé que, tant que les parties n'ont pas été remises dans l'état antérieur à la conclusion du contrat, l'obligation née du contrat reste valable⁷⁷⁰. Mais, dans le silence du Code civil, la diversité des restitutions a préoccupé la doctrine⁷⁷¹ pour qui « *les restitutions s'inscrivent dans des domaines si divers qu'il ne peut y avoir de théorie générale de la restitution* »⁷⁷². En effet, le terme *restitutions* en lui-même n'est pas exempt d'une certaine ambiguïté⁷⁷³ en ce qu'il s'emploie aussi bien à la suite d'un anéantissement rétroactif de la convention, qu'à la suite d'une extinction pour l'avenir⁷⁷⁴, ou encore pour définir la nature même d'un engagement tel que le prêt à usage⁷⁷⁵. Le constat suivant a également été fait : « *la cohérence de l'évaluation des restitutions après annulation semble introuvable* »⁷⁷⁶. La « *diversité congénitale* »⁷⁷⁷ des restitutions se présente ainsi comme un « *scrupule* »⁷⁷⁸ de l'après-contrat. Différentes hypothèses ont été avancées, ce qui démontre le flou qui entoure ce mécanisme de « *reflux* »⁷⁷⁹ du contrat passé.

151.- Le fondement quasi-contractuel. La jurisprudence a pu utiliser l'enrichissement injustifié⁷⁸⁰ - notamment en matière d'obligations de faire⁷⁸¹ - ou la répétition de l'indu⁷⁸² - lorsque la chose est mobilière⁷⁸³. Mais le fondement a été abandonné⁷⁸⁴. Le rapprochement pouvait *a priori* faire sens en raison du fait que les restitutions sont la finalité qui anime principalement l'action quasi-contractuelle.

⁷⁷⁰ Com. 17 nov. 1982, bull. p. 301, pourvoi n° 81-10.757, JCP 1987, 20.216, note DELEBECQUE Ph. Et MOUILLY C.

⁷⁷¹ ROUVIERE F., *préc.* ; MALAURIE-VIGNAL M., *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991.

⁷⁷² MALAURIE-VIGNAL M., th. préc., p. 217.

⁷⁷³ Un problème survient même lorsqu'il s'agit de définir avec précision les restitutions. D'aucuns ont pu ainsi proposer le terme d'« *abandon* » pour remplacer celui de restitutions relatives à la suite d'une rupture du contrat pour l'avenir : STOFFEL-MUNCK Ph., « *L'Après-contrat* », art. préc.

⁷⁷⁴ STOFFEL-MUNCK Ph., *ibid.*

⁷⁷⁵ Cf. art. 1875 du Code civil prévoit *la charge pour le preneur de rendre la chose après s'en être servi*.

⁷⁷⁶ ROUVIERE, *ibid.*

⁷⁷⁷ ROUVIERE F., *ibid.*

⁷⁷⁸ Le scrupule désigne étymologiquement un caillou qui une fois entré dans la chaussure gêne le marcheur. Le mot est alors employé pour faire part de doutes ou d'inquiétudes, un reste de difficulté. Cf. BONAVENTURE DE ROQUEFORT J.-B., *Dictionnaire étymologique de la langue française, où les mots sont classés par famille*, t. 2, Decourchant, Paris, 1829, V° « *Scrupule* » ; et *Dictionnaire en ligne Emile Littré*, V° « *Scrupule* ».

⁷⁷⁹ MALAURIE-VIGNAL M., th. préc., not. p. 53 : « *la complexité du droit des restitutions relève l'ambivalence des relations qui existent entre le flux et le reflux* ».

⁷⁸⁰ Soc. 2 févr. 1961, Bull. civ. V, pourvoi n° 57-12.323, D. 1961, 1, p. 236 ; Com. 16 fév. 1975, Bull. civ. IV, n° 308, pourvoi n° 74-14.021. V. not. BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 1402 et s. ; MALAURIE-VIGNAL M., th. préc., not. p. 49 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullités, restitutions et responsabilité*, préf. GHESTIN J., LGDJ, 1992, p. 370 ; REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 169, Dalloz, 2017, p. 41 et s.

⁷⁸¹ GUELFUCCI-THIBIERGE C., th. préc., p. 371, n° 640.

⁷⁸² WEILL A. et TERRE F., *Droit civil, Les obligations*, 4^{ème} éd., Dalloz 1986, n° 806 et s. ; MALAURIE-VIGNAL M., th. préc., p. 35 ; CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. 2, PUF 2004, n° 1022 ; AYNES L., « *Rapport introductif* », in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, préc., p. 9. Cf. ég. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 218, p. 168, pourvoi n° 00-21.278, D. 2003. 369, obs. AUBERT J.-L. ; RTD civ. 2003. 284, obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁷⁸³ CATALA N., *La nature juridique du paiement*, préf. CARBONNIER J., th., Imprimerie J. Reschly.

⁷⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 218, pourvoi n° 00-21.278, retenant que les restitutions ne relèvent pas du quasi-contrat mais des règles de nullité.

Le Projet Terré avait d'ailleurs choisi explicitement de fonder les restitutions sur la répétition de l'indu⁷⁸⁵. La dénomination même de *répétition de l'indu* met en valeur tant le motif de l'action que l'effet restitutoire recherché. On remarque de plus que la réforme opérée par l'ordonnance de 2016 a remplacé le mot « répétition » par « restitution », *via* l'article 1302 (nouveau) du Code civil⁷⁸⁶. Toutefois, si la restitution est un effet de l'action quasi-contractuelle, est-ce pour autant que cette dernière en est le fondement général ? Il est tentant de répondre par l'affirmative en ce qui concerne les restitutions résultant de la nullité. En effet, dans la logique classique, en l'absence de convention, les obligations se retrouvent dépourvues de fondement contractuel et leur exécution est nécessairement indue ou source d'un enrichissement injustifié. Le caractère subsidiaire du recours au quasi-contrat est ici reconnaissable en ce qu'il intervient alors que la source contractuelle se dérobe. Cependant, toutes les restitutions ne font pas suite à la disparition rétroactive du contrat. Elles peuvent effectivement être la suite naturelle de l'extinction de la convention, comme c'est le cas dans le contrat de prêt ou de louage, être prévues par les parties au travers de clauses spécifiques, ou bien encore faire suite à une caducité ou à une résolution non rétroactive. Le fondement quasi-contractuel trouve ici ses limites, sauf à considérer qu'il convient de distinguer, artificiellement, entre les restitutions qui participent à la déconstruction du temps contractuels et celles qui s'inscrivent dans son sillage, mais tel n'est pas l'orientation prise par la réforme du droit des contrats. Il faut se concentrer sur la recherche d'un fondement justificatif commun.

152.- Le droit de propriété. Toutefois, réconciliant les restitutions portées par l'anéantissement rétroactif du contrat et celles naturellement amenées par le quasi-contrat ou l'extinction pour l'avenir, le droit de propriété a été proposé comme fondement du mécanisme⁷⁸⁷. Il est à ce titre intéressant d'opérer un rapprochement entre le mécanisme juridique des restitutions et *le précepte des restitutions* en droit canonique, selon lequel :

« la réparation de l'injustice commise s'appelle Restitution [...] : la réparation du droit parfait d'autrui injustement lésé [...] La restitution est un acte de la justice commutative, laquelle a pour objet de faire respecter le droit parfait du prochain et de le faire réparer lorsqu'il n'a pas été respecté. Elle diffère du paiement qui suppose une dette, mais non pas toujours une injustice. Elle diffère du châtement qui est infligé au coupable, lequel satisfait à la justice vindicative et non à la justice commutative. Elle diffère de la satisfaction ; la satisfaction répare une offense, et la restitution un dommage [...] dans l'ordre

⁷⁸⁵ *Avant-projet Terré relatif au régime de l'obligation*, art. 3 s.

⁷⁸⁶ *Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.* Comp. Art.1235 (ancien) C. civ. *Adde* art. (nouveau) 1302-2 à comp. avec 1377.

⁷⁸⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE C., th. préc., p. 74 et 371 ; LARROUMET Ch. Et BROS S., *Les obligations*, t. 3, *Le contrat*, 7^e éd., Economica 2014, n° 576 *ter* ;

actuel des choses, le droit de propriété est fondé sur le droit naturel ; or, l'obligation de restituer repose sur le même fondement ; [...] le précepte qui défend de prendre le bien d'autrui, ordonne de le restituer si on l'a pris »⁷⁸⁸.

L'idée de réparation domine la première partie du texte, mais la jurisprudence a écarté ce fondement⁷⁸⁹. Mais un autre aspect de cet exposé mérite l'attention : la restitution intervient donc une antithèse de la rétention illégitime⁷⁹⁰. Ce précepte fait naître une obligation à deux aspects : positif et négatif. L'aspect est positif quand il ordonne de « *réintégrer son prochain dans le droit qui lui a été enlevé* », et il est négatif en ce qu'il interdit de retenir le bien contre le gré d'autrui. De plus, la restitution produit une obligation à la fois personnelle et réelle⁷⁹¹. Le fondement du droit de propriété ne permet pourtant pas vraiment de justifier l'ensemble des restitutions, autant qu'il impose la prise en compte de la variété des biens susceptibles d'être restitués⁷⁹². En effet, s'agissant des obligations de faire, le fondement semble par exemple mal adapté⁷⁹³. Les restitutions ont alors été considérées comme une « *une modalité de l'anéantissement* »⁷⁹⁴. Si cette proposition ne permet pas en soi de proposer un fondement théorique, elle s'inscrit néanmoins dans la construction jurisprudentielle de l'institution qui est vue comme un effet automatique de la sanction.

153.- L'automatisme des restitutions. En effet, la jurisprudence a établi que les restitutions sont un effet automatique de l'anéantissement rétroactif du contrat. En effet, la Cour de cassation a censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait estimé que la restitution du prix n'ayant pas été demandée ni en première instance ni en appel, elles ne pouvaient en conséquence être ordonnées sous peine de statuer *ultra petita*. La Haute juridiction rappelle ainsi que « *lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient pas existé* »⁷⁹⁵ (ce qui fait penser à la formule légale de l'actuel article 1178 du Code civil relative à la nullité et aux restitutions auxquelles elle donne lieu – cet article prévoit en effet, dans ses deuxième et troisième alinéas, que « *le contrat annulé est censé n'avoir jamais*

⁷⁸⁸ *Résultat des conférences ecclésiastiques du Diocèse du Puy, Sur la Restitution*, Librairie catholique de Périsset Frères, Lyon, Paris, 1844, spec. p. 7-8.

⁷⁸⁹ Cf. ROUVIERE F., « La distinction entre restitution et indemnisation », D. 2015. 657. V. néanmoins BOUSIGES A., *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, th. Poitiers, 1982, p. 366 et 447, pour qui les restitutions s'analysent « *la réparation actuelle et contractuelle du préjudice causé par le responsable de l'annulation* ».

⁷⁹⁰ Cette rétention illégitime est dans le texte source le résultat de la violation de soustraire le bien d'autrui. V. sur la proposition de fonder les restitutions sur la responsabilité délictuelle : POISSON-DROCOURT E., « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983. 85.

⁷⁹¹ *Résultat des conférences ecclésiastiques du Diocèse du Puy, Sur la Restitution*, Librairie catholique de Périsset Frères, Lyon, Paris, 1844, spec. p. 12 et s. Rapp. art. 1302 (ancien) alinéa 4 : « *de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix* ».

⁷⁹² REVRECHON-BILLOT M., th. préc., p. 43

⁷⁹³ GUELFUCCI-THIBIERGE C., th. préc., p. 370.

⁷⁹⁴ BOUSIGES A., th. préc., p. 42

⁷⁹⁵ Civ. 3^e, 29 janv. 2003, inédit, pourvoi n° 01-03.185, RTD civ. 2003. 501, note MESTRE J. et FAGES B. Rapp. Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, à paraître, pourvoi n° 15-17.317.

existé » et que « *les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* »)⁷⁹⁶. Elle permet en conséquence aux parties d'obtenir l'exécution des restitutions sans avoir à les demander, conférant au mécanisme une automaticité liée au seul prononcé de l'anéantissement⁷⁹⁷. En l'occurrence, « *les juges ont dû réfléchir aux fondements substantiels des restitutions pour en inférer les règles de procédure adaptées* »⁷⁹⁸, se rattachant en l'espèce à l'application de l'article 1184 (ancien) du Code civil, autant qu'ils ont statué sur l'étendue de l'office du juge du contrat. Cependant, un problème persiste, alors que ce caractère automatique peut faire penser à juste titre à un effet de l'acte extinctif, on a continué de voir les restitutions comme une modalité de l'effet rétroactif⁷⁹⁹.

Le recours à la rétroactivité a été utilisé pour introduire la technique des restitutions ; et cela malgré la reconnaissance de l'effet légal des restitutions qui, pour l'instant, ne semble pas encore suffisant à chasser cette fiction. Par un souci de confort conceptuel, l'effet rétroactif s'inviterait-il dans le raisonnement, parce qu'il est supposé justifier l'effet légal des restitutions ? Dans cette hypothèse, les restitutions constituent un véritable cheval de Troie servant à introduire la rétroactivité dans le mécanisme extinctif⁸⁰⁰, autant qu'elles paraissent contribuer à un « *imbroglio* » de l'extinction⁸⁰¹. Or, le subterfuge n'est pas nécessaire, puisque les restitutions peuvent se justifier autrement et indépendamment de tout effet rétroactif⁸⁰². Il faut pour cela offrir plus de résonance à la désolidarisation entre les deux institutions qui semble amorcée par la nouvelle codification de 2016.

⁷⁹⁶ Cf. n° 148 et s., 155 et s., 434, 615.

⁷⁹⁷ La simple lecture des motifs permet de comprendre que les restitutions jugées automatiques pour la résolution, le sont également pour la nullité.

⁷⁹⁸ REVERCHON-BILLOT M., th. préc., p. 47, n° 49.

⁷⁹⁹ V. not. sur ce point REVERCHON-BILLOT M., th. préc., p. 47, n° 49. Rappr. FAGES B., *Droit des obligations*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 204 ; TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 423 ; LARROUMET Ch. Et BROS S., *Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014, n° 576 ;

⁸⁰⁰ DISSAUX N., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Contrat : formation », avril 2017, n° 226 : « *Les effets de la nullité demeurent toutefois abordés sous le prisme des règles relatives aux restitutions davantage que sous celui de la rétroactivité, notion plus embarrassante qu'éclairante* ». Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, Bull. civ. I, n° 163, p. 125, pourvoi n° 00-15.297 ; D. 2002.3108, note M.-A. RAKOTOVAHINY ; Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 218, p. 168, pourvoi n° 00-21.278, D. 2003.369, note J.-L. AUBERT ; Banque et Droit, n° 87, janv.-févr. 2003.59, obs. BONNEAU Th. ; Civ. 3^e, 2 oct. 2002, inédit, pourvoi n° 01-02.924, RJDA 2003, n° 8.

⁸⁰¹ MEKKI M., « Droit des contrats », D. 2017. 375.

⁸⁰² CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 895 : « *si la rétroactivité attachée à une sanction suffit à entraîner le jeu des restitutions matérielles, elle n'est pas absolument nécessaire. Il suffit, par exemple, de songer à l'effet produit par une sanction contractuelle qui agirait uniquement pour l'avenir et affecterait un contrat ayant conduit à la remise d'une chose. La suppression du fondement juridique de ce transfert, même pour l'avenir, justifierait les restitutions sans qu'y soit attaché un effet rétroactif* ». Rappr. *infra* n° 158 et s., 175 et s.

2. La nouvelle codification

154.- La nouvelle codification. On note que les nouveaux articles 1352 à 1352-9 (nouveaux) du Code civil organisent les restitutions. En effet, depuis l'ordonnance réformatrice, tout un nouveau chapitre est consacré aux restitutions. Considéré comme « *une innovation majeure* »⁸⁰³, proche de la proposition - pourtant critiquée pour son manque de « *philosophie déterminée* »⁸⁰⁴ - faite par l'Avant-projet. Les articles 1178, 1187 et 1229 (nouveaux), respectivement relatifs à la nullité, à la caducité et à la résolution renvoient aux articles 1352 et suivants, ayant « *vocation à former un droit commun des restitutions* »⁸⁰⁵. Il y a donc une communauté de régime pour une diversité de sanctions dont l'unité réside dans l'effet restitutoire ; étant noté que la caducité n'est en principe pas rétroactive⁸⁰⁶ et que le quasi-contrat n'est pas concerné en tant que tel par la question de la rétroactivité⁸⁰⁷. On peut seulement retenir que le nouveau régime n'évoque pas de lien avec les restitutions résultant de l'objet même du contrat (prêt ou dépôt)⁸⁰⁸, ou les suites du *mutuus dissensus*, ce qui ne fait pas obstacle à l'application du régime général des restitutions. Impossible alors de soutenir le fondement de la rétroactivité. Le nouveau chapitre est d'ailleurs inclus dans le titre traitant « du régime général des obligations ». Cette organisation est assez symbolique d'un pas franchi vers une conception autonomiste⁸⁰⁹, mais n'offre pas de fondement explicite à un mécanisme jusqu'alors attaché à la nullité⁸¹⁰. Or, nous avons rappelé que le caractère automatique des restitutions a été reconnu par la Cour de cassation comme directement lié au prononcé de la résolution ou de la nullité, sans que le plaideur ait besoin de les demander⁸¹¹. Dès lors, la nouvelle codification, semblant faire des restitutions une institution autonome, implique-t-elle que désormais, les restitutions devront être demandées pour être prononcées⁸¹² ?

⁸⁰³ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 893, n° 1053.

⁸⁰⁴ DISSAUX N., Rép. dr. civ., préc., n° 244. *Adde* KLEIN J., « Les restitutions », préc., p. 74 ; PELLET S., « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », JCP 2016, n° 676.

⁸⁰⁵ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 893, n° 1052.

⁸⁰⁶ Cependant, la jurisprudence lui octroie parfois ce pouvoir : Com. 5 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 156, pourvoi n° 04-20. 380, D. 2007. 1723, obs. DELPECH X. ; RTD civ. 2007. 569, obs. FAGES B. ; RTD com. 2008. 173, obs. BOULOC B.

⁸⁰⁷ Caducité et résolution « mettent fin au contrat », comme le dit la lettre du Code, et chacune appelle des restitutions. L'article 1302-3 du Code civil effectue le même renvoi au régime des restitutions alors même qu'il concerne le quasi-contrat.

⁸⁰⁸ La jurisprudence a déjà énoncé que lorsqu'un contrat de prêt est annulé, l'obligation de restitution est « *inhérente au contrat de prêt* » et doit donc subsister : Com., 17 nov. 1982, D. 1983, p. 527 ; J.C.P. 1984, II, 20216, note DELEBECQUE Ph. et MOULY Ch. ; Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, J.C.P. 1992, IV, 2112.

⁸⁰⁹ DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 800. Comp. *Proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente*, COM(2011) 635, Chap. 17.

⁸¹⁰ DISSAUX N., *ibid.* ; Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, Bull. civ. I, n° 218, pourvoi n° 00-21.278 ; D. 2003. 369, AUBERT L.

⁸¹¹ Cf. n° 615.

⁸¹² REVERCHON-BILLOT M., th. préc., n° 51 et s.

Il faut plutôt voir quel est, dans tous les cas, la fonction des restitutions, pour déterminer comment leur reconnaître un fondement justificatif détaché de la rétroactivité, mais susceptible de préserver leur automaticité.

155.- Les restitutions, instruments d'équilibrage d'un bilan obligationnel. Les prestations délivrées par les parties doivent pour cela être regardées au travers d'un bilan. Ce bilan, lorsque toute les prestations sont dues en vertu d'un contrat, tend à la *perfection*⁸¹³. L'idée est d'exécuter toutes les obligations de manière à ce que les dettes créées de part et d'autre de la convention se compensent, perfectionnant ainsi l'opération contractuelle. L'exécution forcée, par exemple, permet de contraindre cette perfection de manière à faire se compenser les prestations en ordonnant l'accomplissement de celle(s) manquante(s). La compensation se fait par addition, c'est-à-dire qu'elle est provoquée par l'ajout d'une prestation non réalisée.

Lorsque le contrat critiqué est anéanti, et que des prestations ont été néanmoins effectuées, il devient alors impossible de faire tendre le bilan vers la perfection : on ne vise plus la réalisation ni le maintien de l'opération contractuelle. Néanmoins, il n'est pas possible de laisser persister un bilan dans lequel actif et passif ne se répondent pas équitablement (c'est le cas de la résolution, ou de la rescision pour lésion), ou un autre fondé sur un vice (c'est ce qu'implique la nullité)⁸¹⁴. Il s'agit néanmoins de rechercher un équilibre corrompu par la faute ; il en va d'un impératif de justice commutative. C'est pourquoi, bien qu'il ne vise plus la perfection de l'opération, le bilan des prestations se doit toujours de trouver un équilibre. Mais la compensation ne peut pas être provoquée par addition, puisque l'opération contractuelle est abandonnée. Il ne reste donc que la compensation par soustraction : on retranche aux prestations effectuées de façon à créer un équilibre nouveau, par défaut.

156.- Une compensation provoquée. Ainsi, l'exécution parfaite d'un contrat peut être vue comme une somme d'obligations satisfaites, qui se compensent de façon à achever l'opération ; tandis que dans l'autre configuration, la compensation résulte d'un retranchement qui vise à remplacer l'accomplissement de l'opération par un équilibrage⁸¹⁵ par défaut du bilan obligationnel. Que cela soit

⁸¹³ Entendue comme « *qualité, état de ce qui a atteint sa plénitude, de ce qui a été poursuivi jusqu'à son terme, de ce qui est parvenu à son achèvement* », in Ortolang, CNRTL, V° « Perfection ».

⁸¹⁴ Cette situation est typique des contrats synallagmatiques, cf. LARRIBAU-TERNEYRE V., th préc., p. 27: « *dans cette sorte de contrats, la combinaison voulue par les parties est telle que les obligations réciproques se servent mutuellement de base, de raison d'être (...). Si l'une disparaît, l'autre perd toute justification* ».

⁸¹⁵ V. spéc. Sur l'idée que c'est le déséquilibre causé par l'inexécution qui sert de fondement à la rétroactivité de la résolution, GENICON Th., « "Résiliation" et "résolution" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, JCP 2015. 960. *Addé* ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 2010, p. 134, pour qui la mission du juge de l'inexécution « *est de rétablir l'équilibre caractéristique du contrat conclu, et qui aurait dû être instauré entre les parties à la suite de l'exécution. La préoccupation du juge doit être autant d'éviter que l'un ne tire avantage de sa propre défaillance que d'empêcher l'autre de s'en prévaloir pour un tirer un profit injustifié* ». L'auteur souligne alors que l'anéantissement

par addition ou par soustraction, il semble donc que lorsque le droit invoque les restitutions, il cherche à provoquer une compensation des obligations. Cette compensation permet soit de légitimer la rétention par chaque partie de la prestation effectuée par l'autre, soit mettre fin à la rétention illégitime par la réintégration des prestations dans leur patrimoine d'origine. La compensation⁸¹⁶ recherchée joue alors le rôle de mécanisme libérateur qui permet tant l'efficacité que l'équilibre de l'extinction⁸¹⁷. Dès lors, lorsque la doctrine évoque fort justement l'idée d'un « *contrat à l'envers* »⁸¹⁸, mais il faut veiller à bien identifier ce qui fait l'objet du renversement. En effet, s'il est impossible d' « *inverser la flèche du temps* »⁸¹⁹, il en est autrement du sens des obligations. À ce titre, il ne faut pas confondre la gestion des quotités d'obligations avec leur déroulement dans le temps : ce n'est pas le contrat qui fait demi-tour vers le passé, mais ce sont les obligations positives qui sont converties en obligations négatives, et vice-versa⁸²⁰. C'est donc le contenu du contrat qui se retrouve à l'envers, de sorte que chacun reçoit ce qu'il devait, et rend ce qui lui était dû initialement. Il faut noter à ce titre que ce qui justifie la non rétroactivité de la résolution des contrats à exécution successive se comprend aisément au travers du mécanisme de la compensation. En effet, lorsque l'échange a trouvé son utilité au fur et à mesure de l'exécution, on peut considérer que les prestations se sont compensées. C'est pourquoi cette partie du bilan obligationnel n'appelle pas de retranchement. Seule la partie restant à compenser est concernée par la sanction-extinctive.

157.- Le contrat à l'envers, un renversement de la durée du contrat. L'image du contrat à l'envers peut encore être utilisée, dans le sens où c'est la durée de la situation contractuelle qui est renversée. Il

rétroactif est une voie radicale, neutralisant le lien contractuel et libérant les parties. Mais ce serait « *une erreur de l'imaginer comme une sorte de recul ou de renoncement du droit qui se contenterait de prendre acte de l'inexécution. La résolution est une mesure chirurgicale, mais elle s'apparente davantage à une greffe qu'à une amputation. Il suffit rarement de libérer les parties ; il faut assurer la transition, un retour à un équilibre inverse de celui que le contrat définissait en raisonnant sur l'hypothèse controuée de l'exécution des obligations convenues* » (p. 139).

⁸¹⁶ « *La compensation est l'extinction simultanée de deux obligations ayant un objet semblable et coexistant en sens inverse l'une de l'autre, le créancier de l'une étant débiteur de l'autre, et réciproquement* », in STARCK B. par ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations, Régime général*, t. 3, 3^e éd., Litec, 1989, n° 256, p. 107.

⁸¹⁷ La compensation éteint l'obligation et se définit comme « *l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes* » à l'article 1347 (nouveau) du Code civil.

⁸¹⁸ MALAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL-MUNCK Ph., *op. cit.*, n° 723 ; CARBONNIER J., *Droit civil Les obligations*, t. 4, PUF, n° 49. Cf. ég. CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Thémis, PUF, 22^e éd., p. 203 et s. employant l'image du « contrat renversé ». Rapp. DURAND-PASQUIER G., « Les complexes effets miroirs de l'anéantissement des contrats de construction », *Defrénois*, 30 juin 2014, n° 12, p. 702.

⁸¹⁹ MERCOLI S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, th. préc., n° 4, p. 17

⁸²⁰ Par exemple, l'article 7.3.6 des Principes Unidroit prévoit que : « *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* ». La créance perçue devient une dette à la charge du créancier, elle passe du positif au négatif, et la dette du débiteur se transforme en créance, de telle sorte que le créancier est dans l'obligation de rendre la créance au débiteur qui est en droit de l'exiger. C'est un **effet réversif**, en l'occurrence qui sert la liquidation de l'effet extinctif. L'annulation comme la résolution causent cette « *rétroversion extinctive* » (cf. *infra* p. 167) des effets du contrat, justifiant l'élargissement de l'assiette des effets à liquider. Réciproquement, la rétroversion pourra être confortative (**rétroversion confortative**) des effets du contrat lorsque rétrospectivement les obligations sont dotées de la force obligatoire.

est alors possible de raisonner à partir d'un contrat qui par nature dicte des restitutions, afin de prendre pour le prendre comme paradigme ; lequel devrait logiquement permettre de révéler l'essence naturelle du mécanisme. Le prêt en est un exemple. Pourquoi y a-t-il restitution ? Parce que la remise de la chose n'était que provisoire. La durée du contrat ne forme qu'un *temps intermédiaire* durant lequel la remise de la chose est précaire. Il en est de même lorsque ce temps a été le siège du contrat anéanti : ce dernier se transforme en une situation éphémère. En effet, la résolution et l'annulation ont pour résultat essentiel de faire obstruction au caractère définitif de la convention critiquée, de telle sorte qu'elles avortent la prolifération dans le temps de ses effets. C'est ainsi que l'échange censé être permanent (prestations ou remise d'une chose), par la volonté première des parties, est transformé en un échange momentané (à l'instar d'un contrat qui par nature ordonne des restitutions) par le jeu de sa remise en cause. C'est cette précarité des obligations, tenant au caractère devenu provisoire du contrat, qui transforme l'effet de l'échange en rétention et ordonne d'y mettre fin. En d'autres termes, remettre en cause le caractère durable de l'échange : telle est la justification essentielle des restitutions, qu'elles soient provoquées par la nullité, la résolution, la caducité, le quasi-contrat ou par la fin naturelle du contrat⁸²¹. Les obligations contractuelles étant devenues provisoires, les parties ont la charge de restituer les fournitures exécutées durant le temps intermédiaire.

Dans cette configuration, l'après-contrat s'impose comme un temps qui ruine la permanence du temps contractuel, pour réorienter le cours des choses. Il doit alors proposer une nouvelle situation permanente déduites des *suites* de l'anéantissement du contrat ou bien du quasi-contrat. Cet objectif étant établi, quel fondement lui attribuer ? En effet, la compensation a été reconnue comme l'effet recherché par les restitutions, dans le but de libérer les parties de l'engagement, tandis que le renversement des effets durables du contrat est un effet de la sanction-extinctive. Mais sur quelle base théorique prendre appui pour justifier l'ensemble de ces effets ?

158.- Le fondement transversal des restitutions : l'article 1194 du Code civil. Il est possible d'envisager le fondement commun des restitutions dans l'article 1194 (nouveau) du Code civil, disposant que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». L'après-contrat remplit à ce titre une fonction consistant à porter les restitutions comme suites des obligations ordonnées par la rupture du temps contractuel. En effet, les parties qui acceptent de contracter s'engagent simultanément à garantir les éventuelles restitutions liées à la fin du contrat ou au risque d'anéantissement du contrat. Elles y sont effectivement

⁸²¹ Pour le nouveau régime des restitutions appliqué à la révocation, à la réduction ou au rapport dans la donation, cf. ZALEWSKI-SICARD V., « Donations et restitutions après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », LPA, 3 janv. 2017, n° 002, p. 6.

contraintes : ces suites étant données par l'équité (justice commutative devant donner lieu à compensation) et par la loi (diversité de mécanismes et régime légal unique). Le fondement de l'article 1194 du Code civil permet d'en donner le sens commun, et de transcender la diversité d'origines des restitutions. Il vise « les suites » du contrat, en l'occurrence organisées dans le but de provoquer la compensation des échanges figurant au bilan des obligations de chaque partie. **La technique des restitutions intervient alors comme les suites équitables de l'anéantissement, dans un équilibre des prestations qui, s'il ne peut consister en l'obtention d'un acte productif de la part du contractant fautif, donneront alors lieu à un acte restitutif, par compensation. La recherche d'un équilibre est justifiée par l'article 1194, tandis que son calcul dépend du bilan obligationnel et qu'enfin sa liquidation peut être organisée par les restitutions. En cela, le fait que la nouvelle codification ait construit un régime apparemment autonome des restitutions ne prive pas ces dernières de leur automaticité, laquelle repose sur les suites données au contrat tant par la loi que par l'équité.**

Nul besoin de rétroactivité pour justifier les rouages de cette logique arithmétique qui repose sur la notion d'équivalence. Ainsi, les restitutions incarnent en revanche les suites équitables de l'évolution de la situation contractuelle. Tel est le balancement qui anime le rapport de liquidation et qui peut se fonder sur l'esprit de l'article 1194 (nouveau) du Code civil⁸²². Or, l'ensemble de cette mécanique, fondée sur l'équité et tournée vers la libération des parties, permet de souligner que l'effet restitutif est un effet liquidatif.

b) L'effet restitutif, un effet liquidatif

159.- Une fonction libératoire. Il est maintenant important de remarquer le point commun entre les différentes applications des restitutions, à savoir leur rôle dans la liquidation. Liées par le rapport de liquidation qu'elles causent, les restitutions se définissent par leur fonction libératoire et se présente ainsi comme une mesure d'exécution de l'extinction. Lorsqu'elle y est associée, la rétroactivité, pour sa part, est un habillage qui ne vise qu'à justifier l'étendue de l'assiette des restitutions. Dès lors, l'anéantissement-sanction doit figurer légitimement parmi les causes d'extinction de la convention, comme l'impliquait l'ancien article 1234 du Code civil⁸²³. Il ne se distingue des autres modes d'extinction pour l'avenir, seulement en ce que son compte de liquidation sera généralement plus élevé.

⁸²² Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

⁸²³ « *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, pas la nullité de 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* ».

C'est pourquoi la rétroactivité fait l'objet de critiques⁸²⁴. La doctrine ne s'accorde pas sur la nécessité d'un effet rétroactif. En Allemagne, la résolution en est purement dépourvue. Il est en l'occurrence prévu que le rapport contractuel qui fait l'objet de la résolution **se transforme en un nouveau rapport**. Ce dernier est désigné comme un rapport de liquidation ou rapport de restitution⁸²⁵ ; ce qui est comparable à la nullité du contrat de société pour laquelle l'article 1844-15 du Code de commerce français prévoit qu'elle n'a pas d'effet rétroactif et donnant lieu à une dissolution dont la suite n'est autre qu'une liquidation. De même, le *common law* ne prévoit pas d'effet rétroactif lorsqu'il met en œuvre d'une *rescission of breach*. Il a ainsi été suggéré, dans un article intitulé « *Le contrat disparu règle-t-il d'outre-tombe les restitutions ?* »⁸²⁶, que le contrat est *tronqué*⁸²⁷ par la résolution, et non anéanti *ab initio*⁸²⁸.

Précisément, en France également, la principale difficulté posée par la résolution pour inexécution a été identifiée au travers de l'effet rétroactif du mécanisme, avant même que la nouvelle codification ne l'évince en partie⁸²⁹. Or, l'effet résolutoire reste, sous certains aspects, liés à la condition et au régime de la vente, indéfectible de la rétroactivité, autant que la nullité. Mais cette approche doit être reconsidérée en adoptant comme indice la mise en œuvre des restitutions, afin de rappeler la fonction première des notions en jeu. Or, les restitutions consistent en un rapport de liquidation, quel que soit le mécanisme extinctif qui les a causées.

160.- L'effet restitutoire, créateur d'une situation nouvelle. L'orientation du temps postcontractuel repose sur un effet *restitutoire*⁸³⁰. Les restitutions, automatisées par la loi, apparaissent comme des

⁸²⁴ CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Thémis, 22^e éd., 2000, n° 187 ; MAZEAUD H. L. et J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998 ; MALAURIE Ph. Et AYNES L., *Obligations*, t. 2, *Contrats et quasi-contrats*, Cujas, 11^e éd., 2001, n° 484 ; LARROUMET Ch., *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, 4^e éd., Economica, 1998, n° 714 ; LEGIER G., J-Cl., fasc. 62, art. 1234, fasc. 62, 1996, n° 11 ; BENABENT A., *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 8^e éd. 2001, n° 399 ; GAUTIER P.-Y., « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteurs à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », D. 1995. 262, n° 20 ; GENICON Th., *th. et art. préc.* ; MERCOLI S., *th. préc.* ; RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat*, préf. JAMIN Ch., Dalloz, Nouvelle bibl. des th., 2003.

⁸²⁵ JACOBI B., *Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch*, diss. Hamburg, 1966 ; BUSSUEIL G., *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Préf. CAMPANA M.-J., LGDJ, Coll. Des thèses, n° 27, 2010, p. 507 et s. Adde WINTGEN R., « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », RDC, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 73, et « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006, p. 543.

⁸²⁶ (Traduction libre), FRIEDMANN D., « *Does the dead contract rule the restitution from its grave ?* », Boston University Law review, 2012, vol. 92, p. 811.

⁸²⁷ « *It has been suggested that this type of rescission merely "truncates" the contract and does not avoid it ab initio* », in FRIEDMANN D., *idem*, p. 812.

⁸²⁸ « *The effect of rescission for breach is not retroactive but merely prospective* », in FRIEDMANN D., *idem*, p. 812. Rapp. RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. JAMIN Ch.

⁸²⁹ GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. LEVENEUR L., préc. p. 499.

⁸³⁰ Cf. expression employée in ETIENNEY A., Fasc. 176, « L'extinction du contrat », préc. n° 39.

obligations *réflexes*, en plus d'être « *passablement complexes* »⁸³¹. Il faut examiner à ce titre la portée de l'effet extinctif. Une telle analyse nécessite une prise en compte des obligations et de leur exécution antérieure. Or, d'aucuns affirment qu' « *il existe [...] une différence fondamentale entre les effets de la nullité et le but de l'après-contrat tel que les parties l'ont organisé par la convention. Après le prononcé de la nullité par le juge, il s'agit de rétablir l'équilibre qui existait avant le contrat, celui-ci étant considéré comme n'ayant jamais existé. Les effets de la nullité visent à rétablir le statu quo ante. Ainsi, le juge ne tient pas compte du contrat et des avantages qui ont pu en résulter pour les parties. Au contraire, les obligations postcontractuelles ont pour but de rétablir l'équilibre, mais en tenant compte des modifications engendrées par la convention* »⁸³². Apparaît explicitement une contradiction dans cette proposition. Elle est exposée par les deux dernières phrases qui s'opposent, en affirmant premièrement que le juge *ne tient pas compte du contrat*, pour préciser deuxièmement que les obligations postcontractuelles doivent *tenir compte des modifications engendrées par la convention*.

De plus, la comparaison entre nullité et après-contrat est mal assortie. Il s'agit en effet de deux objets ayant certes des fonctions différentes, mais surtout des natures différentes. Alors que la nullité est un mécanisme sanctionnateur qui cause la disparition des obligations, l'après-contrat ne désigne pas un mécanisme et ne peut se définir que comme une période temporelle dans laquelle s'instaure la situation qui succède à l'extinction.

161.- L'après-contrat et les stigmates du contrat anéanti. Ainsi, c'est véritablement le contenu de l'après-contrat qui se renouvelle à la suite d'un anéantissement rétroactif. Il porte nécessairement les stigmates du temps intermédiaire. Le nerf de l'après-contrat est donc formé par l'évaluation des comptes de restitution. L'assiette du compte de restitution doit donc être évaluée et appréciée de manière à gérer au mieux la persistance de ces stigmates. La première difficulté est amenée par l'impossibilité matérielle de les exécuter, tandis qu'une autre question sera de déterminer si l'évaluation dans le temps doit se faire *ex post facto* ou *ex ante facto*.

⁸³¹ LATINA M., « De la distinction entre restitutions et responsabilité », L'Essentiel Droit des contrats, 9 juin 2015, n° 6, p. 1, note sous Com. 5 mai 2015, à paraître, pourvois n° 14-11.148 et 14-15.278.

⁸³² BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 59.

Si les restitutions se font en principe *in specie*⁸³³, elles peuvent également se faire en valeur⁸³⁴. Le cas le plus topique de l'impossibilité de restitution matérielle est celui de la jouissance⁸³⁵. La Cour de cassation avait estimé qu'en raison de l'effet rétroactif de l'annulation, le vendeur n'était pas fondé à réclamer une indemnité d'occupation pour le temps durant lequel l'acquéreur a occupé l'immeuble⁸³⁶, sauf à la suite de l'annulation d'un bail⁸³⁷. Désormais, l'admission de la restitution de la jouissance semble être le principe, puisque le nouvel article 1352-3 dispose à ce titre que sa valeur est appréciée par le juge au jour où il statue ; alors que les fruits produits par la chose, devant également être restitués, sont estimés pour leur part à la date du remboursement.

Toutefois, on peut se poser la question des limites du principe de restitution de la jouissance, lorsque la cause de l'anéantissement-sanction est une manœuvre déloyale ou l'exercice d'une garantie. Dans le cas où, par exemple, le vendeur est auteur d'un dol donnant lieu à une annulation de l'acte, il semblerait injuste qu'il puisse demander une indemnité de jouissance à la victime du vice. C'est d'ailleurs l'espèce à laquelle avait été confrontée la jurisprudence antérieure ayant fondé le principe de non-restitution de la jouissance⁸³⁸. Il est envisageable que la Cour de cassation maintienne en vie ce

⁸³³ Le nouvel article 1352 du Code civil dispose que la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent a lieu en nature, ou, lorsque cela est impossible, en valeur estimée au jour de la restitution. Cf. MALAURIE M., *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991, p. 94 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 1060 ; et cf. *infra* n° 434 et s. Ce principe vaut également concernant les tiers lorsque l'objet de la restitution a été cédé ou donné entre-temps : GENICON Th., th. préc., n° 727 et s. ; DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 323 ; DOUVILLE T. (dir.), *La réforme du droit des contrats*, Gualino, 2016, p. 396 ; PORCHY-SIMON S., *Droit civil 2 année. Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2016, n° 370 ; ANDREU L. et THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2016-2017, n° 1783. Rapp. *infra* n° 427, 439 et s.

⁸³⁴ Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, pourvoi n° 00-15.297, D. 2002, p. 3108, note RAKOTOVAHINY M.-A. ; Com., 12 oct. 1982, Bull. civ. IV, 1982, IV, n° 309, Defrénois 1983, p. 786, obs. AUBERT J.-L. ; JCP G 1984, II, 20166, note SIGNORET G.

⁸³⁵ KESSLER G., « Restitution en nature et indemnité de jouissance », JCP 2004, I, 154 ; GOUBEAUX G., « A propos de la restitution de l'usur », in *Mélange Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 63.

⁸³⁶ (mettant fin à des divergences jurisprudentielles sur cette question) Ch. Mixte, 9 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 02-16.302 ; RTD Civ. MESTRE J. Et FAGES B. ; RDC 2005. 280, obs. STOFFEL-MUNCK Ph. ; JCP 2004, I, 173, n° 14, obs. SERINET Y.-M. ; CCC 2004, comm. 168, obs. LEVENEUR L. Rapp. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, Bull. civ. I, n° 193, pourvoi n° 05-16.926 : « l'effet rétroactif de la résolution n'autorise pas le vendeur à prétendre à une indemnité correspondant à la seule occupation du bien par l'acquéreur » ; Civ. 3^e, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-03.185, RJDA 2003, n° 373 ; Civ. 3^e, 30 avr. 2003, pourvoi n° 01-14.890, Rev. Lamy dr. aff. 2003, n° 61, p. 48 ; Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74 pourvoi n° 01-01.673 ; D. 2003. 2522, obs. SERINET Y.-M. ; RTD civ. 2003. 501, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; RDC 2004. 265, obs. STOFFEL-MUNCK Ph. ; Com. 30 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 231, RDC 2008. 255, obs. GENICON Th. ; et Com. 10 févr. 2015, inédit, pourvoi n° 13-24. 501. Sur la jurisprudence antérieure, cf. Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 01-01.673 ; D. 2003. 2522, obs. SERINET Y.-M. ; RTD civ. 2003. 501, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Civ. 3^e, 12 mars 2003, Bull. civ. III, n° 63, pourvoi n° 01-17.207 ; D. 2003. 2522, obs. SERINET Y.-M..

⁸³⁷ Ch. Mixte, 9 nov. 2007, inédit, pourvoi n° 06-19. 508 ; RDC 2008. 243, obs. LAITHIER Y.-M. ; Civ. 3^e, 24 juin 2009, Bull. civ. III, n° 155, pourvoi n° 08-12.251 ; et Civ. 3^e, 8 juill. 2015, inédit, pourvoi n° 14-11.582. *Contra* Civ. 3^e, 3 déc. 2015, pourvoi n° 14-22.692, D. 2016. 1179, obs. SAFI F. Cf. *infra* n° 175.

⁸³⁸ Ch. Mixte, 9 juill. 2004, préc. En l'espèce, il convient de noter que les vendeurs demandant l'indemnité étaient les auteurs d'un dol qui fondait l'annulation. La jurisprudence a semble-t-il fait application de l'adage *pari causa*, énonçant que « la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé ».

courant jurisprudentiel, apportant ainsi un tempérament au nouvel article 1352-3, étayé par le principe selon lequel une partie de mauvaise foi ne peut tirer avantage de sa propre faute⁸³⁹. Concernant la garantie, il semble là que la règle d'une restitution de la jouissance puisse être regardée comme contre-productive : peut-on demander au créancier de la garantie d'indemniser son débiteur, alors même que ce dernier lui a délivré une chose non-conforme ou impropre à l'usage auquel elle est destinée ? Le but de la garantie étant la protection de l'acquéreur, il semble que la restitution de la jouissance doive être écartée, sauf à rendre en quelque sorte payant le droit d'usage d'un bien insatisfaisant. Or, la gratuité de la garantie légale participe de son intérêt socio-économique et de l'esprit de la protection légale : l'acheteur ne peut voir le remboursement amoindri par une indemnité de jouissance, sans que cela ne nuise à l'utilité de l'action. La même analyse peut s'appliquer au régime des incapacités, pour lesquels les obligations de restitutions sont précisément aménagées par la loi⁸⁴⁰.

162.- Les traces du temps sur l'objet de la restitution. En outre, le fait qu'une chose ait subi des détériorations ne fait pas obstacle à sa restitution⁸⁴¹, mais le nouvel article 1352-1 du Code civil prévoit par ailleurs que celui qui restitue répond des dégradations et détériorations ayant diminué la valeur de la chose, à moins qu'il soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute. D'aucuns notent ainsi que « *la simplicité apparente qui entoure le principe de restitution en nature se heurte ainsi à la complexité de calcul du compte de restitution* »⁸⁴². Par exemple, pouvant être rapproché de l'article 861 du Code civil⁸⁴³, le nouvel article 1352-5 énonce que pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution⁸⁴⁴. Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que l'effet rétroactif de l'anéantissement de la convention oblige le vendeur

⁸³⁹ Cf. *infra* n° 176, 334.

⁸⁴⁰ Cf. *infra* n° 176.

⁸⁴¹ Civ. 1^{ère}, 23 févr. 1970, Bull. civ. I, n° 66, pourvoi n° 68-13. 563.

⁸⁴² CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 1060.

⁸⁴³ Lequel prévoit que lorsque le rapport se fait en nature et que l'état des objets donnés a été amélioré par le fait du donataire, il doit lui en être tenu compte, eu égard à ce dont leur valeur se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit être pareillement tenu compte au donataire des dépenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation du bien, encore qu'elles ne l'aient point amélioré.

⁸⁴⁴ DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M., *op. cit.*, p. 822. Comp. CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 1071 ; ANDREU L. et THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, préc., n° 1812 ; BARBIER H., « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et la concentration des moyens », RTD civ. 2015. 869 ; SAFI F., « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », D. 2016. 1179, obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2015, pourvoi n° 14-22.692. Comp. Civ. 1^{ère}, 10 déc. 2014, Bull. civ. I, n° 206, pourvoi n° 13.23.903 D. 2015. 9 ; *ibid.* 529, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; RDC 2015. 230, obs. LAITHIER Y.-M. : les restitutions doivent être regardées sans égard aux bénéfices tirés par les parties. V. de façon plus générale, SEUBE J.-B., « Le juge et les restitutions », in MEKKI M. (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016. 396. Rapp. Civ. 3^e, 8 juill. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-11.582 ; D. 2015. 1538 ; Civ. 3^e, 17 juin 2015, à paraître, pourvoi n° 14-14.372 ; D. 2015. 1369 ; *ibid.* 2198, chron. MEANO A.-L., GEORGET V. et COLLOMP A.-L. ; Com. 12 mai 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.208.

à restituer le prix sans que l'usage ou l'usure de la chose vienne le diminuer⁸⁴⁵ ; de même que la chose détruite doit être évaluée à sa valeur au jour du contrat et non au jour de la restitution, en considération de son état à cette date⁸⁴⁶. Ce choix jurisprudentiel a mené la doctrine à faire le constat selon lequel « *l'anéantissement rétroactif du contrat n'a plus vraiment pour conséquence de replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur si le contrat n'avait pas été conclu* »⁸⁴⁷. Le retour au *statu quo ante* ne serait-il qu'une illusion ? Cette idée est séduisante en ce qu'elle finirait de détruire l'artifice de la rétroactivité et redonnerait l'anéantissement-sanction et ses suites, leur fonction principalement extinctive.

Pour cela, il nous faut créer un paradoxe fonctionnel. Il s'agit de montrer qu'une confusion est faite entre le *statu postquam* et le *statu quo ante*. En effet, il n'y a qu'un unique *statu quo ante* possible, celui qui a précédé la formation du contrat. Ainsi, tout « retour au *statu quo ante* » est illusoire. Il n'est donc pas question d'un retour, mais d'une forme spéciale de *statu postquam* : l'extinction du contrat ne cède jamais le pas qu'au *statu postquam*, quand bien même la description de ce dernier est inspirée de l'état dans lequel les parties se trouvaient avant de contracter. Cette remise en question se démarque par la puissance de son sens, en ce qu'elle vient révéler un nouveau visage de l'anéantissement rétroactif

⁸⁴⁵ Com. 29 févr. 1972, Bull. civ. IV, n° 77, p. 73, pourvoi n° 69-14.728, D. 1972. 623 ; Civ. 2^e, 5 juill. 2001, Bull. civ. II, n° 135, p. 91, pourvoi n° 99-18.712 ; LPA 2002, n° 40, chron. CASSON Ph ; Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2014, Bull. civ. II, n° 206, pourvoi n° 13-23.903. Comp. Com. 2 févr. 2016, inédit, pourvoi n° 14-19.278, RTD civ. 2016. 347, obs. BARBIER H. : si la restitution consécutive à l'annulation d'une cession de droits sociaux a lieu en valeur, cette circonstance ne fait pas obstacle à la restitution au cédant des fruits produits par les parts sociales litigieuses, à condition qu'ils aient été perçus en connaissance du vice affectant l'acte annulé par celui qui est tenu à restitution. Civ. 3^e, 7 janv. 2016, à paraître, pourvoi n° 14-18.360 ; Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-27.168 ; Civ. 3^e, 31 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-25.604 ; Paris, 5 janv. 2016, RG n° 14/21649.

⁸⁴⁶ Com. 18 nov. 1974, D. 1975. 625, obs. MALAURIE Ph.

⁸⁴⁷ LATINA M., « De la distinction entre restitutions et responsabilité », art. préc., au sujet de Com. 5 mai 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-11.148. En l'espèce, viole l'article 1147 du Code civil, la Cour d'appel qui pour condamner un vendeur à assurer la dépollution de la cuve appartenant à l'acheteur – cuve contaminée par le produit vendu - et à lui payer une somme correspondant au prix d'acquisition d'une nouvelle cuve, en retenant, d'un côté, que la dépollution de la cuve est la conséquence nécessaire de la résolution du contrat qui remet les choses dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé et, de l'autre, que l'acquisition d'une nouvelle cuve est rendue nécessaire par le remplacement de l'ancienne, inutilisable. Appr. DUMONT M.-P., « Bail commercial et annulation de vente de l'immeuble objet du bail », AJDI 2004. 883, notant que la volonté de remettre les parties dans l'état antérieur à la formation n'est pas parfaite, au sujet d'un arrêt montrant que les juges ne s'en tiennent pas à cette orientation : « *la solution ici commentée va plus loin puisqu'elle conclut que le vendeur redevenu propriétaire doit rembourser à l'acquéreur le montant de l'indemnité d'éviction pourtant versée entre les mains d'un tiers au contrat de vente* ». Comp. Civ. 3^e, 26 janv. 1994, inédit, pourvoi n° 91-20.934, CCC, 1994, n° 133, obs. LEVENEUR L. ; 12 janv. 1994, Bull. civ. III, n° 5, pourvoi n° 91-19.540 : le vendeur redevenu propriétaire doit rembourser à l'acquéreur le montant de la taxe foncière ; Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1983, Bull. civ. I, n° 233, pourvoi n° 82-17.14273 : sur l'obligation de rembourser les paiements à l'assurance ; Civ. 18 oct. 1983, Bull. civ. I, n° 233 : sur le paiement de l'assurance. Adde HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n° 580 : « *Dans une première approche, il est tentant de penser que les parties doivent être replacées au statu quo ante, à la situation dans laquelle elles se trouvaient antérieurement au contrat. A bien y réfléchir, pourtant, une telle affirmation n'est pas absolument incontestable. Après tout, à partir du moment où la nullité ne sanctionne pas « une manière d'être du contrat », mais où elle est destinée à assurer la protection de règles d'intérêts général ou d'intérêt particulier, il est parfaitement possible de considérer que ces restitutions doivent être évaluée en fonction de ces critères plutôt qu'en fonction de ce qui a été accompli par les parties : la finalité de la règle protégée n'implique pas nécessairement le retour au statu quo ante* ».

du contrat, et compléter celui de l'après-contrat. Pour cela, il convient de voir que les effets du désordre semé par la rétroactivité consistent en un conflit de réalités, lesquels affectent l'orientation de l'après-contrat.

§2) L'orientation de l'après-contrat : les suites du désordre

163.- Un désordre chronologique et logique. Il existe plusieurs façons de définir le « désordre ». Il peut effectivement être compris ce qui est contraire à la « *classification d'événements ou d'objets suivant leur succession dans le temps* »⁸⁴⁸, mais aussi comme un « *manque de cohérence et de logique* »⁸⁴⁹. Il s'agit donc aussi bien d'un temps décousu que du mauvais fonctionnement d'une organisation théorique. Évoquer le retour au *statu quo ante* en tant que « suites du désordre », c'est donc désigner le désordre chronologique (**A. Le désordre chronologique**), généré par l'idée que ce qui est venu *avant* peut venir *après*, et celui logique (**B. Le désordre logique**), visant les conséquences de l'extinction elle-même désordonnée.

A- LE DÉSORDRE CHRONOLOGIQUE

164.- Faire du neuf avec du vieux, ou du vieux avec du neuf ? Telle est la question posée par l'orientation du temps postcontractuel s'ouvrant sur un anéantissement rétroactif du contrat. La convention ne ressemble plus guère qu'à une norme ineffective, comme la coquille vide d'un contenu disparu. On peine à dire ce qu'est devenu l'acte. Quoi qu'il soit, l'objectif principal reste de s'en libérer effectivement, de l'oublier, voire de faire *tabula rasa* du lien passé. Le besoin de tirer les conséquences de l'anéantissement rétroactif va finalement se heurter aux fonctions postcontractuelles de créer une situation nouvelle. Mais la tâche n'est pas toujours facile, contrairement à l'idée persistante selon laquelle « *la nullité se règle ainsi en un coup de gomme* »⁸⁵⁰.

165.- « Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme »⁸⁵¹. Certes, le contrat n'est pas un composant de la matière physique qu'étudiait Lavoisier, mais en tant qu'élément juridique inscrit dans le réel, se pose également la question du sens de sa disparition. La question de déterminer ce que représente le contrat réputé disparu reste entière. Présumé n'avoir jamais existé, le droit décide d'ignorer le temps contractuel et de replacer les parties dans l'état qui a précédé la formation du contrat disparu, dans un déni de temps. L'idée d'une « disparition » s'impose donne un sens mystérieux à

⁸⁴⁸ V° « Ordre », *in* Ortolang, CNRTL.

⁸⁴⁹ V° « Désordre », *in* Ortolang, CNRTL.

⁸⁵⁰ MESTRE J. et FAGES B., « *Les conséquences de l'annulation* », RTD civ. 2003. 284.

⁸⁵¹ Lavoisier.

l'extinction, autant que celle d'un retour au *statu quo ante* donne l'impression d'une défaillance de la mémoire collective. Si le contrat s'est un jour créé, comment pourrait-il se perdre, où pourrait-il s'égarer ? Comme a pu l'affirmer une partie de la doctrine, l'effet rétroactif peut-il véritablement se résumer à un « *retour au néant* »⁸⁵² ? Pourtant l'après-contrat ne consiste pas en un retour au néant⁸⁵³. Si classiquement, l'orientation de l'effet rétroactif est dirigée vers le *statu quo ante*, au travers un phénomène qui nie le caractère postérieur du temps succédant à l'anéantissement. Or, prétendre d'une part que l'effet rétroactif consiste en un retour au néant, tout en admettant d'autre part que le temps de l'anéantissement organise un retour au *statu quo ante*, revient simultanément à considérer le *statu quo ante* comme le néant. Cette perte des repères entretient une représentation nihiliste de l'extinction⁸⁵⁴.

Pourtant, il semble que si les obligations ont pu se créer, leur cours ne se jette pas dans le fleuve de l'oubli. L'orientation de l'anéantissement est davantage celle du changement, d'une bifurcation, bref, d'une transformation de la situation *telle qu'elle est* vers celle qu'elle doit devenir. Par l'effet de cette transformation, un lien *inter partes* de seconde nature se crée alors, si bien que l'orientation de l'anéantissement est davantage guidée par la reconstruction d'une situation en cours. Cette idée est d'autant plus forte que la reconstruction du temps postcontractuel doit, pour s'organiser utilement, prendre en compte les événements antérieurs.

166.- Le changement de forme de la situation contractuelle. L'idée de transformation est d'ailleurs un phénomène qui n'est pas exclu du droit civil⁸⁵⁵. Elle se définit comme l'action de transformer, c'est-à-dire de donner à une chose une forme nouvelle⁸⁵⁶. Ainsi, s'intéresser à la transformation dans le processus contractuel n'est pas insolite. Si les effets de l'anéantissement du contrat doivent trouver un ancrage dans le réel, il s'agit bien plus d'une réécriture que d'un effacement pur et simple. L'image du palimpseste est utile, en ce qu'elle évoque la métamorphose des objets au travers du temps. Le palimpseste renvoie précisément la thématique des réécritures, défini comme « *un parchemin dont on a gratté la première inscription pour en tracer une autre, qui ne la cache pas tout à fait, en sorte qu'on peut y lire, par transparence, l'ancien sous le nouveau* »⁸⁵⁷. Mais si les contenus peuvent se superposer, ils ne font que se succéder dans le temps. Cette image montre que la sanction-extinctive ne peut reposer sur une politique d'herbe brûlée. Son orientation repose sur un besoin d'adaptation réciproque des faits

⁸⁵² MESTRE J. et FAGES B., « *Les conséquences de l'annulation* », préc. : « *L'effet principal de l'annulation ? Le retour au néant* ». Comp. Soc. 3 oct. 1980, Bull. civ. V, n° 704, pourvoi n° 79-40.129, D. 1982. 70, obs. AGOSTINI E. : « *le néant ne peut rien produire* ».

⁸⁵³ Rapp. *supra* n° 1, 62, 84, 165 et s..

⁸⁵⁴ Cf. *supra* Chapitre 1.

⁸⁵⁵ C'est l'exemple de la novation, ou de la théorie de l'accession.

⁸⁵⁶ V° *Transformation* et *Transformer*, in Littré.

⁸⁵⁷ GENETTE G., *Palimpsestes, la littérature au seconde degré*, Points Essais, 1997, 573 pages, quatrième de couverture.

et du droit, d'une mise en cohérence du passé avec la nouvelle trajectoire du rapport *inter partes*. Mais un fois la nouvelle version du passé donnée par le droit, c'est davantage une mise en conformité du présent avec un passé réinterprété. Dès lors, lorsque la seule interprétation du passé est modifiée, c'est véritablement la situation qui lui succède qui s'adapte matériellement. C'est bien dans l'ordre des choses que la situation nouvelle ne puisse intervenir que postérieurement à l'extinction de la situation ancienne. Déjà Pothier exprimait cette idée, au sujet du révolu *profit de quint* : « observez que, tant que le contrat n'est pas déclaré nul par un jugement rendu entre les parties contractantes, l'acheteur, à qui le seigneur demande le profit, n'est pas recevable à opposer la nullité du contrat, et il doit payer le profit demandé ; mais lorsque le contrat aura été déclaré nul, il en aura la répétition »⁸⁵⁸. Il faut ainsi retenir deux caractéristiques de l'orientation du temps postérieur à l'anéantissement rétroactif : la superposition de vérités juridiques sur un même rapport de droit, et la juxtaposition dans le temps de situations de fait.

C'est pourquoi, conformément à la définition du palimpseste, la nouvelle trace n'est pas présentée comme une dissimulation de l'ancienne. C'est la notion de transparence qui mérite d'être soulignée. Il est ainsi possible de lire ce qui n'existe plus, au travers de la nouvelle situation. C'est ainsi que le retour au *statu quo ante* est un non-sens. Il n'est que le point de départ de la nouvelle version de la situation *inter partes*, à partir de laquelle est déduite le nouveau *statu postquam*. L'orientation du temps postcontractuel repose sur un élan donné par un état d'appui et non de destination. Cette métamorphose ne peut être réduite à un effacement pur et simple du temps contractuel. Ce n'est donc pas du néant dont il est question, mais du changement. Le choix de supprimer ou de conserver les effets du passé est d'ailleurs parfaitement représenté par l'annulation du mariage putatif⁸⁵⁹, assimilé au « *maintien d'un embryon de mariage* »⁸⁶⁰. Bien que l'acte soit réputé nul, le temps post-annulation va voir certains effets persister et d'autres renversés. Un autre exemple donne à voir parfaitement l'idée selon laquelle le temps intermédiaire ne peut être considéré comme partant du *statu quo ante* pour retourner vers le *statu quo ante*. Il s'agit de l'application par la jurisprudence d'une règle de maintien des sous-contrats, malgré l'extinction rétroactive du contrat principal « *la conclusion de la sous-cession est antérieure à la date de prise d'effet de la résiliation, à laquelle l'auteur a recouvré ses droits, et fait application de l'adage prior tempore, potior jure* »⁸⁶¹. On en revient alors à cette idée de renversement

⁸⁵⁸ POTHIER R. J., *Œuvres contenant les traités de droit français*, vol. 7, H. Tarlier, Bruxelles, 1833, p. 55.

⁸⁵⁹ V. art. 201 du C. civ. ; GALLARDO R., *L'institution du mariage putatif*, th. Paris, 1938, spéc. n° 238 s. ; LAMARCHE M. et LEMOULAND J.-J., Rép. dr. civ. Dalloz, « Mariage », janv. 2014 (actu. Févr. 2017), not. n° 183 et s., spéc. 189.

⁸⁶⁰ HAUSER J., « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in *Mélanges Colomer*, 1993, Litec, p. 189.

⁸⁶¹ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « La résiliation du contrat principal n'emporte pas extinction des sous-cessions », D. 2013. 1810 ; Civ. 3^e, 10 oct. 1979, Bull. civ. III, n° 173, pourvoi n° 78-14.876 ; Civ. 3^e, 22 mai 1997, Bull. civ. III, n° 114, pourvoi n° 95-17.480, D. 1997. 343, obs. PAISANT G. ; RTD civ. 1997. 960, obs. GAUTIER P.-Y., et 1999. 652, obs. ZENATI F. ; Civ. 3^e, 7 janv. 2016, à paraître, pourvoi n° 14-18.360 : une cour d'appel retient à bon droit que, par l'effet rétroactif de la résolution de la vente d'un immeuble, les droits constitués sur celui-ci se trouvent anéantis et en déduit exactement que, le vendeur n'ayant pas la qualité de tiers détenteur, le créancier, qui avait fait inscrire une hypothèque

du contenu du contrat, au travers l'image du « *contrat à l'envers* », lequel ne doit pas donner lieu au malentendu d'un renversement de l'ordre chronologique des événements.

167.- Reconsidérer la signification de la rétroactivité. Le terme de *rétroactivité* est trompeur et peut être banni au profit d'un vocabulaire nouveau, plus évocateur des fonctions principales de l'anéantissement. Il serait possible de construire ce nouveau vocabulaire autour de deux idées principales : l'extinction agit de manière à faire succéder dans le temps une nouvelle situation, qui pour s'ancrer dans le réel, éteint l'ancienne, tandis qu'elle renverse les obligations. Ainsi, l'idée d'une *rétroversion extinctive* des effets du contrat pourrait être envisagée, c'est-à-dire une **nouvelle version** d'une situation ancienne et qui donne naissance à une autre qui l'éteint. De même, il est possible de parler de *rétroversion confortative* lorsqu'il s'agit de rétrospectivement consolider les effets d'un acte. Ressort de cette idée que l'extinction n'agit réellement que sur le présent, s'avérant naturellement impuissante à rétroagir, mais uniquement à proposer une interprétation renouvelée du lien *inter partes* et de sa trajectoire. Il convient ici de mettre en lumière le pouvoir réfléchissant de l'après-contrat qui, à partir de l'extinction, se déploie comme un reflet, de même que les restitutions agissent comme des *obligations réflexes*⁸⁶².

168.- L'après-contrat, une notion-reflet. L'essence même de la postériorité incite à mener une analyse en lien étroit avec le référentiel dans lequel s'inscrit l'objet observé. Aussi faut-il retenir que le barycentre de l'extinction représente le pivot qui fait basculer le contrat dans « *l'après* ». Cette idée de bascule apparaît préférable à celle de « *césure* », déjà proposée par la doctrine⁸⁶³. Elle permet en effet de valoriser la connexion entre la période postcontractuelle et ses antécédents, ainsi que la capacité subversive du moment de l'extinction. Il s'agit bien de révéler le jeu de symétrie qui, par le prisme de la cessation, transforme les effets du contrat. C'est par ce biais que les effets contraignants de la période contractuelle se trouvent principalement renversés, comme par un jeu de miroir, en effets libérateurs, et parfois inversement. L'analogie avec la bascule fait de l'après-contrat une *notion-reflet*, dans laquelle l'*avant* reste lisible *post-expiration*, et qui rend parfois l'*après* déjà visible *pré-expiration*. L'après-contrat,

judiciaire du chef de l'acquéreur, ne peut pas exercer un droit de suite à son encontre. Rappr. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-27.168 ; Civ. 3^e, 31 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-25.604 ; Com. 14 mai 2013, pourvoi n° 12-17.637, JCP E 2013. 1519, obs. CAFFIN-MOI M. ; Com. 2 févr. 2016, préc ; Paris, 5 janv. 2016, RG n° 14/21649. Adde BARBIER H., « Quand la rétroactivité ne parvient pas à remettre en cause des actes juridiques et judiciaires passés sur le fondement du contrat annulé », RTD civ. 2016. 347.

⁸⁶² Cf. Chapitre 1 pour l'expression. Dans le sens d'un automatisme des restitutions, cf. SERINET Y.-M., préc., p. 45 : « *il est précisé que la restitution est emportée "de plein droit" par l'annulation ou la résolution rétroactive. Il s'agit d'insister sur le caractère automatique des restitutions et d'indiquer qu'il n'y pas lieu de distinguer deux types d'actions et deux prétentions qui en seraient l'objet* ».

⁸⁶³ BLANC-JOUVAN G., th. préc., n° 3.

en tant que notion-reflet, doit être nécessairement identifié comme un objet juridique réfléchissant. Si l'étroite jointure de l'instant extinctif forme le basculement du contrat dans l'après, elle fonde l'assise temporelle de l'après-contrat ainsi que le sens de la relation *inter partes*, en rapport permanent avec le passé contractuel⁸⁶⁴. Ainsi, même dans leur aspect le plus minimaliste, les liens entre l'avant et l'après sont presque toujours insécables. Vision et compréhension de l'après-contrat ne peuvent être que principalement réflexives, à la fois portées sur l'ombre et les projections de la convention éteinte, de manière à mettre en lumière l'éclat de cette notion-reflet. L'ouverture de la période postcontractuelle aura ainsi pour but de reconstruire le reflet du temps passé. En conséquence, l'idée d'un retour au *statu quo ante* est biaisée, du fait que l'*après* sera toujours différent de l'*avant*. De surcroît, la transformation dont dépend la reconstruction de l'état postérieur à l'anéantissement rétroactif a déjà trouvé sa place en droit allemand. Il s'agit du phénomène d'*umgestaltung* qui justifie le rapport de liquidation succédant à la résolution sur l'idée d'une transformation de la situation ancienne en une situation nouvelle⁸⁶⁵.

En résumé, la rétroactivité est une fiction destinée à mettre en conformité la situation factuelle des parties avec leur nouvelle situation juridique. Elle permet ainsi d'apprécier l'ampleur de l'effet extinctif et d'en estimer le degré d'efficacité. Lorsque l'extinction a lieu pour l'avenir, c'est parce que la situation de fait acquise par les parties est immunisée contre l'effet extinctif, de sorte que la fin de la relation n'emporte pas remise en cause de leur situation au jour de l'extinction. Quand l'extinction est dite rétroactive, la situation de fait acquise par les parties au jour de l'extinction doit être modifiée. Ainsi, l'après-contrat, dans les deux cas, est un temps qui succède à l'extinction, mais les effets de cette dernière provoquent un contenu différent selon la cause extinctive. Il ne s'agit donc pas tant de transformer le passé que de transformer les suites de l'extinction, en considération de ce passé dans sa nouvelle traduction juridique et matérielle⁸⁶⁶. Lorsque le contrat s'éteint par l'effet d'une annulation pour vice du consentement, c'est la prise en compte rétrospective de cette cause de nullité qui remet en question les suites du contrat, si bien que l'après-contrat n'est pas tant tourné vers le passé que réformateur du

⁸⁶⁴ ATIAS Ch., « Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288, no4 et 5 : « *son existence [du contrat], sa validité, son interprétation, son annulation, sa résolution et, plus généralement, sa remise en cause peuvent être influencées par son exécution, par la façon dont elle s'est réalisée. (...) L'exécution joue un rôle dans l'appréciation que portent les parties sur leur intérêt et sur les choix stratégiques qu'elles peuvent effectuer* »⁸⁶⁴.

⁸⁶⁵ Cf. WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 543.

⁸⁶⁶ Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. civ. n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044, D. 1991, Jur. 121, obs. LARROUMET Ch. ; JCP E 1991, II, 111, obs. LEGEAIS D. ; RTD civ. 1991. 360, obs. REMY Ph : ne tire pas les conséquences légales de ses constatations, la cour d'appel qui, pour décider qu'un contrat de crédit-bail conserve son plein et entier effet, retient que les parties sont liées par ce contrat qui prévoit qu'il prend fin le jour où le jugement prononçant la résolution de la vente devient définitif, alors qu'elle constatait que la résolution judiciaire avait été prononcée et que le crédit-bailleur avait limité son appel à la seule question de la nullité du contrat de crédit-bail. *Adde* CARBONNIER J., « Le crédit-bail : du bail au crédit (À propos des arrêts de la chambre mixte du 23 nov. 1990 », Defrénois, 1991, art. 35102

présent et de l'avenir⁸⁶⁷. Ce phénomène procède d'une désolidarisation entre les suites du contrat telles qu'elles se sont produites, et celles qu'il convient de donner au jour de l'anéantissement. Il en est de même lorsque la convention est résolue. La rétroactivité répond alors à la question suivante : quels droit et obligations sont concernés par l'effet extinctif ? Il s'agit là d'affronter le désordre logique.

B- LE DÉSORDRE LOGIQUE

169.- **Le désordre causé en dehors du contrat.** Si l'extinction n'est pas considérée comme rétroactive, elle ne peut atteindre les droit et obligations nécessaire au maintien de l'acquis contractuel. Si elle l'est, elle pourra atteindre tout ou partie des droits et obligations nés du contrat, au préjudice de l'acquis contractuel puisque ce dernier est une situation devant être démantelée : l'acquis doit être dissout⁸⁶⁸, au préjudice parfois d'un « *ordre rationnel de primogéniture des droits* »⁸⁶⁹. Pourtant la mesure de l'amplitude de l'extinction s'effectue en considération de cet acquis, lequel peut être en partie sauvegardé⁸⁷⁰, particulièrement quand sont en jeu d'autres intérêts que ceux des contractants. Tel est le cas lorsque la sécurité des tiers est en question⁸⁷¹. Est alors mis en relief le plus grand désordre, du fait que par un effet domino, la sanction-extinctive va bousculer les obligations *extra partes*. En effet, l'effet rétroactif est susceptible de nuire aux tiers quand le contrat remis en cause a déjà donné lieu à des nouvelles situations en dehors des seuls contractants⁸⁷². Par exemple, en matière de contrats translatifs,

⁸⁶⁷ Comp. not. *supra* n° 88, 97, 348.

⁸⁶⁸ Crim. 8 déc. 2004, Bull. crim., n° 315, pourvoi n° 03-84.715, D. 2005. 22. 2267, obs. PAULIN A. ; JCP 2005, I, 132, n° 4, obs. VINEY G.; AI Famille 2005. 105, obs. CHENEDE F.: l'annulation de la reconnaissance d'un enfant a un effet rétroactif sur l'existence du lien de filiation et, par voie de conséquence, sur la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants; qu'il en découle également l'anéantissement rétroactif des effets juridiques de cette reconnaissance, notamment ceux relatifs à la dévolution de l'autorité parentale. L'art. L. 311-21 du C. de la conso. Dispose que l'annulation ou la résolution de la vente entraîne automatiquement l'extinction du contrat de prêt finançant cette vente (v. sur les conditions de cette dépendance : Civ. 1^{ère}, 7 févr. 2006, inédit, pourvoi n° 05-12.799, D. 2006. 650, obs. RONDEY C. ; AUBY FL., « Les conditions de l'interdépendance entre le contrat financé et le contrat de crédit » D. 2004. 2565 ; AMRANI-MEKKI S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 2002, art. 37505, n° 33 ; REIGNE P., « La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, préc., p. 171.

⁸⁶⁹ BOULANGER J., « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », RTD civ. 1933. 545, spéc. 546.

⁸⁷⁰ V. par exemple : Soc. 20 déc. 2006, Bull. Civ. V, n° 409, pourvoi n° 05-43.057 ; D. 2007. 555, obs. BLANC-JOUVAN G. ; RTD civ. 2007. 117, obs. MESTRE J. et FAGES B. : la résiliation amiable du contrat d'enregistrement exclusif « *n'y met fin que pour l'avenir de sorte qu'elle n'a pas pour effet d'anéantir rétroactivement les cessions antérieurement intervenues sur les enregistrements réalisés en cours de contrat* ». Rapp. *infra* n° 175 et s. (pour d'autres exemples des limites apportées à l'effet extinctif).

⁸⁷¹ GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, 1937, rééd. Dalloz, 2004, p. 164 et s. ; PLANIOL M. et RIPERT G., *Obligations*, t. 6, par ESMEIN P., 1952, n° 352 et s. ; ANCEL P., « La rétroactivité de l'anéantissement du contrat et la sécurité des tiers », RDC 2008, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 35 : « *on a depuis longtemps souligné les inconvénients de la rétroactivité au regard des tiers, mais, en même temps, on connaît bien, depuis longtemps aussi, les nombreuses limites qui lui sont apportées sur ce terrain* ».

⁸⁷² L'art. L. 235-12 du C. de comm. Dispose par exemple que ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cependant, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence.

le vendeur intermédiaire sera privé de son droit d'action résolutoire si le sous-acquéreur intente une action en résolution de la vente originaire⁸⁷³.

170.- Effet extinctif et multiplicité de contrats. L'illustration la plus représentative reste certainement celle des ensembles contractuels⁸⁷⁴, ou des contrats translatifs qui s'enchaînent dans le temps⁸⁷⁵ : « *ce qui importe aux tiers, en cas d'anéantissement rétroactif, tant en cas de nullité que de résolution, ce n'est pas, en effet, que la norme contractuelle soit considérée comme n'ayant jamais existé, c'est que les effets que le contrat a produits - par exemple le transfert de droits opéré par le contrat -, et à la suite desquels leur situation a pu se trouver modifiée, soient eux-mêmes remis en cause pour le passé* »⁸⁷⁶. Les perturbations vont se répandre sur les contrats dépendants de la convention annulée ou résolue, en application de l'adage *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*⁸⁷⁷. Au sein des ensembles contractuels, le mécanisme de la caducité avait été proposé par la doctrine pour justifier unitairement l'extension de l'effet extinctif d'un contrat sur les autres actes, faisant barrage à l'effet rétroactif, avec pour critère l'utilité de l'acte éteint pour déterminer l'efficacité de l'acte ultérieur⁸⁷⁸. La jurisprudence a eu des hésitations : l'annulation du contrat a pu entraîner la résiliation du second⁸⁷⁹, ou la caducité⁸⁸⁰ : « *la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent*

⁸⁷³ Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, Bull. civ. I, n° 119, pourvoi n° 09-10.086, RTD civ. 2010, p. 554, obs. FAGES B. : l'action résolutoire du vendeur intermédiaire à l'égard du vendeur originaire doit être rejetée si le sous-acquéreur intente une action identique. Il est donc impossible d'accueillir deux actions résolutoires portant sur la même vente et actionnées par deux personnes différentes.

⁸⁷⁴ Cf. MAZEAUD D., « De l'influence de l'indivisibilité de contrats de distribution sur le régime de leur rupture », D. 2000. 362 et « L'effet extinctif du groupe de contrats », D. 2000. 363 ; TEYSSIE B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, Bibl. dr. privé, Paris, 1975 ; LE BARS T., « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », in *Le nouveau Code de procédure civile*, Economica, 2006, p. 270 et s. ; BARBIER H., « Quand la rétroactivité ne parvient pas à remettre en cause des actes juridiques et judiciaires passés sur le fondement du contrat annulé », RTD civ. 2016. 347 ; DUMONT M.-P., « Bail commercial et annulation de vente de l'immeuble objet du bail », AJDI 2004. 883.

⁸⁷⁵ BENABENT A., *Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd. 2007, n° 234 (sillage); FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 2006, n° 362. Rapp. ég. d'autres situations telles que celles prévues à l'art. 402 du C. civ. prévoyant que les délibérations du conseil de famille sont nulles lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude ou que des formalités substantielles ont été omises. (...) Les actes accomplis en vertu d'une délibération annulée sont annulables de la même manière. Le délai court toutefois de l'acte et non de la délibération. V. ég. Com. 17 déc. 1985 ; D. 1986. 101 (inopposabilité d'une donation qui se répercute sur une sous-acquisition à titre onéreux) ; CARLI P., « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité... », art. préc.

⁸⁷⁶ ANCEL P., « La rétroactivité et la sécurité des tiers », art. préc. Adde WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, passim et spéc. n° 391.

⁸⁷⁷ Le droit du donateur étant résolu, le droit du donataire est résolu. Sur cette règle, v. not. TROPLONG M., *Droit civil expliqué des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., t. 2, Administration du journal des notaires et des avocats, Paris, 1862, p. 683, sous l'art. 96, et, du même auteur, *Droit civil expliqué des privilèges et hypothèques*, t. 2, 5^e éd., Charles Hingray, 1854, p. 173 ; HILAIRE J., *Adages et maximes du droit français*, 2^e éd., Dalloz, 205 ; NERET J., *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, n° 169 ; ANCEL P., « La rétroactivité et la sécurité des tiers », art. préc. ; ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « La résiliation du contrat principal n'emporte pas extinction des sous-cessions », D. 2013. 1810.

⁸⁷⁸ AMRANI-MEKKI S., art. préc.; SEVELY-FOURNIE C., th. préc., p. 565 et s.

⁸⁷⁹ Com. 12 juin 2001, Bull. Civ. IV, n° 119, pourvoi n° 98-19.787, RTD civ. 2002, 96, obs. MESTRE J. et FAGES B.

⁸⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, Bull. civ. I, n° 190, pourvoi n° 02-18.277, D. 2006. 2656, obs. BOFFA R.; RDC 2006. 700, obs. MAZEAUD D.

*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*⁸⁸¹ ». L'ordonnance de février 2016 a consacré la solution de la caducité, en créant un article 1186 disposant, dans son deuxième alinéa, que « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ». La disposition prévoit cependant que la caducité n'interviendra que « *si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* »⁸⁸².

171.- Le maintien d'un certain *statu postquam*. Ces situations montrent, encore une fois, que le temps qui succède à la résolution ou à l'annulation sont une expression de l'après-contrat, par le fait qu'il est sujet à des réactions en chaînes et pour objet de traiter les conséquences de l'extinction de l'acte⁸⁸³. De plus, les tiers pourront être déjà bénéficiaire du *statu postquam* de leur propre opération contractuelle. Les suites de l'extinction-sanction se heurtent alors aux suites des actes s'étant poursuivis par ailleurs, créant ainsi des conflits de réalités. Le problème se pose lorsque l'objet de la restitution a été entre-temps cédé. Les exemples sont abondants et il est impossible de tous les envisager⁸⁸⁴. Les nullités de la période suspecte en cas de procédures collectives, et la confrontation de la rétroactivité à l'autorité de chose jugée, mettent clairement en relief les difficultés à l'égard des tiers et les conflits de réalités provoqués par l'effet rétroactif.

⁸⁸¹ Com. 5 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 156, pourvoi n° 04-20.380.

⁸⁸² En outre, l'article L. 313-36 du Code de la consommation prévoit que, en matière de crédit, l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long.

⁸⁸³ V. not. MESTRE J. et FAGES B., « Quelques groupes de contrats », RTD civ. 2002. 96, obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, Bull. civ. I, n° 94 ; Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2001, inédit, pourvoi n° 98-18.377 ; Com. 12 juin 2001, inédit, pourvoi n° 98-19.787 ; Crim. 20 mars 2001, Bull. crim., n° 74, p. 243, pourvoi n° 00-87.107. *Adde* PETELIN T., « Indivisibilité entre les coauteurs dans l'action en résiliation des contrats d'exploitation des œuvres de collaboration », Dalloz 2017. 222 ; GUILLEMAIN M., « Les groupes de contrats en droit d'auteur : étude de clauses », Dalloz 2016. 133.

⁸⁸⁴ Cf. JAMIN Ch., *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, not. n° 377 s. ; GAUTIER P.-Y., « Invitation au voyage : les cessions de droits d'auteur à l'étranger, créatrices de groupes de contrats », D. 1995. 262 ; ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « La résiliation du contrat principal n'emporte pas extinction des sous-cessions : l'*imbroglio* des droits en conflit », D. 2013. 1810 ; ANCEL P., « La rétroactivité et la sécurité des tiers », art. préc. ; BARBIER H., « Quand la rétroactivité ne parvient pas à remettre en cause des actes juridiques et judiciaires passés sur le fondement du contrat annulé », RTD civ. 2016. 347 ; Civ. 3^e, 8 juill. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-11.582, D. 2015. 1538 ; RTD civ. 2015. 869, obs. BARBIER H. ; Defrénois 2016. 75, obs. LÉCUYER H.

172.- Les nullités de la période suspecte. Une « *brèche radicale* », démontrant les « *ravages de la rétroactivité* »⁸⁸⁵, a été identifiée dans le jeu des nullités de la période suspecte, en droit de la faillite. La jurisprudence a en effet établi que ni la théorie de l'apparence, ni l'erreur commune, « *ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des tiers-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité* »⁸⁸⁶. La conséquence de ce principe peut mener à certaines situations absurdes, notamment quand le jeu des nullités de la période suspecte expose le débiteur cédé à un double-paiement en cas d'annulation de la cession de créance. Ce « *télescopage* »⁸⁸⁷ entre le régime général de l'obligation et les procédures collectives résulte d'une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation appréciant précisément l'orientation du temps succédant à l'annulation⁸⁸⁸. En l'espèce, l'administrateur contestait une cession de créance intervenue en période suspecte. Or, après que la contestation a été rejetée en première instance, la cessionnaire obtenait judiciairement le paiement forcé du débiteur cédé. Mais, après ouverture de la liquidation, l'annulation de la cession était finalement prononcée par le Tribunal de commerce. Elle était ensuite alors confirmée en appel : les juges du fond condamnaient alors le débiteur cédé à payer son ancien créancier, à savoir « *l'ex-cédante* »⁸⁸⁹. Le débiteur forme un pourvoi, invoquant l'ancien article (nouveau)1342-3 (ancien 1240) selon lequel le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. Le *solvens* prétend ainsi s'être libéré de sa dette, ayant exécuté son obligation à la suite d'une condamnation, entre les mains de l'ex-cessionnaire. Mais le pourvoi est rejeté au motif que la condamnation au paiement forcé ayant été infirmée, la cause du paiement a disparu, de sorte que les parties ont été remise dans la situation où elle se trouvait avant l'exécution. La Cour de cassation estime alors que par cette infirmation, la Cour d'appel a écarté à bon droit l'article 1342-3 et substitué une condamnation à une autre.

En l'occurrence, le retour au *statu quo ante* est entendu de façon rigide, faisant fi du paiement intervenu dans le temps intermédiaire. Pourtant, il eût été possible d'envisager que, compte tenu du fait que la nullité atteint la cession, les restitutions dont le cessionnaire est débiteur permettent de liquider la situation. En effet, le cessionnaire a reçu entre ses mains le paiement, en se comportant comme

⁸⁸⁵ BENABENT A., « La théorie de l'apparence se miterait-elle ? », préc. : « *Hélas, au-delà du risque de contagion, cette brèche est en elle-même destructrice globalement de la protection de tout sous-acquéreur* », ajoutant ensuite que « *Par hypothèse, le sous-acquéreur de bonne foi ignore le vice du titre de son auteur et ne peut donc pas distinguer selon la nature de ce vice : si l'on décide qu'il ne sera pas protégé dans un cas, il devrait dans tous les cas se livrer à toutes les recherches imaginables (et encore sans certitude absolue car il lui faudra en outre, comme en l'espèce, supputer de futures annulations rétroactives), simplement pour vérifier s'il ne se trouverait pas par hasard dans ce cas d'exception* ». Rappr. Com. 30 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 137, pourvoi n° 02-13.465, D. 2005. 301, et 292, obs. LE CORRE P.-M. et LUCAS F. X. .

⁸⁸⁶ Com. 3 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 53, pourvoi n° 95-20.389, D. 1999. 185, obs. BENABENT A., et 70, obs. HONORAT A. ; RTD civ. 1998. 361, obs. MESTREJ. ; RTD com. 1999. 201, obs. MARTIN-SERF A.

⁸⁸⁷ HONTEBEYRIE A., « Du risque de double-paiement couru par le débiteur cédé en cas d'annulation de la cession de créance », D. 2012. 1107.

⁸⁸⁸ Com. 11 oct. 2011, pourvoi n° 10-11.938.

⁸⁸⁹ HONTEBEYRIE A., préc.

créancier. L'effet de l'annulation doit alors commander la restitution de la somme au liquidateur, créancier des restitutions puisque désigné comme étant celui *aurait* dû percevoir la créance. Voilà sans doute une illustration édifiante de « *l'imbroglia des droits en conflit* »⁸⁹⁰, dans une configuration où c'est le tiers qui est tenu de « faire comme si la cession n'avait pas existé », alors même que le paiement est une cause d'extinction de son obligation. En d'autres termes, le voici qui porte la charge payer à nouveau une obligation éteinte, en raison de l'annulation d'un engagement qui n'est pas le sien !

Ainsi, même s'il existe par ailleurs des cas dans lesquels l'anéantissement rétroactif est favorable aux tiers⁸⁹¹, les effets néfastes sont certainement les plus remarquables, en ce qu'ils ébranlent la sécurité juridique⁸⁹² mais aussi la justice contractuelle⁸⁹³. La situation ne se corse pas moins lorsque deux versions effectives du droit doivent cohabiter, spécialement lorsque ces versions sont chacune le fruit de décisions juridictionnelles qui se suivent dans le temps : « *Comment fonctionne ce phénomène et le juge peut-il inverser le temps aussi facilement que le cinéaste repassant à l'envers le déroulement de l'action ? On sait bien que non, que la réalité des faits est dure à concasser et que, même muni d'une baguette magique, l'on n'y parviendra pas toujours* »⁸⁹⁴. Cette interrogation pose bien le problème concret des conflits de réalités judiciaires.

173.- Effet rétroactif et autorité de la chose jugée : le choc. L'autorité de la chose jugée peut faire obstacle à l'effet rétroactif⁸⁹⁵. Sa portée peut simplement empêcher l'action en annulation, lorsque celle-ci est postérieure à une décision rendue sur une action en résiliation ou en exécution. La sanction sera l'irrecevabilité de l'action postérieure⁸⁹⁶. C'est la logique que fonde l'article 1355 (nouveau) du Code

⁸⁹⁰ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « La résiliation du contrat principal n'emporte pas extinction des sous-cessions », D. 2013. 1810.

⁸⁹¹ Le retour d'un bien dans le patrimoine du vendeur peut par exemple venir renforcer le droit de gage de ses propres créanciers.

⁸⁹² V. not. PORCHY-SIMON S., *op. cit.*, n° 312 ; TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2005, n° 433 ; BENABENT A., *Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd. 2007, n° 221 ; MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 327. (En faveur du droit de revendication du bien entre les mains des tiers) GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullités, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. GHESTIN J. ; RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. JAMIN Ch. ; comp. WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », art. préc. ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., n° 759 : « *l'opposabilité de la résolution procède d'un arbitrage, en soi discrétionnaire, entre les droits des tiers et ceux de la victime d'une inexécution, c'est-à-dire entre des protagonistes qui ont a priori un égal mérite* ».

⁸⁹³ ANCEL P., « La rétroactivité et la sécurité des tiers », art. préc. : « *l'idée générale est que la rétroactivité aboutit à sacrifier un tiers innocent, qui n'avait, en général, aucun moyen de connaître la cause de nullité ou le risque de résolution d'un contrat antérieur* ».

⁸⁹⁴ BENABENT A., « L'anéantissement rétroactif du contrat », in *La révision du passé contractuel entre les parties*, RDC 1^{er} janv. 2008, p. 15.

⁸⁹⁵ LE BARS T., « La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé », in *Le nouveau Code de procédure civile*, Economica, 2006, p. 270 et s.

⁸⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, D. 1996.121, note BENABENT A. ; Civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, Bull. civ. III n° 28, pourvoi n° 06-22.093, RDI 2008, 208, note MALINVAUD Ph. ; Civ. 3^{ème} 20 janv. 2010, Bull. civ. III n° 17, pourvoi n° 08-70206.

civil, et le principe de concentration des moyens que la jurisprudence y a attaché. Parfois, il arrive que la situation se complique, au travers de cas dans lesquelles l'autorité de la chose jugée d'une première décision entre en contradiction avec l'effet rétroactif d'une annulation prononcée par une décision postérieure. En plus d'un conflit d'événements dans le temps, est ainsi mis en exergue le conflit entre les effets de plusieurs décisions irrévocables. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a dû ainsi se prononcer dans une affaire révélatrice des difficultés dont la rétroactivité est à l'origine⁸⁹⁷. Dans un arrêt remarquable, la Cour devait effectivement se saisir d'un conflit entre l'effet rétroactif et l'irrévocabilité des événements passés.

En l'espèce, il s'agissait des effets d'une nullité portant sur un brevet. Or, ce même brevet avait, antérieurement à son annulation, fondé une condamnation pénale prononcée pour contrefaçon. La contrefaçon était donc constituée par la violation du brevet d'invention. Le contrefacteur avait été condamné au paiement de dommages-intérêts. Mais une originalité de l'espèce réside dans le fait que le titulaire du brevet a lui-même ouvert la boîte de Pandore, en initiant une seconde procédure contre le même contrefacteur, pour une nouvelle violation. Or, les juges prononçaient à cette occasion l'annulation du brevet. C'est ainsi que le contrefacteur agissait en répétition des sommes versées au titre de sa condamnation passée, invoquant la disparition rétroactive de la créance du fait de l'annulation rétroactive du brevet litigieux. Le défendeur devenait alors demandeur en agissant sur le fondement de la répétition de l'indu. Le moyen était simple : l'effet rétroactif et absolu de l'annulation avait anéanti l'acte sur lequel la condamnation initiale était fondée, privant ainsi la décision antérieure de fondement juridique. Les juges du fond rejetaient l'action en répétition de l'indu, soutenus par l'Assemblée plénière qui, dans son arrêt de rejet, a posé le principe selon lequel l'annulation prononcée par une décision postérieure n'est pas de nature à fonder la restitution de sommes payées en exécution d'une condamnation irrévocable⁸⁹⁸. Le catalyseur de la rétroactivité est ici enrayé par un autre catalyseur, celui de l'autorité de la chose jugée. Si l'effet rétroactif est réputé capable de déconstruire le temps de l'acte annulé, il est semble-t-il neutralisé par le temps judiciaire. Ce choix de la Haute juridiction limite le désordre dont les restitutions seraient la cause, en contenant le pouvoir de l'action rétroactive. Plusieurs remarques doivent néanmoins être formulées. Le besoin d'ordre dans les effets judiciaires paraît

⁸⁹⁷ Ass. plén., 17 févr. 2012, pourvoi n° 10-24282, Bull. n° 2, D. 2012. 715, note LANCRENON T. ; *ibid.* 2013. 1374, obs. RAYNARD J. ; *ibid.* 2014. 326, obs. CLAVIER J.-P., MARTIAL-BRAZ N. et ZOLYNSKI C. ; RTD civ. 2012. 572, obs. PERROT R. ; JCP 2012. 277, concl. LE MESLE L. ; *ibid.* 444, note RAYNARD J. ; *L'essentiel du droit de la propriété intellectuelle*, 15 avr. 2012, n° 4, p. 4, obs. CLAVIER J.-P. Comp. Com. 12 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 158, pourvoi n° 05-14.548, D. 2008. 745, obs. RAYNARD J. ; Civ. 2e, 24 sept. 2015, pourvoi n° 14-14.977, D. 2015. 736, chron. ADIDA-CANAC H., et *alii* ; RTD civ. 2016. 102, obs. BARBIER H.

⁸⁹⁸ « M. X... avait été condamné comme contrefacteur par une décision irrévocable, la cour d'appel en a exactement déduit que l'anéantissement rétroactif et absolu du brevet dans la mesure de l'annulation des revendications prononcée par une décision postérieure n'était pas de nature à fonder la restitution des sommes payées en exécution de sa condamnation du chef de contrefaçon ».

l'emporter sur la justice. Mais la décision de l'Assemblée plénière n'en est pas moins légitime et doit être approuvée.

174.- Fondement quasi-contractuel ou fondement processuel ? En effet, il faut souligner que le fondement quasi-contractuel invoqué par le plaideur est mal choisi. Les sommes versées étaient bien dues, en exécution du premier jugement. La condamnation était assurément la cause de la créance. On constate bien cet effet de droit qu'exprime l'irrévocabilité de la chose jugée⁸⁹⁹. C'est pourquoi la question liée à la rétroactivité doit être analysée sur le terrain processuel. La survenance d'éléments nouveaux ou de circonstances nouvelles auraient permis au contrefacteur d'introduire une demande nouvelle⁹⁰⁰. La jurisprudence a acquis le principe selon lequel des événements postérieurs peuvent s'opposer à l'autorité de la chose jugée lorsqu'ils affectent la situation antérieure telle que reconnue par le premier juge⁹⁰¹. Un arrêt inédit de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation exprime le principe dans un chapeau très clair : « *l'autorité de la chose jugée ne peut être écartée que lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice* »⁹⁰². Un impératif d'équilibre entre sécurité et justice est nécessaire et les moyens juridiques existent. Les événements nouveaux ont des conséquences sur des événements anciens, et réciproquement, de telle sorte qu'ils ouvrent au justiciable un droit à correction de la vérité judiciaire. Une logique identique est également perceptible en matière d'instance en rétractation où le juge se doit d'évaluer l'impact des faits postérieurs à l'ordonnance sur requête⁹⁰³. Le contrôle des mesures antérieures sera aussi celui de leur opportunité

⁸⁹⁹ Comp. Com. 2 févr. 2016, préc., (critique) RTD civ. 2016. 347, obs. BARBIER H. ; D. 2017. 375, obs. MEKKI M. et Civ. 1^{re}, 17 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-27.168, D. 2016. 1231, obs. MAYER L. ; RTD civ. 2016. 347, obs. BARBIER H. En l'espèce, après la vente d'un tableau attribué à Claude Sargent, des doutes (experts) quant à l'attribution de l'œuvre à ce peintre ont fondé l'acquéreur à agir en nullité de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose. Intervenant alors une transaction entre les parties, convenant d'une réduction du prix en considération des incertitudes sur l'auteur de la peinture. Or, plusieurs années après, le tableau était finalement attribué à Jean Monet, ce qui poussa cette fois-ci la partie venderesse à demander l'annulation de la vente pour erreur et dol. Alors que l'annulation fût prononcée, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, refusèrent d'ordonner les restitutions au motif que l'effet rétroactif de l'annulation se heurtait à l'autorité de la chose jugée de la transaction intervenue **après la vente** : « *l'annulation ultérieure de cette vente n'est pas de nature à fonder l'annulation de la transaction* ». Rapp. Civ. 1^{re}, 28 mars 2008, Bull. civ. I, n° 95, pourvoi n° 06-10.715, D. 2008. 1866, note TREPPOZ E.; *ibid.* 2965, obs. AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B.; RTD com. 2008. 840, obs. BOULOC B.

⁹⁰⁰ STRICKLER Y., *Procédure civile*, Larcier, Paradigme, 6^e éd., 2015-2016, n° 467, *in fine*, (E56) ; CHAINAIS C., FERRAND F. et GUINCHARD S., *Procédure civile*, Dalloz, 33^e éd., 2016, n° 1329 et s., Arrêt *Thibaud*, 25 mars 1954, S. 1955, I, 89, obs. BROUCHOT J. et JCP, 1954, II, 8272, obs. VERDIER.

⁹⁰¹ Cf. Civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, inédit, pourvoi n° 07-14.620, RDC 2008. 1289, obs. SERINET Y.-M.; Soc. 18 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 59, p. 56, pourvoi n° 01-40.978 ; Civ. 3^{ème}, 25 avril 2007, Bull. n° 59, pourvoi n° 06-10.662, D. 2007, AJ 1344.

⁹⁰² Civ. 2e, 10 juill. 2008, inédit, pourvoi n° 07-14620. *Adde* Civ. 2^{ème}, 17 mars 1986, Bull. civ. II, n° 41, p. 27, pourvoi n° 84-12635 ; Soc., 18 fév. 2003, Bull. civ. V, n° 59, p. 56, pourvoi n° 01-40.978.

⁹⁰³ Sur la date d'appréciation de la requête, cf. FOULON M. et STRICKLER Y., *Conséquences d'une requête mal rédigée et pouvoir du juge saisi*, Gaz. Pal. 25 mai 2013, n° 145, (II-B).

à la lumière des circonstances nouvelles⁹⁰⁴. On en vient alors à croire que la nullité peut être elle aussi purgée de la notion de rétroactivité.

175.- Opportunité et utilité de l'effet rétroactif de la nullité. L'appréciation jurisprudentielle de la nullité, elle-même qualifiée de « *fiction juridique* »⁹⁰⁵ à l'instar de la rétroactivité, entretient fortement son attachement à l'effet rétroactif, parfois au détriment de l'utilité de la sanction. En effet, la disparition de l'acte doit-elle nécessairement être rétroactive pour rétablir la légalité ? Les suites de l'annulation pourraient suffire à garantir, pour l'avenir, la cessation du trouble⁹⁰⁶. L'exemple est donné par le cas du preneur n'ayant pas obtenu les autorisations prévues par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation. Si la violation de la prescription légale impose un retour du bon droit, au travers de la cessation du bail, cette cessation ne sera pas plus utile en imposant une révision du passé contractuel, l'équilibre des prestations n'étant pas mis en cause. Les juges vont pourtant faire entrer l'effet rétroactif de la nullité, comme on l'a déjà dit, par le cheval de Troie des restitutions⁹⁰⁷. Paradoxalement, cet effet sera vidé en partie de sa substance par les juges qui vont apprécier le montant de l'indemnité d'occupation comme rigoureusement identique à celui des loyers échus⁹⁰⁸. On voit alors l'attachement à la superstition de la rétroactivité, compensée par une appréciation pragmatique des juges. Le raisonnement judiciaire démontre ainsi l'art de bâtir une solution fondée sur un mécanisme indésirable qu'il est important de dompter : l'effet rétroactif est calculé à partir d'un contrat qui a précisément existé⁹⁰⁹. L'indemnité n'est rien d'autre que le reflet du contrat, et l'obligation de restituer la jouissance un effet réflexe du renversement des obligations. Un autre exemple édifiant est celui du contrat de travail nul qui donne lieu à un « *véritable mode autonome de rupture du contrat, car le contrat nul cessant seulement de produire ses effets dès la constatation de la nullité, il resterait valable, sauf en ce qui concerne ses stipulations précisément illicites, pour la période travaillée* »⁹¹⁰. Le salarié peut donc

⁹⁰⁴ Toutefois, la révélation ultérieure d'éléments de fait préexistants, même inconnus des parties, ne permet pas de remettre en cause un précédent jugement, mais les aspects contentieux du sujet et leurs enjeux processuels seront envisagés dans le dernier chapitre de la thèse

⁹⁰⁵ DISSAUX N., *Rép. dr. civ. préc.*, n° 224 : « la nullité est une **fiction juridique**, décidée par le juge ou par les parties, qui fait **comme** si un contrat n'avait jamais existé au motif qu'une condition nécessaire à sa validité n'est pas remplie ».

⁹⁰⁶ V. en ce sens, AYNES L., in *L'anéantissement rétroactif du contrat*, « Rapport introductif », RDC 2008. 9, spéc. n° 15.

⁹⁰⁷ Ch. mixte, 9 nov. 2007, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 10, pourvoi n° 06-19.508, RDC 2008. 243, obs. LAITHIER Y.-M.

⁹⁰⁸ Civ. 3^e, 8 juill. 2015, *Bull. civ. III*, n° 59, p. 56, pourvoi n° 14-11.582; RTD civ. 2015. 869, obs. BARBIER. H. ; Defrénois 2016. 75, obs. LECUYER H.

⁹⁰⁹ Pour un exemple en matière de contrat d'intégration en agriculture, cf. DANET J. et LORVELLEC L., « Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964 », D. 1982, p. 211.

⁹¹⁰ PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994, p. 23 : « les prestations fournies par chacune des parties en exécution du contrat sont touchées par la nullité, car ce sont les 'effets normaux de l'acte, ceux qui ont été spécialement et directement voulus par les parties ».

conserver les rémunérations perçues antérieurement à l'annulation, même lorsque la nullité est d'ordre public, répondant ainsi à la « *nécessité d'écarter la fiction civiliste de la rétroactivité* »⁹¹¹.

176.- La rétroactivité estompée par le juge. On remarque ainsi le caractère superflu de la notion de rétroactivité, mais aussi que lorsque celle-ci suscite une insécurité juridique « *trop intolérable aux juges, [ces deniers] n'hésitent plus à écarter purement et simplement le jeu de la rétroactivité* »⁹¹². Elle sera alors bloquée par l'autorité de la chose jugée, par la bonne foi d'une partie en possession des fruits générés par l'acte annulé⁹¹³, ou encore par le caractère facultatif de la nullité⁹¹⁴. Il en est de même lorsque l'anéantissement du contrat est causé par une nullité fondée sur l'immoralité de la convention : s'applique en effet l'adage selon lequel *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*⁹¹⁵. En l'occurrence, le but est d'empêcher une partie d'invoquer l'immoralité de son propre comportement pour que lui soit rendue sa prestation⁹¹⁶. Les restitutions sont donc gelées en vertu d'un principe moral qui permet de s'extraire de l'effet de l'annulation. Mais encore, la rétroactivité est une telle source d'angoisse juridique, que le droit va parfois l'écarter par principe. En effet, si la jurisprudence semble parfois révéler une

⁹¹¹ PETIT F., *ibid.*; FREYRIA Ch., « Nullité du contrat de travail et relation de travail », Dr. Soc. 1960, p. 619.

⁹¹² HUGO B., « Quand la rétroactivité ne parvient pas... », préc. V. Civ. 3^e, 7 janv. 2016, à paraître, pourvoi n° 14-18.360 : une cour d'appel retient à bon droit que, par l'effet rétroactif de la résolution de la vente d'un immeuble, les droits constitués sur celui-ci se trouvent anéantis et en déduit exactement que, le vendeur n'ayant pas la qualité de tiers détenteur, le créancier, qui avait fait inscrire une hypothèque judiciaire du chef de l'acquéreur, ne peut pas exercer un droit de suite à son encontre ; Civ. 1^{re}, 17 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 14-27.168 : une cour d'appel ayant constaté que, par leur transaction, les parties avaient irrévocablement confirmé la vente d'un tableau et s'étaient désistées de toutes instances et actions relatives à celui-ci, l'annulation ultérieure de cette vente n'est pas de nature à fonder l'annulation de la transaction.

⁹¹³ Com. 14 mai 2013, inédit, pourvoi n° 12-17.637, BJS 2013. 717, note DANOS F. ; JCP E 2013. 1519, obs. CAFFIN-MOI M. ; RTD civ. 2016. 375, obs. BARBIER H. : la circonstance que la restitution consécutive à l'annulation d'une cession de droits sociaux a lieu en valeur ne fait pas obstacle à la restitution au cédant des fruits produits par les parts sociales litigieuses et perçus en connaissance du vice affectant l'acte annulé par celui qui est tenu à restitution.

⁹¹⁴ Paris, 5 janv. 2016, RG n° 14/21649, obs. RTD Civ. 2016. 375, BARBIER H. : « *la rétroactivité de l'annulation de la cession de titres a achoppé sur un obstacle majeur. L'associé demandait en effet l'annulation de toutes les délibérations prises pendant ces vingt-sept années durant lesquelles il n'avait pas été convoqué aux assemblées générales, alors que sa réintégration au rang des associés lui donnait rétroactivement droit d'y participer. L'argument aurait pu porter dans la mesure où la Cour de cassation y est particulièrement sensible (...). Pourtant les juges ne l'ont pas pensé en l'espèce, retenus sans doute par la profondeur temporelle de l'effet domino* ». Comp. Civ. 3^e, 21 oct. 1998, Bull. civ. III, n° 203, p. 135, pourvoi n° 96-16.537, D. 2000. 232, obs. HALLOUIN J.-C. ; RDI 1999. 110, obs. GROSLIERE J.-C. ; RTD com. 1999. 116, obs. CHAMPAUD C. et DANET D. ; RJD 12/98, n° 1371 ;

⁹¹⁵ « *Au même degré de turpitude, les restitutions n'ont pas lieu* ». Rapp. Ég. d'une autre locution latine selon laquelle nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. V. LETOURNEAU Ph., *La règle « Nemo auditur... »*, LGDJ, Paris, 1970 ; et BERAUD R., « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », JCP, 1952, I, 1029. Adde RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, 1949, p. 185 ; DEMOGUE R., *Source des obligations en général*, t. 2, Rousseau, Paris, 1923, n° 801.

⁹¹⁶ Cf. art. 1965 C. civ. ; BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, op. cit.*, n° 890 ; HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n° 478 : « *les parties ne sont en quelque sorte pas entendu par le magistrat, parce qu'elles ne sont pas dignes. Le contractant est ainsi puni par là où il a péché* ». Civ. 1^{re}, 17 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 331 ; Civ. 1^{re}, 22 juin 2004, Bull. civ. I, n° 182, pourvoi n° 01-17.258 ; RTD civ. 2004. 503, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; PORTALIS J.-M., *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot, Paris, 1850, p. 674.

conception prétorienne assez dogmatique de la nullité⁹¹⁷, la loi peut parfois douter de l'opportunité de son effet rétroactif. Des nullités non rétroactives existent à ce titre, comme dans l'article 1844-15 du Code civil. Ce dernier prévoit que « *lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat* »⁹¹⁸. Tel est également le cas en matière de contrats de travail, en vertu des articles L. 8252-1 et suivants du Code du travail qui autorisent le travailleur clandestin, irrégulièrement employé à préserver ses salaires, et lui permettent, en cas de régularisation postérieure de sa situation, d'acquérir l'ancienneté relative au temps d'emploi illicite. On citera encore l'article 1352-4 (nouveau) du Code civil qui se veut protecteur des intérêts de l'incapable. Le texte prévoit que « *les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé* »⁹¹⁹. Le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité ou la mesure de protection, ne peut être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à son profit : « *ainsi, si la personne protégée a dépensé l'intégralité du prix de la chose qu'elle a vendue, l'acheteur ne pourra le recouvrer, alors même que la chose vendue sera restituée au mineur* »⁹²⁰.

177.- « Qui a lancé une pierre ne peut plus la retenir »⁹²¹. Finalement, a rétroactivité véhicule habituellement une idée de superposition d'un temps sur un autre, vectrice d'incohérence, et qui doit être combattue par l'explication selon laquelle les situations se font suite. Il faut effectivement renoncer au schéma factice selon lequel la rétroactivité crée un bond en arrière opéré par le biais de l'annulation ou de la résolution. En toute logique, le temps *intermédiaire* ne se fait pas entre le temps de *l'avant* et le temps de *l'avant*. Une cohérence à la fois logique et chronologique doit être maintenue, contre l'influence du mythe de la rétroactivité, en affirmant que la déconstruction abstraite du temps contractuel

⁹¹⁷ Lamy Droit du contrat (coll.), FAGES B. et POULIQUEN E. (dir.), n° 270-96 : « *l'examen de la jurisprudence révèle que, d'une manière générale, les tribunaux ont une perception très dogmatique de la nullité, qui les conduit à la considérer comme devant opérer de manière rétroactive* ».

⁹¹⁸ Com. 22 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 136, pourvoi n° 98-13.611; D. 2000. Somm. 234, obs. HALLOUIN J.-CL. ; et p. 389, obs. PIEDELIÈVRE S. ; JCP 2000. II. 10266, note MENJUCQ ; et I. 209, n° 17, obs. DELEBECQUE Ph. ; JCP E 2000. 181, obs. CUTAJAR ; Defrénois 1999. 1195, obs. HOVASSE : la nullité opère sans rétroactivité, de sorte que la sûreté réelle consentie par la société fictive avant que sa fictivité ne soit déclarée demeure valable et opposable aux créanciers, sauf fraude. *Adde* Com. 11 juill. 2006, Bull. civ. IV, n° 180; JCP 2007. I. 107, n° 3, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER J. ; JCP E 2006. 2595, note SERINET Y.-M : L'objet illicite d'une société ne fait pas obstacle à l'apurement des comptes entre associés, consécutif à la dissolution. Rapp. LECOURT A., « Cantonnement des nullités en droit des sociétés : proximité croissante avec le droit des contrats », RTD com. 2017. 389 : « *la jurisprudence d'abord, la loi ensuite, se sont efforcées de limiter les cas de nullité et d'en atténuer les effets* », sous Com. 8 févr. 2017, pourvoi n° 14-29.747 ; Com. 15 mars 2017, pourvoi n° 15-12.742.

⁹¹⁹ V. not. TETARD S., « Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou les risques de la simplification) », D. 2017. 777.

⁹²⁰ HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n° 357, ajoutant que le mineur a donc tout intérêt à attendre d'avoir dilapidé les fruits du contrat, ce que la jurisprudence paraît admettre au moins s'agissant du mineur : Versailles, 26 oct. 1990, D. 1993, somm., p. 125, obs. LUCET F. *Adde* Civ. 1^{ère}, 5 avr. 1978, Bull. civ. I, n° 147, pourvoi n° 76-14. 924.

⁹²¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 3, 7, 111, 4a 31.

ne permet pas de revenir *avant* le contrat, mais permet au contraire d'aller de l'*avant* en provoquant l'extinction et la liquidation des obligations **en considération du temps intermédiaire**. À ce titre, il faut retenir la fonction de l'annulation et de la résolution comme extinctive par nature. De même que la rétroactivité ne permet pas un retour dans le passé, elle n'autorise pas plus le retour du passé. C'est pourquoi, en définitive, la rétroactivité ne fait pas obstacle à l'étude de l'après-contrat, entendu comme un temps qui supporte les effets consécutifs à la sanction-extinctive. Seuls le contenu et l'orientation du temps postcontractuel sont influencés par l'anéantissement-sanction. En ce sens, la rétroactivité apparaît davantage comme une source inutile de désordre que comme une réponse valable apportée au trouble contractuel.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

179.- Les effets chaotiques du recours à la rétroactivité. La rétroactivité est aussi difficile à concevoir qu'à mettre en œuvre, ce qui indique que sa place dans le droit de l'extinction doit être contestée, dans un impératif de sécurité juridique. Les effets de l'acte extinctif dit « rétroactif » ont la particularité de se mettre radicalement en rivalité avec ceux de l'acte formateur. Assurément, « *le chaos de la rétroactivité* »⁹²² est causé par la force de son abstraction, mais aussi par les conflits de réalité qui en sont le résultat. Ces heurts sont révélateurs d'un affrontement entre le temps contractuel et l'effet rétroactif. Il s'agit d'un choc entre l'irréversibilité du temps et la révocabilité du contenu obligationnel. Le choc renvoie au temps contractuel dans ce qu'il a d'éphémère, alors même que l'essence du contrat vise la permanence de ses effets. Évoquer le contentieux de l'annulation ou de la résolution s'avère ainsi déconcertant, dans la compréhension logique de la matière concernée, mais surtout dans la lecture du sens chronologique de l'extinction. C'est à ce titre qu'il a été remarqué que « *la nature broussailleuse de la matière devrait gagner en clarté à être ainsi retaillée selon les lignes classiques du jardin à la française* »⁹²³. La déconstruction du temps contractuel, en voulant répondre à une atteinte à l'ordre juridique, crée elle-même le désordre. Ainsi, lorsque la disparition du contrat éclabousse les effets passés, la remise en cause du temps antérieur impose, dans la relativité des faits, des effets juridiques nouveaux. Aussi convient-il nécessairement de prendre en compte les temps de formation et d'exécution, dans la compréhension des causes et des suites de l'extinction. En dépendent le sens du contentieux ainsi que le contenu du nouveau rapport *inter partes*, lequel doit liquider l'ancien.

180.- Le développement de principe de l'après-contrat. Il en résulte que la place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif doit être affirmée avec force. La rétroactivité n'est qu'une illusion, et ne doit pas masquer les fonctions essentielles de l'anéantissement. En l'occurrence, ce dernier doit être considéré comme une forme particulière d'extinction en ce qu'il incarne une sanction-extinctive, ou, d'un autre angle de vue, une extinction-sanction. La fonction extinctive de la nullité et de la résolution prime indubitablement sur leur effet rétroactif. Il faut en cela retenir un principe de survie des clauses postcontractuelles, lesquelles tirent précisément leur efficacité de l'extinction du contrat. De même, comme corollaire de cette règle, il convient d'insister sur le développement incontournable de l'après-contrat à la suite d'une sanction-extinctive. Il aura pour vocation de liquider le passé contractuel, orienté vers l'instauration d'une situation nouvelle. En cela, l'après-contrat faisant suite à la fin de l'acte pour

⁹²² MALINVAUD Ph., « L'anéantissement rétroactif du contrat », *Observations conclusives*, RDC 1^{er} janv. 2008.

⁹²³ SERINET Y.-M., *in Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport du Garde des Sceaux, 22 sept. 2005, p. 43.

l'avenir n'a d'autre différence avec celui succédant à l'anéantissement que l'amplitude des effets extinctifs et le contenu de la situation nouvelle.

181.- La dépouille bien vivante de la rétroactivité. Nonobstant une volonté déclarée de faire reculer la notion de rétroactivité, la réforme de 2016 n'a mis en œuvre qu'un succédané de la jurisprudence antérieure, sans repenser la place de la rétroactivité dans son ensemble. La rétroactivité reste ainsi incrustée dans plusieurs dispositions du Code civil, que ce soit relativement au contrat à exécution instantanée ou à la condition résolutoire et à l'annulation. Or, la nature, la fonction et l'utilité de ces institutions n'induisent ni ne requièrent la mise en œuvre de la rétroactivité. Un rapport liquidatif suffit à mettre en place un rééquilibrage de la situation *inter partes*, en recourant au fondement des restitutions. Au contraire, l'attachement à la rétroactivité dans une matière qui n'en a nul besoin n'a d'autre effet que d'obscurcir le droit des contrats. La fin de vie du contrat souffre ainsi d'une opacité et de fondements artificiels qui, sans servir le retour du bon droit, amenuisent la lisibilité des institutions.

182.- Le fondement des restitutions. La nouvelle codification offre une nouvelle physionomie à la technique des restitutions, désormais abordées dans un chapitre autonome du Code civil. En tant que suites d'une extinction aux origines variées, un fondement théorique peut néanmoins être proposé. Il s'agit du nouvel article 1194 du Code civil. Les restitutions apparaissent ainsi comme les suites du contrat, lesquelles sont déduites de la loi et de l'équité. Elles sont des obligations postcontractuelles ayant pour objectif de liquider le bilan obligationnel. En cela l'après-contrat qui succède à une sanction-extinctive doit supporter la compensation provoquée des prestations figurant au bilan de l'exécution, dans le but de libérer effectivement les parties de leur lien obligatoire.

C'est ainsi que les patrimoines de chaque partie vont faire l'objet de rééquilibrage, mais la reconstruction d'une nouvelle situation postcontractuelle va imposer la remise en cause d'effets à l'égard des tiers et des conventions dépendantes du contrat anéanti. Pour la protection d'intérêts autres que ceux des contractants, les suites de l'anéantissement ne pourront donc pas rétablir le passé, mais seulement le rectifier. Il s'agit du rôle correctif de l'après-contrat, déjà évoqué par la littérature qui lui est consacré⁹²⁴, et qui présente bien la période postcontractuelle comme le moment de rééquilibrage des obligations passées.

183.- L'illusion d'un retour au *statu quo ante*. « *Le commencement et la fin, l'antérieur et l'ultérieur, l'avant et l'après, n'étant pas interchangeables, ne peuvent être intervertis, et par conséquent l'ordre temporel qu'ils imposent ne peut être inversé : autrement dit le temps ne peut être renversé. Ici*

⁹²⁴ BLANC-JOUVAN G., th. préc., v. spec. n° 90 et n° 133, pp. 91 - 119.

le « sens » est tout, et cela ne « revient » nullement « au même » d'aller du passé au futur ou (par impossible) de retourner du futur au passé »⁹²⁵. C'est à l'aune de ce propos qu'il convient de préconiser l'abandon de l'idée selon laquelle l'effet rétroactif permet un retour *au statu quo ante*. En effet, l'aporie propre à l'effet rétroactif réside dans l'illusion que ce qui est advenu, ne fût jamais. Mais il faut bien distinguer le devenir historique du contrat avec son devenir organique : l'image du « contrat à l'envers » est celle d'un renversement du contenu des obligations et non de leur sens chronologique. L'imitation de l'état antérieur peut d'ailleurs être une bien pâle reproduction. Il faut bien comprendre à ce titre que l'état postérieur, celui qui prétend que le contrat n'a jamais existé, n'a d'effet qu'après l'extinction du contrat par la voie de l'annulation. Ainsi, au même titre qu'une loi rétroactive ne peut s'appliquer qu'à compter de son entrée en vigueur, quand bien même appréhenderait-elle des situations créées antérieurement, l'extinction rétroactive du contrat n'a d'effet qu'à compter de l'extinction qu'elle provoque.

Le droit de l'anéantissement rétroactif n'est qu'un droit au regard rétrospectif, et la rétroactivité n'est en cela qu'un prisme de relecture. Il ne peut nullement imposer au passé des alternatives historiques. Il peut toutefois envisager des évaluations et faire dialoguer ce qui a été avec ce qui *aurait dû être*. En ce sens, la rétroactivité est un futur antérieur du droit. L'action du droit ne peut se résumer qu'en une reconstruction au présent, un présent *conditionnel* : « *comme si le contrat n'avait jamais existé* », sans pour autant oublier l'acquis contractuel. La reconstruction du présent s'impose ainsi comme une nouvelle direction donnée au cours des choses. La sanction ne rétroagit pas : elle agit vers l'avant, et non vers le passé. En ce sens, il ne s'agit pas d'une « rétroactivité », mais d'une simple rétroversion extinctive, ou acquisitive, des effets du contrat.

L'après-contrat est donc bien, autant dans le cas d'une extinction prospective que dite rétroactive, un temps qui succède au contrat. Toutefois, la norme contractuelle a nécessairement une ombre projetée encore après son extinction. L'exécution a laissé persister une situation et les obligations ont laissé leur empreinte sur le temps postcontractuel. En ce sens, l'extinction n'est pas une rupture absolue entre la durée du contrat et ce qui lui succède. L'après-contrat joue effectivement le rôle de suivi de l'exécution passée et peut ainsi être considéré comme *un temps qui suit le contrat (Titre II)*.

⁹²⁵ JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, Champs Essais, 1974, p. 13-14.

TITRE II

UN TEMPS QUI SUIT LE CONTRAT

184.- La difficile soustraction de l'après-contrat au contrat. La prohibition des engagements perpétuels soumet le contrat à la fuite du temps. L'expérience de l'extinction de la convention est celle de la finitude de l'engagement et du temps contractuel, rappelant la doctrine du *tempus fugit*⁹²⁶. La fuite du temps est aussi celle de la fuite du temps contractuel. Mais dans sa fuite, le temps contractuel laisse des traces matérialisant l'après-contrat. Laissant perdurer des effets, l'œuvre des parties influence l'après, en dictant ses dernières volontés. Quoi qu'il arrive, l'après-contrat est couvert par l'ombre de la convention éteinte. Une fois ouvert, le temps postcontractuel suit le contrat, si bien que sous son emprise, il peine à s'y soustraire.

185.- La polysémie du verbe suivre⁹²⁷. Venir après, telle est l'idée principale exprimée par le verbe *suivre*. Mais *suivent* aussi les choses qui accompagnent, qui vont avec. *Suivre* est également un acte qui se fait dans un certain but à atteindre, ou décrit le fait d'avancer sur les traces laissées par quelqu'un ou quelque chose. Il ressort ainsi l'idée d'une marche qui se superpose à une autre, d'une marche en direction de ce qui fuit. Il faut encore entendre par là, ce qui va dans une direction indiquée par un objet de référence, qui continue sa route dans un sens déterminé. La polysémie du verbe *suivre* permet de désigner par ailleurs le fait de se laisser conduire, de confier le sens de nos actions à un autre, d'imiter ou d'obéir aux gestes d'un autre. Alors, apparaît un sens proche : celui de se conformer, de se régler sur une référence précédente ou supérieure. Aussi, le résultat d'une opération est-il envisagé comme *ce qui suit*, de même que *ce qui suit* désigne ce qui vient à la suite de ce qui précède. Enfin, suivre se dit du fait d'entretenir une liaison avec ce qui est suivi, et du fait de s'inscrire dans une continuité, sans interruption entre les séquences. La richesse sémantique du verbe *suivre* se prête utilement au jeu de définition de l'après-contrat qui ne peut qu'être observé dans un dialogue permanent avec le contrat qu'il suit.

186.- Le suivi entre les temps contractuel et postcontractuel. En effet, si le temps postcontractuel est un temps qui succède chronologiquement au contrat, il est également un temps qui subit les conséquences du passé. L'après-contrat constitue ainsi un temps qui catalyse les effets de l'opération réalisée par les parties et qui canalise l'extinction. De plus, l'après-contrat, dans son critère temporel, survient immédiatement après l'extinction du contrat, dans un élan de continuité. La connexion entre

⁹²⁶ *Sed fugit interea, fugit irreparabile tempus* : Mais en attendant, il fuit : le temps fuit sans retour, in Virgile, *Les Géorgiques*, livre III, vers 284.

⁹²⁷ D'après Littré, V° *Suivre*.

le temps contractuel et celui postcontractuel s'organise notamment au travers d'une interface : celle de la rupture du lien contractuel. La rupture laisse persister les traces des obligations, au même titre que le contrat contient les germes de l'extinction.

Une fois entrés dans l'après-contrat, les parties redeviennent en principe des tiers l'une pour l'autre. Mais leur statut a certainement quelque chose de spécial : les anciens contractants sont assurément des tiers qui se connaissent. Le contrat a extrait les parties de leur anonymat respectif, et ce dernier ne peut leur être restitué par l'après-contrat. Peut-on admettre que la relation passée n'ait aucune emprise sur l'après-contrat ? La doctrine s'interroge ainsi : « *un contrat qui a duré un certain temps ne va pas souvent sans créer des intérêts au maintien de la situation existante et ces intérêts n'appellent-ils pas que soit reconnue ou mise en œuvre une certaine stabilisation dans les rapports entre les parties ?* »⁹²⁸. Il semble difficile de soutenir une réponse négative sans manquer d'un certain réalisme, qu'il s'agisse des contrats ponctuels ou formant une relation durable.

Les contrats ponctuels sont autant concernés que ceux dits « relationnels »⁹²⁹. La résonance du contrat a pour effet de compenser les effets extinctifs en commandant deux vertus propres à structurer la période postcontractuel. Il s'agit d'un noyau irréductible composé de fidélité et de solidarité. La fidélité par chaque partie à son engagement nécessite de maintenir force et vigueur aux effets du contrat dans le temps, par un suivi du résultat obtenu par l'exécution. La solidarité est celle due par les parties entre elles, en vertu de la fidélité à l'engagement. Les actes translatifs vont avoir vocation à affirmer le résultat du transfert dans l'ordre juridique. L'après-contrat viendra alors au renfort des effets de l'acte au travers des régimes de garantie postcontractuelle. Alors qu'ils ne sont pas des contrats relationnels, les échanges, ainsi que le louage d'ouvrage, vont pourtant imposer un lien postcontractuel de manière à assurer l'utilité et la durabilité de l'exécution. Il s'agira d'asseoir la force des effets contractuels après le contrat (**Chapitre 1. La force des effets contractuels après le contrat**).

En revanche, lorsque les contrats reposent de par leur objet sur une relation, se posera la question de l'influence de l'engagement sur le temps postcontractuel. Cette influence mérite d'être observée aussi bien après une extinction provoquée par la rupture d'un contrat à durée indéterminée que par la succession dans le temps de contrats à durée déterminée. Parfois, les parties ne redeviendront tout simplement pas des tiers car, après avoir été des primo-contractants, ils deviendront des postcontractants : l'extinction ne laissera pas place à la liberté, mais à une période de récurrence de l'engagement. Il peut sembler contradictoire de se retrouver après s'être séparés, de même qu'il peut paraître paradoxal de rompre le lien si l'on recherche en même temps une certaine pérennité. Pérennité

⁹²⁸ BOYER L., Rép. dr. civ. Dalloz, « Contrats et conventions », août 1993 (actu. Avr. 2015), n° 451.

⁹²⁹ Cf. n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

et extinction peuvent sembler antinomiques. Pourtant, la recherche de stabilité caractérise le temps postcontractuel lorsqu'on observe que la seule division qui lui est proprement consacrée dans l'*Encyclopédie de Droit civil Dalloz* ne concerne que les modes de « *stabilisation* » de la relation *inter partes* et les « *résonances* » du contrat passé⁹³⁰. L'après-contrat a alors pour fonction la stabilisation de la relation *inter partes* par-delà l'extinction (**Chapitre 2. La stabilisation de la relation *inter partes* par-delà l'extinction**).

⁹³⁰ BOYER L., *ibidem*. Rappr. BISCHOFF J.-M., *La protection des engagements temporaires*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, préc., observant que la tacite reconduction a pour effet d'insérer le rapport d'origine dans une convention beaucoup plus stable que le contrat initial. Comp. MEKKI M., « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », D. 2006. 587, commentant une jurisprudence créant au contraire une forme d'« *instabilité* » en estimant que le contenu du contrat reconduit n'est pas nécessairement le même que celui antérieur.

CHAPITRE 1

LA FORCE DES EFFETS CONTRACTUELS APRÈS LE CONTRAT

187.- « *Des îlots de sécurité* »⁹³¹. La liberté retrouvée par les contractants s'inscrit dans un temps en-dehors du contrat, dans un contexte où les parties ne sont plus nécessairement en contact, mais également où chacune d'elle rencontre le besoin de faire valoir les effets du contrat dans le temps. Dans cet *océan* de liberté, le droit sera irrésistiblement conduit à rechercher des *îlots de sécurité* afin de soutenir la portée de l'opération contractuelle dans le temps. C'est ainsi que le temps postcontractuel devra permettre le développement attendu des effets du contrat au travers du maintien dans le temps du but poursuivi par les contractants⁹³². La vitalité de l'opération économique dépend de sa capacité à franchir le cap postcontractuel tout en déployant l'effectivité utile à la continuité du projet mené par les parties. L'anticipation est greffée à l'impératif de confiance en l'avenir. La sécurisation de la période postcontractuelle est facilitée par les différents mécanismes de garanties offertes aux parties et dont elles peuvent se saisir lorsque le besoin s'en fait sentir. C'est pourquoi la loi contractuelle doit être suivie d'effets, et, pour cela, le temps postcontractuel doit lui-même permettre le suivi de la loi contractuelle. Pour cela, il s'agit autant de garantir le résultat qualitatif de l'exécution que l'intégration utile des effets contractuels dans l'ordre juridique.

188.- **Garantir le résultat de l'exécution.** Lorsque les parties forment un engagement dont l'objectif essentiel se situe en dehors de la période d'exécution, comme c'est le cas des contrats d'échange ou un louage d'ouvrage, le pouvoir d'action des parties dans la situation nouvellement créée dépend directement du droit de la remettre en question si elle n'est pas conforme aux prévisions communes. Il faut alors en appeler à la fidélité du cocontractant à son engagement. Les régimes de garantie postcontractuelle représentent à ce titre les moyens d'exiger, parfois encore longtemps après le contrat, que le débiteur réponde de désordres survenant ou révélés postérieurement à l'exécution. Du bref délai à la responsabilité décennale, la notion de garantie permet à l'après-contrat de remplir une

⁹³¹ ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, p. 302-303 : « *Se lier par des promesses, sert à disposer, dans cet océan d'incertitude qu'est l'avenir par définition, des îlots de sécurité sans lesquels aucune continuité, sans même parler de durée, ne serait possible dans les relations des hommes entre eux. (...) Si nous n'étions pas liés par des promesses, nous serions incapables de conserver nos identités (...) dans des ténèbres que rien ne peut dissiper, sinon la lumière que répand sur le domaine public la présence des autres, qui confirment l'identité de l'homme qui promet et de l'homme qui accomplit* ».

⁹³² Rappr. *supra* Titre I, Chapitre 1, Section 2.

fonction de surveillance dans le temps de la bonne exécution : le suivi postcontractuel de l'exécution est effectué par les obligations de garantie.

189.- Fonction et enjeu des obligations de garantie. Les obligations de garantie interviennent dans différents secteurs du droit. Bien que ces derniers soient variés, les fonctions inhérentes à la garantie suivent un axe convergent : sécuriser les opérations juridiques et renforcer la confiance. Caractérisée par la richesse de ses effets et du contentieux qui en découle, la responsabilité des constructeurs apparaît comme l'expression emblématique des garanties qui suivent le contrat. Mieux encore, elle fait partie des manifestations les plus concrètes de l'après-contrat. Tel est également le cas des obligations de garanties prévues par le droit de la consommation. Avant d'envisager les applications de la garantie, il convient tout d'abord de définir le contenu de la notion de garantie, en montrant que les obligations de garanties s'imposent comme un outil de sécurisation du temps postcontractuel (*§1. Les obligations de garantie, outil de sécurisation du temps postcontractuel*). Ensuite, il sera alors possible d'observer comment les obligations de garantie s'avèrent représentatives des enjeux postcontractuels (*§2. Les obligations de garantie, représentatives des enjeux postcontractuels*).

SECTION 1

LES OBLIGATIONS DE GARANTIE, OUTIL DE SÉCURISATION DU TEMPS POSTCONTRACTUEL

190.- **Le particularisme de l'après-contrat translatif ou de louage d'ouvrage.** Généralement, en matière de contrats relationnels ou à exécution successive, le cœur de l'opération se situe au cours de la durée de vie de l'acte⁹³³. Lorsqu'en revanche le contrat est à exécution instantanée ou qu'il porte sur un louage d'ouvrage, le temps postcontractuel se distingue par le fait qu'il se caractérise moins par le retour à la liberté que par la satisfaction du créancier⁹³⁴. Tout l'intérêt de l'opération se situe *après* l'exécution, et non au cours de celle-ci : c'est l'obtention du résultat qui compte. L'utilité de l'exécution se révèle donc dans une période d'absence des parties l'une à l'autre, et leur rapprochement n'aura servi qu'à réunir les conditions d'une jouissance postérieure des effets contractuels. C'est donc parce que les parties doivent pouvoir utilement bénéficier des effets contractuels après l'exécution que les obligations de garantie existent. La garantie va venir au soutien des effets contractuels, pour en assurer le bénéfice durant un certain temps. Elles ont donc une mission ancrée dans le temps postérieur. La fonction « relai » des obligations de garantie est inhérente au sens de la notion dont il convient de voir les contours (**§1. Les contours de la notion de garantie**). Sera mis en valeur le particularisme de la notion, lequel permet de distinguer entre les obligations de garantie et les obligations principales du contrat, avant de montrer la place privilégiée de la garantie dans l'après-contrat (**§2. La place privilégiée de la garantie dans l'après-contrat**).

§1) Les contours de la notion de garantie

191.- **Présence de la notion dans différentes branches du droit.** Tracer les contours de la garantie nécessite avant tout d'en rappeler le sens et l'origine de façon générale (**A. Sens et origine de la garantie**), lesquels sont familiers du droit et se manifeste dans différentes disciplines⁹³⁵. C'est nécessairement un

⁹³³ Cf. néanmoins sur la stabilisation du contrat relationnel après son terme : Partie I - Titre II - Chapitre 2.

⁹³⁴ BLOND C., *La protection de l'acheteur insatisfait de l'immeuble*, 1999, PUAM.

⁹³⁵ BERLIOZ G., « Les garanties dans les relations économiques internationales », JCP CI 1980. II. 13324 ; DÖHM J., *Les garanties bancaires dans le commerce international*, éd. Staempfli et C^e, Berne, 1986 ; ; DELEBECQUE Ph., « Les garanties autonomes en droit interne », Bull. Joly 1992. 374 ; « Garanties et contre-garanties », in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 91 et s. ; GHESTIN J., *Garantie et conformité dans la vente*, LGDJ, 1983 ; HUET J., *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Litec, 1987 ; SÉRINET Y.-M., « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 789 et s. ; TOURNAFOND O., « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) », D. 1989, chron. 237 ; « La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs. Commentaire de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », D. 2005, chron. 1557 ; CASTON A., « Réforme de la responsabilité et de l'assurance », AJPI 1978. 93 ; « Garantie décennale et responsabilité de droit commun », AJPI 1993. 535 ; BOUBLI B., *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, JNA, 1991 ; PÉRINET-MARQUET, « La réception des travaux, état des lieux », D. 1988. Chron. 287 ; « Remarques sur la force de la garantie des constructeurs », JCP 1992.

focus sur les garanties postcontractuelles qui retiendra notre attention, notamment les régimes de garantie d'éviction, de conformité et des vices cachés, et de la responsabilité des constructeurs, bien que l'unicité de la notion, nonobstant les manifestations diverses des mécanismes mobilisés, repose sur la théorie de la garantie (**B. La théorie de la garantie**).

A- SENS ET ORIGINE DE LA GARANTIE

192.- La notion de garantie. Qu'est-ce que garantir ? Souvent, la garantie est une notion qui donne sens au droit des sûretés⁹³⁶. Elle peut avoir lieu en matière réelle ou personnelle et désigne littéralement l'engagement par lequel on se rend garant⁹³⁷. Elle a pour effet de rendre sûre une chose, une action, un projet. L'exemple le plus courant est celui du cautionnement⁹³⁸. La garantie est donc un outil qui permet de consolider la force de l'engagement et de sécuriser les transactions. Mais le domaine où elle trouve encore particulièrement à s'exprimer est celui du droit de la vente, dans lequel elle tire sa source de la loi (garantie légale de conformité et vices cachés par exemple) mais aussi du contrat (garantie commerciale)⁹³⁹. En ce sens, les obligations de garanties engagent le débiteur à un suivi de la loi contractuelle, de façon à ce que celle-ci soit maintenue et respectée pendant un certain temps qui succède à la convention et en appuie l'effectivité ; ce qui leur vaut d'être habituellement associées à une

⁹³⁶ ANCEL P., *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2014 ; CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PÉTEL Ph., *Droit des sûretés*, 10^e éd., Litec, 2015 ; MALAURIE Ph. et AYNÈS L., *Les sûretés, La publicité foncière*, par AYNÈS L. et CROCQ P., 11^e éd., Defrénois, 2017 ; MARTY G. et RAYNAUD P., *Les sûretés, La publicité foncière*, par JESTAZ P., Sirey, 2^e éd., 1987 ; MATTOUT J.-P., *Droit bancaire international*, 4^e éd., éd. Banque, 2009 ; MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., *Sûretés et publicité foncière*, par PICOD Y., Montchrestien, 7^e éd., 1999 ; PIEDELIÈVRE S. et PUTMAN E., *Droit bancaire*, PUF, 2011, PUF ; PIEDELIÈVRE S., *Les sûretés*, Armand Colin, 4^e éd., 2004.

⁹³⁷ D'après Dictionnaire XL Littré en ligne, V^o « Garantie », sens n^o 1.

⁹³⁸ Cf. not. AYNÈS L., *Le cautionnement*, Dalloz, 1999 ; SIMLER Ph., *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 5^e éd., 2015 ; ATIAS Ch., « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *in Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 339 ; « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation », *D.* 2003. Chron. 2620 ; DAIGRE J.-J. « Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie. La revanche de la liberté », *Cah. dr. entr.* 1992, n^o 6, p. 4 et s. ; DEVÈZE J., « Aux frontières du cautionnement : lettre d'intention et garanties indépendantes », *LPA* 3 juill. 1991, p. 26 et s. ; AYNÈS L., « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patr. nov.* 2003. 28 ; CROCQ P., « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du code civil) », *D.* 2005. 2025 ; « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *in Mélanges Ph. Malaurie*, 2005, Defrénois, p. 71 ; « Sûretés et proportionnalité », *in Mélanges Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291 ; PIETTE G., « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA* 2008, n^o 24, p. 116.

⁹³⁹ CALAIS-AULOY J., « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.* 2005. 701 ; ANCEL P., « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979. 203 ; BIGOT J., « Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels », *JCP* 1976. I. 2755 ; MALINVAUD Ph., « Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente », *JCP* 1975. I. 2690.

fonction postcontractuelle⁹⁴⁰, appuyée sur la « survivance » d'une responsabilité⁹⁴¹. Les caractères nominatifs les plus connus de la garantie en définissent l'objet : conformité, lutte contre les vices cachés, contre l'éviction, parfait achèvement... Tandis que certains en fixent plus spécialement la durée : garanties biennale, décennale...

Dans tous les cas, la notion de garantie naît de la rencontre entre, d'une part, la force de l'engagement du débiteur à assurer les effets voulus par l'exécution et, d'autre part, le prolongement de la satisfaction du créancier après l'exécution des obligations devenues défaillantes. Ainsi, garantir, c'est assurer les effets annoncés de l'engagement. À ce titre, l'étendue des garanties contribue tant à l'équilibre économique du contrat qu'aux éléments déterminants du consentement. Le fait de garantir permet en effet d'obtenir la confiance de l'autre partie. La confiance, pour s'exprimer et se maintenir, nécessite l'existence d'un climat obligationnel qui lui est favorable. En conséquence, définir la notion revient à l'envisager comme la contrepartie d'un crédit. L'extinction du rapport contractuel n'induit pas l'absence d'une telle nécessité : l'après-contrat soumis à garantie est un prolongement de la parole donnée et concerne la gestion rétrospective de l'exécution. C'est véritablement sa responsabilité que le débiteur de la garantie engage par une promesse de réparation en cas de défaillance, voire même une promesse tenant à un bon comportement⁹⁴². En témoigne la garantie due par le vendeur, se rattachant aux régimes de garantie des défauts de la chose vendue ou du trouble de la jouissance⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Pour seulement quelques exemples : LORIOU M., *Rép. coll. Loc. Dalloz*, V° « Exécution du marché public », folio n° 3032, n° 216 et s. : « système des garanties de la période post-contractuelle » ; LEMAIRE M. et DIDRICHE O., « Ouvrages des collectivités - Le point sur... la garantie décennale (1^{ère} partie) », AJCT 2017. 267, définissant expressément la garantie de bon fonctionnement comme « une garantie post-contractuelle » ; MODERNE F., « L'irrecevabilité d'une action en garantie pour non-respect d'une procédure de conciliation préalable ne peut être opposée que si cette procédure couvre expressément les dommages relevant de la garantie décennale », RDI 2001. 262, relevant qu' « il n'est pas rare que les dommages correspondant à une garantie post-contractuelle soient assimilés aux dommages contractuels proprement dits » ; du même auteur, « Responsabilité contractuelle et devoir de conseil du maître d'œuvre », RFDA 2009. 474 : « le Conseil d'État n'hésite pas à se référer aux "principes dont s'inspire le code civil" et que les garanties post-contractuelles en matière de construction publique constituent un terrain d'élection pour cette technique ». Cf. ég., DEPINCE M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD com. 2009. 259 ; PICOD Y., AUGUET Y. et GOMY M., *Rép. dr. comm. Dalloz*, V° « Concurrence (obligation de non-) », 2009 (actu. Juin 2016), n° 59.

⁹⁴¹ BOUBLI B., *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° « Contrat d'entreprise », 2016, (actu. févr. 2017), n° 509 et 512.

⁹⁴² BAUDOIN J.-L., « La notion de garantie en droit des contrats par Bernard Gross », *McGill law journal*, vol. 11, 1964, pp. 80-81 : « [L'obligation de garantie] comporte l'obligation de renseignement (renseignement sur la chose, les charges, l'utilisation de la chose), l'obligation de prévision (dans le contrat d'entreprise, dans le contrat de bail, dans la vente), l'obligation de défense qui implique une prise de position du garant dans tout débat judiciaire opposant le garanti à un tiers au sujet des droits acquis dans le contrat (garantie incidente). (...) [L'obligation de garantie] pendant longtemps suivait la distinction classique entre la garantie d'éviction et celle des vices cachés et fonctionnait comme une obligation de **réparation**. Actuellement, il semble que tout en conservant partiellement ce caractère, elle va plus loin ; on la considère semble-t-il comme devant réparer les conséquences de l'inexécution des obligations positives du garant (...non pas tant à raison du dommage dû à l'inexécution, qu'à raison du manquement à l'engagement qu'il avait pris : obligation de **renseignement, de prévision et de défense**. C'est dire que l'obligation de garantie "a quitté peu à peu le domaine exclusif de la responsabilité" ».

⁹⁴³ HOCHART C., *La garantie d'éviction dans la vente*, LGDJ, 1993 ; BLOND C., *La protection de l'acheteur insatisfait de l'état de l'immeuble*, PUAM, 1999 ; CHALVIGNAC, « Garantie légale d'éviction et clause de non-concurrence », LPA 20 déc. 2002 ; COUDERT M.-A., « La garantie d'éviction dans les ventes commerciales », D. 1973, chron. 113.

193.- Le débiteur devenu tiers-garant. On dit que « *les obligations du vendeur se résument en trois verbes : s'abstenir, assister, indemniser* »⁹⁴⁴. Dans ce cas, la garantie repose sur des obligations de la seconde chance telles que la réparation ou le remplacement de l'objet vicié⁹⁴⁵, conçues pour compenser l'insatisfaction née postérieurement à l'exécution, ou préserver ce qui a été acquis par celle-ci. La garantie d'éviction permet d'assurer l'intégrité de l'exécution en contraignant le cessionnaire du fonds de commerce dans son comportement encore après que la cession ait été exécutée. Il est admis par exemple qu'à la suite de la cession d'un fonds de commerce de restauration, constitue un acte de concurrence déloyale le fait pour le cédant de détourner le fichier client ou de conserver le carnet de réservation du restaurant, dans la mesure où il trouble le fonds cédé. La jurisprudence a ainsi condamné, sur le fondement de la garantie d'éviction, le cédant auteur d'un tel comportement ; celui-ci avait également placé une annonce sur le site internet du restaurant cédé, indiquant que le site n'est plus d'actualité et redirigeant l'internaute vers son propre nouveau restaurant⁹⁴⁶. Toutefois, la démission du chef pâtissier du restaurant cédé suivie de son embauche ultérieure par le cédant n'est pas fautive lorsqu'il n'est pas démontré que le cédant a employé des moyens anormaux pour débaucher ou qu'il s'est rendu complice de la violation d'une clause de non-concurrence à la charge du salarié⁹⁴⁷.

En effet, le *statu postquam* voulu et produit par les parties doit encore pouvoir exprimer ses effets durablement, mais dans un équilibre nécessaire avec les libertés individuelles⁹⁴⁸. La notion de garantie permet donc de répondre à la question de savoir jusqu'où vont les obligations pour satisfaire le créancier au-delà de la durée du contrat. Les parties au contrat redeviennent théoriquement tiers l'une pour l'autre, ce qui justifie leur liberté postcontractuelle, mais elles sont tiers-garants de l'exécution. L'étendue de l'engagement en dépend, mais la force normative du contrat également. Sans garantie, la foi en l'utilité du contrat ne serait que minime. Le succès de l'outil contractuel réside effectivement dans

⁹⁴⁴ LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010, n° 494.

⁹⁴⁵ IZORCHE M.-L., « Le vendeur professionnel entre vices cachés et jurisprudence hermétique (à propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1999) », D. 2000, chron. 407 ; PLANTAMP D., « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », Dalloz Affaires 2000. 243 ; NANA G.-J., *La réparation des dommages causés par les vices de la chose*, LGDJ, 1982.

⁹⁴⁶ Aix-en-Provence, 2^e ch., 14 mars 2013, RG n° 11/11348, JurisData n° 2013-005765 : en l'espèce, les juges d'appel affirment à ce titre que le cédant ne peut employer l'argument selon lequel le cessionnaire n'aurait acquis que la clientèle de proximité et non la clientèle personnelle de son gérant, qui jouit d'une certaine notoriété. En effet, le prix du fonds de commerce a été fixé en fonction du chiffre d'affaires qui dépend étroitement de la clientèle dans sa globalité. Rappr. (violation de la clause de non-concurrence) Versailles, 12^e ch., arrêt, 13 mars 2012, RG n° 11/01278, JurisData n° 2012-006218 ; Com., 7 déc. 2010, inédit, pourvoi n° 09-71.611.

⁹⁴⁷ Aix-en-Provence, 2^e ch., 14 mars 2013, préc.

⁹⁴⁸ C'est pourquoi la garantie d'éviction ne doit pas être confondu avec une restriction de plein droit de la concurrence postcontractuelle, afin de ne pas entraver la liberté du travail et du commerce (cf. not. *infra* n° 193, 525). V. PICOD Y., AUGUET Y. et GOMY M., *Rép. dr. comm. Dalloz*, V° « Concurrence (obligation de non) », 2009 (actu. Juin 2016), n° 59 ; Com. 22 oct. 1991, pourvoi n° 89-16.705 : à défaut de clause de non-concurrence dans la convention, le gérant du fonds de commerce, à l'expiration du contrat, conserve la liberté de s'installer en tous lieux pour exercer éventuellement une activité concurrente ; Fort-de-France, 12 mars 1981, JCP 1981. IV. 386 ; Aix-en-Provence, 5 nov. 1953, D. 1953. 759.

la liberté qui en fait une loi privée, mais également sur sa force obligatoire qui ajoute à cette loi privée un niveau d'exigibilité légale des prestations promises.

194.- Garantir, c'est promettre. Il existe un lien entre l'obligation de garantir et la promesse. Le contrat principal contient ces obligations originales que sont celles de garantie, comme s'il était le support d'une promesse, implicite ou explicite, consistant à engager le garant à satisfaire le garanti si ce dernier ne l'est plus dans le futur. Le mécanisme de la garantie d'éviction au Haut Moyen-Âge témoigne de l'origine de la garantie comme promesse faite par le vendeur à l'acquéreur pour le temps qui suit le transfert : la garantie prévue par certains droits coutumiers se limite à la procédure de revendication d'un objet volé, tandis que la garantie d'éviction est organisée par des promesses et des clauses pénales stipulées au contrat⁹⁴⁹. Mais l'origine des mécanismes légaux permet de regrouper l'ensemble des fonctions de la garantie dans le champ de l'obligation de bonne foi.

195.- Un tiers garant de sa bonne foi. Une idée de moralisation de l'après-contrat est effectivement présente. L'exécution de bonne foi de la convention indique que le débiteur ne peut ruiner le bénéfice de l'exécution une fois l'opération effectuée⁹⁵⁰. En droit romain par exemple, le vendeur était *auctor*, c'est-à-dire garant des effets de la vente, durant un certain délai correspondant à celui de l'usucapion (un an pour les meubles et deux pour les immeubles). Si une éviction intervenait pendant cette période, le vendeur devait indemniser l'acquéreur en s'acquittant du double du prix ; l'éviction était considérée comme une faute délictuelle (l'idée était que l'éviction est une atteinte au bien d'autrui)⁹⁵¹. La sécurité offerte par la garantie à la suite du contrat semble reposer sur un devoir général de bonne foi, lequel trouverait ainsi à s'appliquer dans l'après-contrat, ce qui permet de mieux comprendre l'autonomie de la garantie postcontractuelle⁹⁵². L'éviction par exemple serait une manifestation postcontractuel du dol : elle reposait originellement sur l'*actio empti* ou *ex empto*, à savoir une action de bonne foi en vue de punir le délit du vendeur⁹⁵³. La portée de l'exécution due de

⁹⁴⁹ LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *op. cit.*, n° 495.

⁹⁵⁰ Par exemple, la garantie des vices cachés a été créée à Rome pour sanctionner les abus la vente d'esclaves notamment, dont la maladie (non apparente) était cachée par le vendeur à l'acquéreur (il s'agissait alors d'une vice naturel). Lorsque l'esclave vendu était un délinquant, cela formait un vice juridique : l'acheteur pouvait alors être poursuivi *a posteriori* par la victime du délit qui exige réparation. Cf. (ég. sur la garantie d'éviction en droit romain), LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010, n° 494 et s. : le vendeur doit s'abstenir d'évincer lui-même l'acheteur en exerçant après la vente un droit contre l'acquéreur. Par exemple, « *lil] serait tout de même grossier, qu'un vendeur qui ne serait pas propriétaire, le devien[ne] par la suite par succession, ou achat, et qu'il invoqu[e] à ce moment-là son droit de propriété tout récent contre l'acheteur. Pareil comportement serait contraire à la bonne foi* ».

⁹⁵¹ LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010, n° 494 et 495.

⁹⁵² Sur la bonne foi postcontractuelle, cf. *infra* n° 318 et s.

⁹⁵³ LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd., 2010, n° 494. Sur l'action *auctoritatis*, due par le vendeur dans le délai d'usucapion qui suit la vente, cf. *ibidem*.

bonne foi rayonne encore après le temps dédié à la réalisation de l'opération. L'objectif de la garantie postcontractuelle est alors de contraindre une solidarité différée, en compensant les désordres survenus ultérieurement à l'exécution, par la promesse d'assurer le maintien de l'utilité de l'opération exécutée⁹⁵⁴. Le but est donc une sécurisation des engagements, par la moralisation du comportement des parties.

B- LA THÉORIE DE LA GARANTIE

196.- La théorie générale de la garantie en droit des contrats. La théorie générale de la garantie a été pensée par Bernard Gross, dont les travaux forment une référence incontournable dans l'étude de la notion. L'idée qu'existe une définition unitaire de l'obligation de garantie, combattant un dualisme présentant distinctement la garantie d'éviction et celle des vices cachés, projette une dynamique essentielle du droit des contrats : celle de l'effectivité dans le temps de l'engagement des parties. L'autonomie de l'obligation de garantie est notamment démontrée au travers du fait que les garanties concernent des contrats variés, sans qu'elles-mêmes changent de nature et sans agir sur la nature de la convention qu'elles accompagnent. « *Souci constant des hommes, la recherche de la sécurité explique l'ancienneté de l'idée* »⁹⁵⁵. À partir de ces termes, il est ainsi possible d'affirmer que la garantie est un moyen pour le droit d'assurer « *la bonne fin des principales opérations juridiques* »⁹⁵⁶. Ce moyen recouvre un double aspect construit à partir d'obligations plus astreignantes et d'un système de responsabilité plus strict que le droit commun de la responsabilité contractuelle. Cette idée de renforcement du droit va dans le sens de la garantie entendue comme mécanisme de protection, conformément à la théorie de Boris Starck⁹⁵⁷. En effet, la théorie, ayant pour point d'entrée la situation de la victime, est édifiée sur l'axiome du droit à la sécurité.

197.- La garantie comme construction d'un régime de responsabilité. La définition de la garantie selon Bernard Gross insiste sur la réunion de deux critères : d'une part, le renforcement de la responsabilité du débiteur et, d'autre part, le fait que la responsabilité porte sur des obligations déterminées. L'auteur identifie alors la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés comme représentations principales. Il estime que « *l'engagement essentiel du garant consiste à prendre un soin tout particulier lorsqu'il s'acquitte de ses obligations. Certes, le droit commun prend des précautions afin que toute la réalisation du contrat corresponde bien à la volonté des parties* »⁹⁵⁸, mais l'obligation

⁹⁵⁴ Rappr. n° 194 et s., 71, 83 et s.

⁹⁵⁵ GROSS B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, LGDJ, Paris, 1964, p. 2.

⁹⁵⁶ GROSS B., *ibidem*.

⁹⁵⁷ STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947, pp. 37-50.

⁹⁵⁸ GROSS B., th. préc., p. 100.

de garantie a été prévue pour « être entièrement réalisée conformément aux vues des parties. (...) [elle] **ne vit que pour assurer ce résultat, [et] ne saurait être une consolation attribuée après que le but visé ne peut plus être atteint. La garantie se surajoute à l'obligation essentielle du contrat pour la consolider** »⁹⁵⁹.

Dans le but d'organiser la protection du créancier, les fonctions de la garantie sont décrites comme un moyen de faciliter la formation du contrat en encourageant la confiance entre les agents économiques, de simplifier la situation du contractant qui « ne veut pas être trompé par les résultats de l'opération », et de lutter contre les imprévus postérieurs à l'exécution de la convention. La garantie trouve ainsi pour fonction d'assurer la sécurité du créancier dans un temps en-dehors du contrat, pour permettre au besoin de rétablir le *statu postquam* conforme aux prévisions contractuelles.

198.- Obligations de garantie, obligations de réaction. En effet, il est question d'épaissir la consistance de l'engagement quant à sa qualité, au travers de la durée d'obligations persistant dans le temps. La particularité de l'obligation de garantie tient alors aux réponses qu'elle est capable d'apporter à contretemps. Les obligations principales du contrat déterminent le contenu substantiel de l'engagement. Elles sont le corps du contrat, désignant l'objet de l'acte, répondant à la question classique « *quid debitur* »⁹⁶⁰ ? Pour leur part, les obligations de garantie ne sont exécutées qu'en cas de survenance d'un risque postérieur d'insatisfaction du créancier. Elles correspondent à la question « *quid postea* ? », c'est-à-dire « que s'ensuit-il ? Et après ? ». **Si les obligations d'exécution représentent la mise en action du contrat, les obligations de garantie doivent être assimilées à des obligations réactionnelles.** Elles s'imposent ainsi comme des outils auxiliaires qui prennent le relai de l'exécution et forme un satellite du contrat. C'est pourquoi il est possible d'envisager les obligations de garantie comme le prolongement des obligations contractuelles⁹⁶¹. Ce prolongement tient à une étendue obligationnelle qui va au-delà de la seule durée de la prestation. Subsiste donc une dette sur les épaules du garant, et un droit de créance au profit du garanti, conditionnés par la réalisation d'un risque postérieur à l'exécution du contrat.

199.- Des obligations postcontractuelles liées par leur but. La garantie, « *par sa rigueur et son étendue, (...) va bien plus loin dans ses exigences que le droit commun des obligations. Elle favorise ainsi la réalisation pratique, la plus complète possible, du contrat* »⁹⁶². Est ici en jeu l'aspect pragmatique de l'opération économique, au travers de ses effets pratiques, et donc de l'accomplissement du résultat

⁹⁵⁹ GROSS B., th. préc., p. 101.

⁹⁶⁰ *Que dois-je ?*

⁹⁶¹ Cf. *infra* (Garantie de parfait achèvement) n° 205, 212, .

⁹⁶² GROSS B., th. préc., p. 103.

attendu par les parties. Les garanties doivent elles-mêmes être regardées comme un outil d'effectivité ou d'efficacité de la convention, alors qu'elles ne feraient que « *se superposer aux obligations déjà existantes du contrat. Ces dernières obligations conservent une vie propre : le contrat ne les absorbe pas* ». Mais la notion de garantie est complexe parce qu'elle met à la charge du garant une pluralité d'obligations « *différentes les unes des autres mais qui sont reliées par leur but* ». Par le biais de cette observation, une proposition de définition est rendue possible, établissant la base de l'idée selon laquelle la garantie se situe bien hors de l'exécution des prestations principales :

« *la garantie est une obligation complexe, d'origine légale ou conventionnelle, qui, dans certains contrats à titre onéreux où le créancier peut craindre d'être trompé sur les droits que son contractant lui transmet sur la chose, ou sur l'utilité de celle-ci, vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l'exécution normale de la convention, tout en lui promettant une réparation très efficace du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint définitivement* »⁹⁶³.

Apparaît une distinction entre le *statu postquam* au moment où les parties se quittent et son évolution dans le temps. Obligation complexe, la garantie entretient un lien naturel avec le contrat malgré l'attraction de la responsabilité extracontractuelle⁹⁶⁴. D'ailleurs, cette attraction est remarquable lorsque les parties aménagent l'après-contrat par des stipulations spécifiques, ou que la déception postcontractuelle trouve sa source dans une déloyauté précontractuelle. Quand les contractants prévoient une obligation postcontractuelle de non-rétablissement à la charge du vendeur, et dont la durée est inférieure à la garantie légale, la protection légale prend le relai de la restriction à l'extinction de l'obligation postcontractuelle. La sanction est encore encourue après expiration d'une obligation de nature contractuelle dont l'objet était identique au régime légal⁹⁶⁵. Parfois encore, le régime légal supplante la loi des parties. Il en est ainsi lorsque le juge du contrat décide de l'efficacité de la garantie malgré la présence d'une clause l'ayant expressément exclue. La jurisprudence a effectivement écarté la clause exclusive de garantie et engagé la responsabilité du vendeur et de son mandataire qui, informés de la présence de cuves sous-terraines susceptibles de polluer les sols, n'en avaient fait part ni aux acquéreurs ni au notaire⁹⁶⁶. En l'espèce, l'existence des cuves « *qui se sont avérées fuyardes n'avait été révélée à l'acquéreur que postérieurement à la vente* »⁹⁶⁷. Il faut souligner que le caractère postérieur de la révélation permet d'actionner la garantie : si le vendeur avait démontré que l'information (complète)

⁹⁶³ GROSS B., th. préc., p. 103.

⁹⁶⁴ GROSS B., *ibidem* : « Ces caractères [de l'obligation de garantie] peuvent découler du lien qui unit l'obligation de garantie au contrat, lien contractuel malgré l'attraction qu'exerce cependant la responsabilité délictuelle ». Cf. *supra* (garantie d'éviction) n° 193. Rapp. n° 5 et 230.

⁹⁶⁵ Rapp. de l'alignement entre obligation contractuelle de bonne foi et devoir général, *infra* n° 331. Sur la garantie d'éviction et les clauses aménageant la protection légale, cf. *infra* n° 539 et s.

⁹⁶⁶ Rapp. *infra* n° 308, 470.

⁹⁶⁷ BERLAUD C., « Clause de non-garantie des vices cachés : une solution sévère pour le vendeur », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 27, p. 43, obs. sous Civ. 3^e, 29 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 16-18.087.

était connue de l'acheteur *avant* la vente, sa responsabilité aurait été paralysée⁹⁶⁸. Le critère temporel est donc au cœur de la mise en œuvre de la protection.

§2) La place privilégiée de la garantie dans l'après-contrat

200.- Le rapprochement *inter partes* lié à l'exécution est différent de celui lié à la garantie. Le temps qui succède à l'exécution matérialise le *statu postquam*, mais surtout la séparation des parties qui ne sont plus rapprochés par l'exécution. Les obligations de garantie revêtent à ce titre une importance particulière dans l'après-contrat, en ce qu'elles permettent de provoquer un nouveau rapprochement utile au règlement des déconvenues apparues seulement après la séparation. En ce sens, les obligations à l'origine de ce nouveau rapprochement doivent être distinguées de celles ayant généré l'exécution principale. Il s'agit de faire la distinction entre obligations d'exécution et de garantie (**A. La distinction entre obligations d'exécution et de garantie**). La distinction laisse apparaître que les régimes de garantie reposent sur une fonction d'indemnisation, formant un standard de protection défini par des délais d'action (**B. Un standard de protection défini par des délais d'action**).

A- LA DISTINCTION ENTRE OBLIGATIONS D'EXÉCUTION ET DE GARANTIE

201.- L'indépendance entre action en inexécution et action en garantie. Se pose naturellement la question de la distinction entre les obligations d'exécution et les obligations de garantie, question qui délimite le temps contractuel et le rythme des actions postcontractuelles ouvertes au créancier. La distinction entre l'action pour inexécution du contrat et l'action en garantie vaut à ce titre d'être illustrée par un exemple de droit transatlantique. L'*Union Commercial Code* est un texte qui encadre les échanges commerciaux, notamment le droit de la vente, de façon à harmoniser les pratiques entre les différents États Unis d'Amérique. L'exemple choisi est celui de la différence entre la *breach of contract claim*⁹⁶⁹ et la *breach of warranty claim*⁹⁷⁰. La différence entre les deux actions réside dans leurs causes respectives : « un acheteur déçu par un bien exerce une action pour inexécution quand il entend le

⁹⁶⁸ Civ. 3^e, 10 sept. 2008, pourvoi n° 07-17.086, Dalloz actu. 23 sept. 2008, obs. LA TOUANNE S. (de); AJDA 2008. 1685 ; D. 2008. 2285 ; AJDI 2009. 386, obs. WERTENSCHLAG B. et GEIB T. Cf. néanmoins sur l'efficacité de la clause lorsque les parties ont la qualité de professionnel ou assimilé : Civ. 3^e, 13 nov. 2009, pourvoi n° 08-19.052, AJDI 2010. 248 ; Civ. 3^e, 10 juill. 2013, n° 12-17.149, Dalloz actu. 6 sept. 2013, obs. KEBIR M. Sur l'inefficacité de la clause lorsque les parties n'ont pas compétence égale : Com. 19 mars 2013, pourvoi n° 11-26.566, Dalloz actu. 2 avr. 2013, obs. DELPECH X. ; D. 2013. 1947, obs. DELPECH X., note HONTEBEYRIE A.; RDI 2014. 112, obs. MALINVAUD Ph.; RTD com. 2013. 323, obs. BOULOC B.

⁹⁶⁹ L'action pour inexécution contractuelle.

⁹⁷⁰ L'action en garantie.

*refuser*⁹⁷¹ ou annuler le contrat ; quand le vendeur ne délivre pas le bien à l'acheteur ; et quand dans certaines circonstances, le vendeur retarde abusivement la délivrance. D'autre part, l'action en **garantie** de l'acheteur insatisfait survient uniquement **après** que l'acheteur ait finalement accepté le bien »⁹⁷². On voit apparaître comme pivot de la distinction un élément à la fois temporel et substantiel : l'acceptation par l'acheteur du bien délivré. S'il n'y a pas encore eu acceptation du bien délivré, la responsabilité contractuelle trouve à s'appliquer sur le fondement de l'inexécution des obligations principales. S'il y a déjà eu acceptation du bien délivré, la responsabilité trouve à s'appliquer sur le fondement des obligations de garantie. De même, dès que le contractant a mis fin au contrat conclu avec le prestataire en raison de retards d'exécution sans émettre de réserve sur la qualité des travaux, il ne peut ultérieurement rechercher la responsabilité contractuelle de cette société en invoquant des défauts d'exécution de ces travaux⁹⁷³. **Apparaît donc un critère temporel : la postériorité à la délivrance du bien ; et un critère substantiel : l'acceptation du bien délivré.** La réunion de ces deux critères permet l'ouverture de la phase postcontractuelle qui supportera une éventuelle action en garantie. La garantie est d'autant plus détachée de l'exécution principale que l'action qui en dépend peut être cumulée à une action pour inexécution, démontrant bien que les deux types d'obligations ont des objets différents⁹⁷⁴.

En ce sens, la fonction de la garantie est d'instaurer un régime de satisfaction à compter du moment de la délivrance⁹⁷⁵. Les obligations de garanties ne sont donc pas comparables à celles de l'exécution : elles forment un régime autonome d'indemnisation⁹⁷⁶. Il s'agit en quelque sorte de l'assurance couvrant le résultat de la prestation. L'exemple de l'autonomie de l'action en réparation du

⁹⁷¹ « *Rejection is a refusal to accept a contractual offer. Rejection means a refusal to accept tendered goods as contractual performance. Under the Uniform Commercial Code, a buyer's rejection of nonconforming goods should be made within a reasonable time after tender or delivery, and the seller should be notified about the rejection. In Parliamentary law, rejection refers to the failure of adoption or ratification. Under Patent law, rejection refers to a patent examiner's finding in an office action that a claim in an application is not patentable* ».

⁹⁷² « *The Article then discusses breach of warranty and breach of contract claims arising under Article 2 and the differences that emerge from these distinct causes of action. In this regard, the Article enumerates the differing circumstances that give rise to a buyer's breach of contract claim in contrast to a breach of warranty claim. It concludes that a disappointed buyer of goods processes a breach of contract claim where goods have been rejected or revoked, where the seller fails to deliver any of the goods the buyer contracted to receive ; where the seller repudiates ; and in some circumstances, where the seller wrongfully delays delivery of goods. On the other hand, a disappointed buyer's breach of warranty claim arises only after the buyer has finally accepted the goods* »⁹⁷² DAVIS T., « UCC Breach of warranty and contract claims: Clarifying the distinction », Wake Forest University, 2010, p. 784, http://works.bepress.com/timothy_davis/1. Cf. Art. 2-603 et s. UCC.

⁹⁷³ CAA Nancy, 2 juill. 1998, SA Renault Automation, BJCP 1999, n° 2, p. 212. Cf. TERNEYRE Ph., *Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz*, 2012 (actu. avr. 2017), n° 69.

⁹⁷⁴ Rapport du sénat sur la transposition de la directive européenne relative à la garantie légale de conformité : « *l'ordonnance ne remet pas en cause la faculté, reconnue par la jurisprudence, d'exercer, sur le fondement de l'article 1603 du code civil, une action en responsabilité contre le vendeur pour manquement de ce dernier à son obligation de délivrance* ».

⁹⁷⁵ En matière de garantie constructeur, si des réserves sont émises au moment de la réception des travaux, elles traduisent finalement la prévisibilité de la garantie qui sera déclenchée dans le futur. Mais il faut reconnaître qu'en matière de responsabilité constructeur, le critère d'analyse du droit américain tend à se rapprocher de l'appréciation faite par le Conseil d'Etat qui refuse d'appliquer la responsabilité contractuelle si les travaux ont été reçus sans réserve.

⁹⁷⁶ NANA G.-J., *La réparation des dommages causés par les vices de la chose*, LGDJ, 1982.

préjudice du fait d'un vice caché, qui, en tant qu'action indemnitaire, n'est pas subordonnée à l'exercice d'une action rédhibitoire ou estimatoire, intrigue les juristes⁹⁷⁷. En plus de ne pas être subordonnée à une action rédhibitoire ou estimatoire préalable, l'action en indemnisation peut être accueillie même si le bien a été réparé. A déjà été évoqué le « *flou persistant* »⁹⁷⁸ autour du fondement de cette action. On parle également de « *confusion grandissante* »⁹⁷⁹ au sein d'un « *régime juridique complexe* »⁹⁸⁰ et due à la « *spécificité* »⁹⁸¹ de la garantie légale des vices cachés, pour finalement admettre que « *la garantie légale du vendeur n'est autre qu'une responsabilité spécialement réglementée par la loi qui sanctionne l'obligation de livrer une chose exempte de vice* »⁹⁸². L'attribut spécial de la garantie existe bel et bien et nourrit notamment « *l'idée de sûreté automatique qui est par nature étrangère à celle de faute et de responsabilité* »⁹⁸³. La garantie participe ainsi à une « *chronologie des remèdes* », et rejoint le constat selon lequel « *la réparation de la chose (...) tournée vers l'avenir n'indemnise en toute hypothèse pas le dommage passé* »⁹⁸⁴. Il est d'ailleurs utile de relever que l'existence d'obligations de garantie exigibles ne permet pas d'affirmer qu'un contrat est toujours « en cours d'exécution ».

201 bis.- La notion de « contrat en cours ». La notion de « contrat en cours d'exécution »⁹⁸⁵ est un enjeu d'application du droit transitoire particulièrement intéressant en droit de la consommation. En effet, les articles L. 621-2 et L. 621-8 du Code de la consommation prévoient le droit d'agir des associations de consommateurs aux fins de faire supprimer une clause illicite « *dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs ou dans tout contrat en cours d'exécution* ». De même, l'article L. 621-8 du même code dispose que le juge peut ordonner la suppression d'une clause illicite ou abusive « *dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d'exécution* ». Cette formule pose la question de la détermination de ce qu'est un contrat en cours. Or, les obligations de garantie, si elles sont une émanation du contrat en ce qu'elles sont l'expression de ses effets, ne trouvent à s'appliquer que secondairement. Elles sont en ce sens postcontractuelles, prenant le relai de premières obligations, dans un temps qui suit la convention. C'est

⁹⁷⁷ Com. 19 juin 2012, Bull. IV, n° 132, pourvoi n° 11-13176. RADÉ Ch., « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996) », JCP 1997. I. 4009 ;

⁹⁷⁸ WALTZ-TERACOL, « Incertitude sur le fondement et le régime de l'action en réparation du fait d'un vice caché », D. 2015, p. 1939, au sujet de Civ. 3^e, 24 juin 2015, à paraître, pourvoi n° 14-15.205.

⁹⁷⁹ WALTZ-TERACOL, *ibidem*.

⁹⁸⁰ WALTZ-TERACOL, *ibidem*.

⁹⁸¹ WALTZ-TERACOL, *ibidem*.

⁹⁸² JOURDAIN P., note sous Com. 25 nov. 1997, Bull. civ. IV, n° 318, pourvoi n° 95-14603 ; RTD civ. 1998. 386.

⁹⁸³ LE GAC-PECH S., note sous Com. 19 mars 2013, Bull. civ. IV, n° 45, pourvoi n° 11-26566 ; JCP E 2013, p. 1309.

⁹⁸⁴ GAUTIER P.-Y., « La garantie des vices cachés n'est pas seulement rédhibitoire ou estimatoire », RTD Civ. 2012. 741.

⁹⁸⁵ Cf. not. VILLA-NYS M.-C., *Le contrat en cours (pour sa promotion en droit commun des contrats)*, th. Aix-Marseille III, 1999 ; ROUSSEL GALLE P., *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. Dijon 1997.

précisément en ce sens que le droit des procédures collectives a interprété la notion⁹⁸⁶, en excluant de la durée du contrat les obligations de garantie⁹⁸⁷. On estime ainsi que le contrat ne doit pas « **avoir pris fin avant le jugement d'ouverture soit par l'effet de l'arrivée du terme pour un contrat à durée déterminée, soit par sa complète exécution, soit parce que sa résiliation est définitivement acquise avant l'ouverture de la procédure collective, ou encore parce que sa nullité a été prononcée. La règle s'applique à un contrat qui n'a pas épuisé ses effets fondamentaux au jour du jugement d'ouverture** »⁹⁸⁸. De ces termes, il est possible de déduire que les obligations de garantie ne participent pas à la « complète exécution » du contrat, pas plus qu'à ses « effets fondamentaux », confortant véritablement l'idée d'un *suivi* de l'exécution principale déjà accomplie. Tel que vu précédemment⁹⁸⁹, le marqueur du relai entre les obligations principales et les obligations de garantie est le moment de la délivrance et, plus précisément en matière de louage d'ouvrage, celui décisif de la réception des travaux.

202.- La réception des travaux dans le louage d'ouvrage. En droit de la responsabilité des constructeurs, le critère temporel de la « délivrance » trouve son *alter ego* dans la « réception des travaux ». Il est même le point d'ancrage de la théorisation de la garantie bienno-décennale dans son ensemble : « *le point de départ de la réflexion doit être la réception des travaux (...). Un fort courant d'opinion s'est d'abord dégagé en faveur de l'effet extinctif ou exonératoire de la réception* »⁹⁹⁰. La fin du contrat d'entreprise a été classiquement instauré comme l'indicateur de la fin du contrat⁹⁹¹. Le régime de garantie organisé par les articles 1792 et 2270 du Code civil a alors été considéré comme un pan de « *mesures exceptionnelles* », car se greffant sur un contrat expiré⁹⁹². C'est pourquoi le régime de

⁹⁸⁶ DERRIDA F., « La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire », RJDA 1993, Chron. 399 ; BAC A., « De la notion de contrat en cours dans le cadre des procédures collectives et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », in JCP E, 6 janv. 2000, 22, n° 1 ; BRUNETTI-PONS C., « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD com. 2000. 783 ; Lamy droit commercial, mars 2017, n° 3234 et s. ; (exemple du bail) Com., 6 févr. 1996, pourvoi n° 92-16.886, Bull. civ. IV, n° 36, RJDA 1996, n° 4, n° 547, BRDA 1996, n° 5, p. 7 ; (vente à terme) Com., 1^{er} févr. 2000, n° 97-15.263, Bull. civ. IV, n° 23, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 28, n° 1764, Cah. D. aff. 2000, AJ, p. 144, obs. LIENHARD A. ; HOUTCIEFF D., « Chronique d'une jurisprudence réservée : la vente mobilière suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix n'est pas un contrat en cours », RDC 1^{er} oct. 2004, p. 1021, obs. sous com., 5 mai 2004, pourvois n° 01-17.201 et 01-17.590, Bull. IV, n° 21, p. 85.

⁹⁸⁷ SOINNE B., *Traité théorique et pratique des procédures collectives d'Argenson et Toujars*, Litec, 2^e éd. 1995, p. 225. V. en outre DUMONT-LEFRAND M.-P., « Conventions de garantie et procédure collective », Bull. Joly sociétés 2009, p. 877.

⁹⁸⁸ Lamy droit commercial, mars 2017, n° 3234.

⁹⁸⁹ Cf. *supra* n° 201.

⁹⁹⁰ BOUBLI B., *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° « Contrat d'entreprise », 2016 (actu. févr. 2017), n° 518, citant PLANIOL et RIPERT, par ROUAST, *Traité civil de droit français, Contrats civils*, n° 947 ; LIET-VEAUX, « La loi du 4 janvier 1978, la nouvelle responsabilité de plein droit », Gaz. Pal. 1979. 1. Doctr. 261 ; LIET-VAUX et THUILLIER, *Le droit de la construction*, Litec, 10^e éd., 1994, p. 324 ; rapp. CASTON A., *La responsabilité des constructeurs*, éd. du Moniteur, 6^e éd., 2006, n° 202 ; MALINVAUD Ph. JESTAZ Ph., JOURDAIN P. et TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2015, n° 76.

⁹⁹¹ Cf. sur ce point le particularisme du droit public, *infra* n° 218.

⁹⁹² BOUBLI B., *Rép. dr. civ. Dalloz, ibid.*, n° 518.

garantie concerné est classiquement présenté comme fondant littéralement une « *responsabilité postcontractuelle* »⁹⁹³ d'origine légale. Mais c'est bien naturellement la responsabilité contractuelle qui échafaude la responsabilité des constructeurs : « *c'est la violation d'une obligation contractuelle qui est sanctionnée par la garantie légale, et même si la responsabilité contractuelle est protéiforme et si plusieurs manifestations en sont concevables, depuis l'inexécution de l'obligation, jusqu'à la garantie de qualité d'une obligation exécutée, c'est dans le contrat que se trouve la cause de la dette* »⁹⁹⁴. Toutefois, si la garantie a une assise contractuelle quant à son fondement, tout l'intérêt de son existence est précisément de se développer à compter du moment de la réception, lequel pourrait justement laisser croire à une libération du débiteur. L'assise contractuelle du mécanisme n'empêche pas que son régime d'application vise la couverture des risques postcontractuels, nonobstant leur origine antérieure à la réception des travaux. On voit ainsi la subtilité entre le fait de concevoir l'après-contrat comme un temps qui « succède » simplement à la fin de la prestation, et la reconnaissance de sa fonction de « suivi » de l'exécution. Si l'après-contrat est un temps hors de la durée du contrat, il n'en est pas moins, en l'occurrence, une manifestation du contrat en dehors de sa durée⁹⁹⁵. Ce dépassement de la durée de l'exécution est organisé par la loi dans un but de protection du créancier et de sécurité à la fois juridique mais également des personnes et des biens. Toutefois, reconnaître la liaison insécable entre le contrat et le régime de l'après-contrat ne doit pas laisser confondre les régimes de responsabilité qui en dépendent.

203.- La responsabilité postcontractuelle. Nous pensons donc qu'il est possible de parler de responsabilité postcontractuelle, même quand celle-ci est fondée sur la responsabilité contractuelle : d'une part en raison du critère temporel qui permet de distinguer les actions ouvertes au créancier de la garantie, d'autre part parce que cette discrimination prend en compte la différence de contenu des régimes applicables avant et après la réception des travaux, et, enfin, parce que la responsabilité postcontractuelle ne repose pas sur les mêmes fonctions que la responsabilité contractuelle. Tant leur temporalité que les règles qui gouvernent leur mise en œuvre montrent que le régime de l'inexécution et celui de la garantie doivent être distingués, bien qu'ils soient deux branches d'un même arbre. Il y a une différence nette entre un constructeur qui ne termine jamais le chantier qu'il s'est engagé à livrer, et celui qui livre des travaux contenant des défauts de conception. De même, sont différents l'ouvrage contenant des malfaçons apparentes et celui dont les vices sont cachés, ou encore celui qui présente des désordres presque dix ans après la réception.

⁹⁹³ BOUBLI B., *ibidem*.

⁹⁹⁴ BOUBLI B., *ibid.*, n° 520 et 521.

⁹⁹⁵ Cf. Partie 2.

En cas d'inexécution, le contrat est en suspens. Il s'agit d'un droit qui se conjugue au présent de l'indicatif. Les prestations dues au titre de l'exécution principale sont en instance d'échange et l'inexécution éventuelle fait obstruction au bon déroulement de cette instance. Les patrimoines respectifs ne sont pas encore transformés par la réalisation de l'opération. Le régime de l'inexécution des obligations principales vient sanctionner la privation pour le créancier de la contrepartie du paiement. Le contrat ne s'est jamais accompli.

En cas de désordre découvert dans la période postcontractuelle, le contrat est rétrospectivement invoqué bien que l'échange des prestations ait eu lieu. Les obligations ne sont plus en instance car la délivrance est déjà intervenue. Les patrimoines ont été transformés par la réalisation du contrat. Mais, postérieurement à cette transformation, la valeur de l'échange est modifiée par une circonstance nouvelle. Le patrimoine est donc à nouveau transformé par la découverte d'un fait ou d'une information qui n'était pas connue au moment de l'échange des consentements et de l'exécution⁹⁹⁶, ou affecté par le comportement postcontractuel du débiteur de la garantie. Le régime de la garantie vient donc réparer le dommage. C'est pourquoi, même si la responsabilité contractuelle supporte naturellement l'action, elle a des traits communs avec la responsabilité extracontractuelle en ce qu'elle, de par son aménagement légal⁹⁹⁷, a une vocation circonscrite à la réparation.

204.- L'optimisation des effets du contrat par l'après-contrat⁹⁹⁸. Ainsi, la nécessité de distinguer entre exécution des obligations principales et garantie postcontractuelle s'impose tant par la chronologie naturelle de l'opération contractuelle, que par les fondements juridiques des régimes d'actions en responsabilité. Il s'agit d'un impératif d'efficacité qui résume bien la protection dans le temps de la volonté des parties. L'optimisation poursuivie par les dispositifs de garantie vise l'utilité du contrat dans sa phase postérieure sur un critère de durabilité, puisque l'optimisation de l'exécution appartient à la phase contractuelle déjà écoulée. L'optimisation en phase postcontractuelle ne vise pas l'amélioration de la qualité, mais le maintien dans le temps d'une certaine qualité définie⁹⁹⁹. Avant l'ouverture du temps postcontractuel, la responsabilité dépend des règles de droit de l'exécution. Après l'ouverture du temps postcontractuel, la responsabilité dépend des règles de suivi de l'exécution. Mais un tel suivi est limité dans un délai au-delà duquel le temps postcontractuel n'obéit plus au contrôle *a posteriori* : le *statu*

⁹⁹⁶ Cf. (sur l'obligation d'information du consommateur) art.11-5 et 221-5 du C. de la conso.

⁹⁹⁷ Nuançant la nature contractuelle de la responsabilité encourue : CASTON A., *op. cit.*, n° 6 et s., et n° 32 BOUBLI B., FRITSCH-HÉMARD, *Responsabilité des constructeurs*, 2002, Thème Express, 2^e éd., n° 210 s. ; 3^e éd., n° 255 et 290 ; AUBY J.-B. et PÉRINET-MARQUET H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^e éd., 2012, Montchrestien, n° 1201 s. ; KARILA, *Les responsabilités des constructeurs*, Delmas, 2^e éd., 1991, p. 180.

⁹⁹⁸ Rapp. *infra* n° 292 et 299 (sur le sens de l'optimisation).

⁹⁹⁹ BARRET O., *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, V° « Vente (3^e effets) », 2007 (actu. Juin 2016), n° 215 et s. sur « la conformité qualitative de la chose délivrée ». Adde HUET J., *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, 1987, Litec ; NANA G.-J., *La réparation des dommages causés par les vices de la chose*, LGDJ, 1982.

postquam est acquis définitivement en l'état. C'est ce qu'impose l'expiration du délai dans lequel est enfermée la garantie. La durée d'efficacité de l'opération contractuelle existe donc au travers d'un standard défini par les délais d'action en garantie.

B- UN STANDARD DE PROTECTION DEFINI PAR DES DÉLAIS D'ACTION

205.- La temporalité de la responsabilité. La garantie va déterminer tant l'effort de suivi qui est dû par le débiteur, que le champ d'action du créancier. La différence de délai d'action entre la garantie légale de conformité et la garantie contre les vices cachés est un exemple du caractère déterminant du contenu de la période postcontractuelle¹⁰⁰⁰. Pour la première, le délai d'action court pendant deux ans à compter de la délivrance de l'objet garanti¹⁰⁰¹, alors que pour la seconde, le délai est de deux ans à compter de la découverte du vice. Les obligations de garanties forment les possibles recours stratégiques postcontractuels qui permettent à un créancier d'optimiser l'efficacité de l'affaire qu'il a réalisée. Mais le concours d'actions se fait parfois au détriment de la protection du créancier de la garantie. Dans cette hypothèse, la question s'est posée de savoir si la responsabilité contractuelle pour non-conformité peut se confondre avec l'action fondée sur l'article L. 111-11 du Code de la construction, relative aux exigences réglementaires en matière d'isolation phonique¹⁰⁰². L'article L. 111-11 du Code de la construction prévoit le droit d'action pour le maître de l'ouvrage si l'isolation phonique n'est pas conforme aux exigences réglementaires et ce, dans un délai d'un an. Dans l'espèce de l'arrêt concerné, les acheteurs d'un bien immobilier en l'état futur d'achèvement émettent des réserves au moment de la livraison du bien. Les expertises démontrent des désordres et malfaçons, dont notamment un défaut d'isolation phonique. La question est alors de savoir à quel délai de prescription l'action est assujettie. La Cour de cassation décide que l'action des acheteurs pour non-conformité fondée sur l'article L. 111-11 du Code de la construction et de l'habitation se prescrit par une année, sans possibilité d'agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle non assujettie au délai d'un an. Il s'agit d'une application pure et simple du texte, lui-même fondé sur la garantie de parfait achèvement visée par l'article 1792-6 du Code civil prévoyant expressément une prescription annale.

¹⁰⁰⁰ GHESTIN J., *Garantie et conformité dans la vente*, LGDJ, 1983 ; HUET J., *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Litec, 1987.

¹⁰⁰¹ Il s'agit d'un délai minimum : CJUE, 5^e ch., 13 juill. 2017, n° C-133/16: l'article 5, § 1, et l'article 7, § 1, second alinéa, de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une règle d'un État membre (en l'espèce, le droit belge) qui permet que le délai de prescription de l'action du consommateur soit d'une durée inférieure à deux ans à compter de la délivrance du bien.

¹⁰⁰² Civ. 3^e, 8 juill. 2015, inédit, pourvois n° 13-20.980 et 14-12.436.

206.- Unicité de fonction et pluralité de régimes. On le voit, la difficulté principale posée par les obligations de garantie est la lisibilité des différentes actions remplissant une fonction identique. Qu'il s'agisse du contrat de louage d'ouvrage ou du contrat de vente, la complexité liée aux régimes de garantie tient à la conciliation de temps et d'actions qui se superposent, mais également à la diversité des droits qui doivent être garantis au travers des différents régimes. Si les régimes relatifs aux biens meubles tiennent à proposer un moyen de sécuriser l'effectivité de l'acte dans une dynamique de fiabilisation des opérations économiques au sein d'un temps postcontractuel relativement court¹⁰⁰³, il faut relever que les régimes relatifs aux biens immeubles semblent renforcer les effets contractuels dans un temps postcontractuel beaucoup plus étendu¹⁰⁰⁴. Il est alors intéressant d'observer que la définition du temps postcontractuel durant lequel les garanties agissent est corrélative de l'importance des droits protégés ; importance symbolisée par les délais d'action dans lesquels ils sont enfermés¹⁰⁰⁵. La protection est promue comme un standard légal, mais sa durée est conçue à la mesure des enjeux.

207.- Politique de promotion de la garantie. Le Ministère de l'Economie classe les garanties de conformité et contre les vices cachés sous le générique de « *service après-vente* »¹⁰⁰⁶, une expression que l'on retrouve aux dispositions de l'article L. 211-19 du Code de la consommation, et qui intègre la dimension temporelle du maintien dans le temps de l'utilité du contrat. Clairement inscrite dans une tendance à la protection du consommateur, cette économie représente un modèle d'échange basé sur la confiance au travers de la fiabilité du bien lui-même, mais également du service que le débiteur est capable de proposer pour assurer cette fiabilité, ce qui revient à rechercher l'efficacité par le prisme de la confiance¹⁰⁰⁷. Le développement des obligations de garantie légales, mais aussi commerciales,

¹⁰⁰³ La non-conformité se prescrit par deux ans. Cf. art. L. 217-7 du C. de la conso.

¹⁰⁰⁴ Cf. *infra* n° 211 et s.

¹⁰⁰⁵ La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé qu'« *en matière civile, la prescription répond conjointement à trois impératifs classiques : elle a pour fonction, par l'interdiction d'actions tardives, de dispenser le débiteur d'apporter la preuve de sa libération (fonction probatoire), mais aussi et surtout de consolider les situations de fait (fonction sécuritaire) et de sanctionner le créancier (ou le titulaire d'un droit) négligent (fonction morale)* », in Rapport Cour de cassation 2014, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, p. 248. Elle ajoute par la suite que « *l'étude du droit de la vente révèle particulièrement la fonction de sécurisation attendue des délais de prescription. L'existence de certaines actions crée en effet une forme d'incertitude pour le vendeur, que le droit a à cœur de limiter en enfermant les actions proposées dans des délais relativement brefs, qu'il s'agisse de l'action en garantie des vices cachés ou de l'action relative à la garantie légale de conformité* ».

¹⁰⁰⁶ Cf. Site internet du gouvernement : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Garanties-commerciales-service-apres-vente>

¹⁰⁰⁷ EDEL V., *La confiance en droit des contrats*, th. Montpellier I, 2006 ; BENABOU V.-L. et CHAGNY M. (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008 ; FADEL M., *Le contrat de cyberconsommation : de la confiance du cyberconsommateur à la méfiance du cybercommerçant*, th. Paris Descartes, 2009 ; LAFOND P.-Cl. et GAUTRAIS V. (dir.), *Le consommateur numérique : une protection à la hauteur de la confiance ?*, Yvon Blais, 2016. Adde FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Droit privé comparé et européen, vol. 4, 2006, spéc. p. 11 ; AUBRY H., *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime*, RIDC mars 2005, pp. 628-651. Rapp. *infra* n° 360, et Annexes.

incarnent à ce titre un facteur de transformation du contrat en relation : la garantie joue un rôle économique fort en ce qu'elle devient un moyen pour les acteurs économiques de valoriser un service au-delà de l'exécution, et ainsi fidéliser la clientèle. La garantie intervient comme le déterminisme juridique qui supporte une confiance fertilisée par la loi.

208.- Un besoin de fiabilité. De façon plus générale, l'exigence de fiabilité aux professionnels a entraîné l'évolution du service technique proposé au débiteur, le développement de ses propres offres de garanties, et encouragé la prévoyance juridique et comptable de la garantie (telle que les attestations de responsabilité civile professionnelle décennale obligatoire pour le professionnel du bâtiment par exemple)¹⁰⁰⁸. Ainsi, l'enjeu de la garantie est particulièrement important, au point que la couverture du risque encouru représente une valeur sociologique susceptible d'être protégée par le droit pénal. En effet, le défaut de souscription de l'assurance dommage et responsabilité par le constructeur est constitutif d'une infraction pénale¹⁰⁰⁹. La jurisprudence a retenu, en cas de défaut d'assurance par la société de construction (qui était en liquidation judiciaire au moment de l'action¹⁰¹⁰), la responsabilité personnelle du dirigeant social¹⁰¹¹. La Cour de cassation a affirmé à ce titre que « *le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle,*

¹⁰⁰⁸ V. not. RAKOTOVAHINY M.-A., « La portée de l'absence d'assurance en garantie décennale de l'entrepreneur », D. 2000. 783.

¹⁰⁰⁹ Art. L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L. 243-3 du Code des assurances prévoient que Quiconque contrevient aux dispositions des articles L. 241-1 à L. 242-1 du code des assurances, reproduits aux articles L. 111-28 à L. 111-30, sera puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 75 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. Cette disposition ne s'applique pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

¹⁰¹⁰ V., en outre, sur la responsabilité délictuelle du mandataire judiciaire n'ayant pas assuré l'efficacité de la police en négligeant les déclarations à l'assureur des éléments relatifs au chantier : AJACCIO F.-X. et CASTON A., « L'administrateur judiciaire doit s'assurer de l'efficacité de l'assurance de responsabilité décennale », Gaz. Paz., 3 mars 2015, n° 62, p. 15, notant que cette garantie d'efficacité à la charge de l'administrateur est à rapprocher de celle du notaire, qui répond (en cas de vente d'un bien immobilier dans les dix ans de la réception des travaux) du défaut de souscription effective de l'assurance de dommages-ouvrage ou de responsabilité décennale. Cf. ég., sur la responsabilité délictuelle de l'avocat dans la mise en œuvre de la garantie, KARILA J.-P., « Le préjudice subi par un Syndicat des Copropriétaires, privé de la garantie de l'assureur par suite de la faute de son avocat qui avait omis de solliciter la condamnation de l'assureur dont la garantie était pourtant acquise à titre de sanction, est intégralement consommé et ne doit pas, en conséquence, être apprécié par référence à la notion de perte de chance », RGDA 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 432.

¹⁰¹¹ PARMENTIER M., « Défaut de souscription d'une assurance de responsabilité décennale : la responsabilité personnelle du dirigeant social engagée ! », Gaz. Pal., 10 mai 2016, n° 17, p. 75, obs. sous Com., 28 sept. 2010, Bull. civ. IV, n° 146, pourvoi n° 09-66.255, saluant cette décision en ce qu'elle offre la possibilité aux créanciers de la garantie de ne pas voir leur droit s'envoler avec l'insolvabilité de la société en procédure collective. La possibilité d'agir directement contre le dirigeant permet donc d'atténuer l'atteinte au droit de garantie, même si le gage personnel du dirigeant peut être insuffisant. Pour une analyse plus nuancée, cf. ASSELAIN M., « Responsabilité du dirigeant social en cas de manquement à l'obligation d'assurance décennale », RGDA, 1^{er} mai 2016, n° 5, p. 255, obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 2016, pourvoi n° 14-15326. Le commentateur invite à plus de souplesse, afin de permettre aux juges du fond d'apprécier la situation du mandataire social. La décision est jugée trop radicale en ce qu'une faute détachable déduite automatiquement de la faute pénale ne permet pas de distinguer, par exemple, le mandataire mal conseillé ou négligeant de celui qui s'abstient de souscrire l'assurance délibérément, en connaissance de cause, et au mépris des droits du créancier de la garantie. *Adde* KULLMANN J., « L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout », RGDA janv. 2014, p. 8, n° 110d3.

séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice »¹⁰¹². Par ailleurs, alors qu'aucun désordre n'est encore survenu, le maître de l'ouvrage peut établir son préjudice consistant en la perte de chance pour le futur de bénéficiaire de l'indemnisation en cas de survenance de désordres ultérieurs¹⁰¹³. La troisième Chambre civile a en effet estimé que le défaut de souscription par l'entrepreneur occasionne un préjudice certain pour le maître de l'ouvrage privé, dès l'ouverture du chantier, « *de la sécurité procurée par l'assurance en prévision de sinistres* »¹⁰¹⁴.

La sécurisation des suites du contrat justifie en outre la transmission de la créance de garantie dans les chaînes de contrats. Par exemple, « *la garantie décennale suit la propriété* »¹⁰¹⁵, c'est-à-dire que si le bénéficiaire de cette garantie est le maître de l'ouvrage, lié aux constructeurs par un contrat de louage d'ouvrage, il transmet néanmoins le droit en cas de cession du bien avant l'extinction du délai décennal : le nouveau propriétaire est créancier de la garantie « *alors même qu'il n'a pas lui-même été lié aux constructeurs par un tel contrat* »¹⁰¹⁶.

209.- Une garantie parfois déjouée. Mais, dans certaines situations, une limite est imposée à la sécurité dont est créancière la victime de désordres avérés. Un exemple en a récemment été donné par une décision de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, faisant une application du principe selon lequel la responsabilité objective du constructeur ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère. Les faits concernaient un bien qui avait été vendu en l'état futur d'achèvement. En l'espèce, le maître de l'ouvrage était une SCI cherchant à réaliser une vente d'immeubles à construire. Les associés étaient en l'occurrence des professionnels du bâtiment qui s'étaient immiscés dans la construction, en dirigeant les travaux et donnant à cette occasion des directives contradictoires avec le

¹⁰¹² Com., 28 sept. 2010, Bull. civ. IV, n° 146, pourvoi n° 09-66.255 ; Resp. civ. et assur. 2010, comm. 327, GROUDEL H. ; Gaz. Pal., 10 mai 2016, n° 17, p. 75, obs. PARMONTIER M. La Cour de cassation rompaît ainsi avec une jurisprudence antérieure : Civ. 3^e, 4 janv. 2006, Bull. civ. III, n° 7, pourvoi n° 04-14.731, RGDA 2006, p. 619, note KULLMANN J., ayant décidé que « *même constitutif du délit prévu et réprimé par les articles L. 111-34 du Code de la construction et de l'habitation et L. 243-3 du Code des assurances, et caractérisant une abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance, le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité n'était pas séparable des fonctions de dirigeant, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que la responsabilité civile personnelle de M. C. à l'égard des tiers n'était pas engagée* ». Depuis, la décision du 28 septembre 2010 a été confirmée in Civ. 3^e, 10 mars 2016, pourvoi n° 14-15.326 ; Com., 9 déc. 2014, pourvoi n° 13-26.298, RD imm. 2015, p. 85, note DESSUET P. Rapp. Crim., 30 mars 1989, RGAT 1989, p. 603 ; Crim., 7 sept. 2004, pourvoi n° 03-86.292, RGDA 2005, p. 162, note KARILA J.-P. Comp. Com., 22 janv. 1991, inédit, pourvoi n° 89-11650, RJDA 2/92, n° 152 ; 28 avr. 1998, Bull. civ. IV, n° 139, pourvoi n° 96-10253 ; 17 déc. 2002, inédit, pourvoi n° 00-13.484, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 423, § 85, note GODON L.

¹⁰¹³ Cf. KARILA J.-P., « Sanction civile du défaut de souscription de l'assurance obligatoire de responsabilité civile décennale : le civil peut tenir le criminel en l'état », RGDA, 1^{er} déc. 2015, n° 12, p. 565.

¹⁰¹⁴ Civ. 3^e, 23 nov. 2005, Bull. civ. III, n° 225, pourvoi n° 04-16.023, RDI 2006, p. 34 ; RGDA 2006, p. 140, note PÉRIER M. Rapp. Crim. 4 févr. 1998, Bull. crim., n° 42, pourvoi n° 97-80.841 ; Crim., 28 juin 2011, n° 10-86.000.

¹⁰¹⁵ HOEPFFER, « La garantie décennale suit la propriété », Contrats-Marchés publ. n° 8-9, août 2015, comm. 213.

¹⁰¹⁶ CE, 9 déc. 2011, n° 342283, *Commune d'Alès*, Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 45, note DEVILLIERS P.

permis de construire. Or, du fait de leur compétence notoire et de leur immixtion dans la direction des travaux, les intervenants professionnels, lesquels n'avaient pas eu à disposition les plans et documents nécessaires à la construction, ne pouvaient voir leur responsabilité recherchée en cas de malfaçon. En l'occurrence, à la suite de la vente du bien, des désordres se manifestaient. Ceux-ci étaient exclus de la garantie d'achèvement, compte tenu du fait de leur apparition postérieurement au délai de cette garantie. Or, la garantie décennale était impraticable, en raison de l'exonération du maître d'œuvre. L'immixtion du vendeur avait effectivement constitué une cause étrangère exonératoire de responsabilité. La responsabilité du rédacteur d'acte, légalement obligé à vérification du respect par le vendeur de ses obligations d'assurance¹⁰¹⁷, n'était pas plus engagée, du fait qu'il avait expressément mentionné dans l'acte de vente l'absence d'assurance responsabilité décennale et mis en garde les acheteurs qui avaient réitéré leur intention d'acheter. Ils contractaient ainsi à leurs risques et devaient prendre à leurs frais la réparation des désordres postérieurs¹⁰¹⁸.

Les effets définis du contrat doivent correspondre à ce qui est attendu par les parties. C'est ainsi que le devenir du contrat se propulse par un élan de maintien des effets contractuels. Ce maintien vise la protection impérative du but contractuel. Cette protection est fondée sur l'exécution passée qui, alors que déjà écoulee, manifeste une sorte d'auto-activité au travers de ses effets. Le temps est certes postcontractuel, mais les garanties font partie des nécessités qui gardent la vitalité de l'intention des parties. De plus, la nécessité de la garantie justifie l'engagement consenti antérieurement, et *ipso facto* le déterminisme qui succède tant à la formation qu'à la consommation de l'exécution à titre principal. Les obligations de garanties sont à ce titre représentatives des enjeux postcontractuels.

¹⁰¹⁷ Art. A. 243-2 du C. assur. Cf. DESSUET P., « La responsabilité des notaires en matière d'assurance », RGDA 2011. 379 ; du même auteur, « L'article 95 de la loi Macron sur la modélisation des attestations en assurance construction : de Charybde en Scylla ? », RDI 2015. 427 ; « L'obligation de conseil du notaire en matière de contrôle d'assurance », RDI 2016. 552.

¹⁰¹⁸ Civ. 3^e, 16 juin 2016, inédit, pourvoi n° 14-27.222, Defrénois 30 juin 2017, n° 12, p. 754, obs. PERINET-MARQUET H.

SECTION 2

LES OBLIGATIONS DE GARANTIE, REPRÉSENTATIVES DES ENJEUX POSTCONTRACTUELS

210.- La garantie constructeur et la garantie due aux consommateurs. Les obligations de garantie sont caractéristiques de l'après-contrat, en ce qu'elles servent à sécuriser le temps postérieur à l'exécution, assurant ainsi un suivi des effets du contrat dans le temps. Si la notion de garantie a principalement été étudiée à travers la garantie des vices cachés et la garantie de conformité, la garantie relevant de l'assurance de responsabilité décennale des constructeurs est particulièrement digne d'intérêt, notamment parce qu'elle met à la charge du débiteur de la garantie une obligation qui persiste longtemps après que les parties se soient séparées. De plus, le fonctionnement de l'assurance catalyse lui-même les enjeux postcontractuels, notamment en ce qu'il pose le problème des effets dans le temps du de la police d'assurance, notamment lorsque plusieurs couvertures se succèdent. Pour sa part, le droit de la consommation est emblématique également du suivi de la satisfaction des consommateurs, mais encore plus de leur protection en tant que partie profane au contrat. C'est pourquoi sera abordée dans un premier temps la responsabilité des constructeurs (**§1. La responsabilité des constructeurs**), avant de s'intéresser dans un second temps aux garanties prévues par le droit de la consommation (**§2. Les garanties prévues par le droit de la consommation**).

§1) La responsabilité des constructeurs

211.- Un « *système des garanties de la période post-contractuelle* »¹⁰¹⁹. La garantie des constructeurs représente un point névralgique de la protection du maître de l'ouvrage et des acquéreurs du bien construit. La durée de la garantie décennale témoigne du besoin d'un suivi de l'exécution longtemps après le contrat, tant l'enjeu est important lorsqu'il touche à la solidité de l'ouvrage. L'intérêt de la garantie est intimement lié à l'enjeu indemnitaire, lequel est nourri du droit des assurances en la matière. L'organisation de la couverture et de son maintien dans le temps est très certainement le socle d'efficacité de la garantie. Il en va de l'effectivité dans le temps de la garantie (**A. L'effectivité dans le temps de la garantie**), lequel dépend de la prise en compte du point de départ de celle-ci (**B. Le point de départ de la garantie**).

¹⁰¹⁹ LORIOU M., *Rép. coll. Loc. Dalloz*, V° « Exécution du marché public », préc., n° 216 et s.

A- L'EFFECTIVITÉ DANS LE TEMPS DE LA GARANTIE

212.- Le suivi de la loi contractuelle en matière de droit de la construction. Plusieurs garanties existent et se distinguent afin de maintenir une responsabilité postcontractuelle¹⁰²⁰ : l'ouvrage se substitue en quelque sorte au rapprochement des parties, matérialisant le fait que les obligations doivent être suivies dans le temps, de sorte que « *l'œuvre est là qui subsiste, res du contrat qui continue à unir le propriétaire et l'entrepreneur* »¹⁰²¹. La garantie décennale concerne tous les constructeurs au sens des articles 1792-1 du Code civil, pour tous les désordres affectant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropres à sa destination¹⁰²². Elle a donc par essence vocation à s'intéresser à la durabilité de l'ouvrage. La garantie biennale est relative pour sa part aux éléments d'équipement de l'ouvrage, n'entrant par définition pas dans le champ de la garantie décennale ; c'est pourquoi elle est originellement destinée à couvrir les « menus ouvrages »¹⁰²³. Il s'agit des éléments d'équipement dissociables de l'immeuble, ne relevant pas de la garantie décennale, sauf lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination¹⁰²⁴. Quant à elle, la garantie de parfait achèvement oblige l'entrepreneur à répondre des désordres dénoncés par le maître de l'ouvrage au moment de la réception des travaux ou dans l'année qui suit¹⁰²⁵. La terminologie même de cette garantie indique le temps de clôture du temps contractuel auquel elle fait référence.

D'ailleurs, la garantie de parfait achèvement est venue remplacer la responsabilité contractuelle d'un an qui, à l'origine, faisait l'intermédiaire entre la réception dite « provisoire » de celle dite

¹⁰²⁰ CASTON A., *La responsabilité des constructeurs*, 6^e éd., Analyse juridique, Le Moniteur, 2006 ; ZAVARO M., *La responsabilité des constructeurs*, Droit & Professionnels, LexisNexis, 2013 ; AJACCIO F.-X., CASTON A., PORTE R. et TENDEIRO M., *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Référence juridique, Le Moniteur, 2013 ; CHARBONNEAU C. et KARILA L., *Droit de la construction : responsabilité et assurances*, 3^e éd., Urbanisme et construction, Droit & Professionnels, LexisNexis, 2017 ; SOINNE B., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, contribution à l'étude de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun*, th. Lille, 1968 ; GRAIGNIC A., *À propos des vices intermédiaires, garantie décennale et responsabilité de droit commun en matière de construction*, th. Paris Nanterre, 1982 ; RAFFI R., *L'obligation de garantie du constructeur immobilier*, th. Bordeaux I, 1994 ; MOUBERI A., *La responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie biennale*, th. Paris Nanterre, 2000 ; APPAIX S., *Les incidences de la qualification juridiques des travaux de rénovation sur la détermination du régime applicable en droit de la responsabilité contractuelle et en droit de la vente d'immeuble à rénover*, th. Dijon, 2010.

¹⁰²¹ CARBONNIER J., RTD civ. 1958. 272.

¹⁰²² Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat d'ouvrage, toute personne qui vend, après achèvement un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire, même pour son propre compte, peu important sa qualité de professionnel ou non, toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage, notamment les promoteurs, constructeurs de maison individuelle ou encore lotisseurs.

¹⁰²³ DELAUNAY B. et MODERNE F., in *Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, n° 482.59.

¹⁰²⁴ Civ. 3^e, 15 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 16-19.940. Rapp. *infra*, ce paragraphe.

¹⁰²⁵ CE, 26 juill. 1985, n° 43399, *SARL « Bâtiment Moderne »*, Lebon T. 688 ; CE, 17 mars 2004, n° 247367, *Commune de Beaulieu-sur-Loire c/ Stephan*, Lebon T. 769, RDI 2004. 388, obs. MODERNE F. ; ROUMIGNAC M., « Garantie de parfait achèvement : obligation pour l'entreprise contractante d'assumer l'ensemble des travaux de reprise », 1^{er} nov. 2014, n° 10, p. 4, obs. sous CE, 29 sept. 2014, n° 370151, *Commune de Nantes* ; DESPAQUIS J.-M., « La mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement », LPA, 26 juin 2000, n° 126, p. 3 (droit judiciaire privé).

« définitive »¹⁰²⁶. L'achèvement dont il est question rejoint bien un critère de finalisation, et non de perfection qualitative : « si la réception ne peut intervenir qu'une fois l'immeuble achevé, cela ne signifie pas que cet achèvement soit parfait ! »¹⁰²⁷. C'est d'ailleurs pourquoi il s'opère un relai entre la garantie de parfait achèvement, qui « finalise » et n'a pas vocation à durer, et la décennale qui « répare » et a précisément pour fonction d'assurer un suivi postérieur de longue durée¹⁰²⁸. L'enjeu de ces distinctions est grand, compte tenu de la différence entre les délais d'action qui en dépendent. Il est d'ailleurs le terreau de développements de stratégies qui visent à déjouer les critères d'application des délais, en s'appuyant notamment sur les aspects les plus techniques de la construction. L'exemple est donné par la différenciation qui existe entre la garantie décennale et les garanties biennales ; différenciation qui peut reposer sur un arbitrage relatif à la qualification de l'ouvrage¹⁰²⁹. C'est ainsi que le simple changement du mode de conception d'un élément de l'ouvrage peut le faire passer de la qualification d'ouvrage à celle d'élément dissociable de l'ouvrage, modifiant ainsi les délais de garantie qui y sont relatifs. Tel est le cas en présence de « certains artisans carreleurs qui avaient instauré une technique de pose afin d'échapper au champ d'application de la garantie décennale : la désolidarisation des éléments »¹⁰³⁰. Ainsi, le simple versement d'une couche de désolidarisation entre une chape, sujette à des désordres ultérieurs, et la dalle de béton constitutive de l'ouvrage, permet d'écarter la garantie

¹⁰²⁶ DELAUNAY B. et MODERNE F., in *Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 481 « Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilité contractuelle », n° 481.510.

¹⁰²⁷ MALINVAUD Ph. et JESTAZ R., « La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction », JCP 1978, I, p. 2900.

¹⁰²⁸ Quand les parties n'ont pas expressément prolongé la durée de la garantie d'achèvement, les désordres apparaissant postérieurement au délai légal ne peuvent être couverts par cette garantie. Seule la responsabilité décennale peut être invoquée : MEGRET S., « Garantie de parfait achèvement et prolongation du délai », AJDA 2017. 1547. En l'absence de prolongation, l'action postérieure au délai d'un an est néanmoins recevable, lorsqu'elle porte sur des désordres ayant fait l'objet de réserve lors de la réception et non levées depuis : CE, 26 janv. 2007, *Société MAS, Entreprise générale*, Lebon ; AJDA 2007. 224 ; RDI 2007. 152, obs. DREYFUS J.-D. et 533, obs. MODERNE F.

¹⁰²⁹ V. AJACCIO F.-X., CASTON A., et PORTE R., « La notion d'ouvrage », Gaz. Pal., 16 mai 2017, n° 19, p. 68 ; CHARBONNEAU C., « L'avènement des quasi-ouvrages », EDAS 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 1, obs. sous Civ. 3^e, 15 juin 2017, pourvoi n° 16-19.640 ; GARCIA F., « Pompe à chaleur : travaux sur existant et impropreté à destination de l'ouvrage », Dalloz Actu. 13 juill. 2017 ; DESSUET P., « Le régime juridique applicable à la responsabilité des constructeurs en cas de travaux sur existant : une révolution en cachera-t-elle une autre ? », RGDA 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 426, obs. sous Civ. 3^e, 15 juin 2017, pourvoi n° 16-19.940 : les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination.

¹⁰³⁰ GARCIA F., « Une chape est un élément dissociable : exclusion de la garantie décennale », Dalloz Actu. 7 janv. 2016, obs. sous Civ. 3^e, 26 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-19.835. Adde PAGES de VARENNE L., « Chape et élément d'équipement », Constr.-Urb. n° 1, janv. 2016, comm. 11 ; Civ. 3^e, 10 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 225, pourvoi n° 01-00.614 ; (installation d'une climatisation) Civ. 3^e, 19 déc. 2006, inédit, pourvoi n° 05-18.447, RDI 2006. 163, obs. MALINVAUD Ph. ; (isolation extérieure d'un immeuble) Civ. 3^e, 18 janv. 2006, Bull. civ. III, n° 16, p. 13, pourvoi n° 04-17.888, RD imm. 2006. 134, obs. MALINVAUD Ph. ; Constr.-Urb. 2006, comm. 66, obs. PAGES de VARENNE L. ; (installation d'une pompe à chaleur) Civ. 3^e, 4 mai 2016, inédit, pourvoi n° 15-15.379, Constr.-Urb. 2016, n° 90, obs. PAGES de VARENNE L. ; RD imm. 2016, p. 413, obs. MALINVAUD Ph. Comp. Civ. 3^e, 13 févr. 2013, Bull. civ. III, n° 20, pourvoi n° 12-12.016, Constr.-Urb. 2013, comm. 61 : les désordres ne compromettant pas la solidité de l'ouvrage ni le rendant impropre à sa destination, affectant un élément dissociable de l'immeuble non destiné à fonctionner, relevaient de la garantie de droit commun.

décennale et de ne faire courir qu'un délai de garantie de deux ans à compter de la réception des travaux¹⁰³¹.

213.- La garantie décennale, représentative des difficultés liées à l'après-contrat. La garantie décennale, désignée comme un régime de « *responsabilités spécifiques post-contractuelles* »¹⁰³², peut être tenue comme symptomatique des enjeux de la période postcontractuelle, notamment parce qu'elle pose clairement le problème de la durée et du maintien de la garantie dans le temps. D'autant que cette problématique se cristallise sans conteste au point de convergence entre la responsabilité des constructeurs et le droit des assurances-construction¹⁰³³.

En effet, les textes fondateurs du contentieux de la garantie décennale sont partagés entre l'article (nouveau) 1231-1 du Code civil et les dispositions issues de la *loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, dite *Loi Spinetta*¹⁰³⁴. Cette dernière a d'ailleurs consacré l'assurance-construction. Elle « *répondait à une préoccupation consumériste qui était dans l'air du temps : la satisfaction de ce besoin pressant qu'est le logement passait, pour l'essentiel, par l'accession à la propriété qui impliquait un endettement massif des ménages ; il fallait protéger les accédants contre le risque d'inachèvement et contre le risque de malfaçons, inévitables dans la production de masse* »¹⁰³⁵. L'histoire de la garantie décennale doit à ce titre attiser notre intérêt. La durée de la garantie décennale possède un historique particulièrement intéressant parce que son imbrication inextricable avec le droit des assurances en fait une histoire de *la garantie sur la garantie*.

214.- Le maintien de la garantie dans le temps, une histoire de la garantie sur la garantie. La durée de la couverture par l'assurance doit être maintenue jusqu'à la libération de l'assuré de ses obligations

¹⁰³¹ Civ. 3^e, 26 nov. 2015, préc. Cf. Sur le principe d'unicité de la réception des travaux: BALDIN L., « Respect du principe d'unicité de la réception dans un même lot de travaux », L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme, 1^{er} mai 2017, n° 5, p. 2 ; AJACCIO F.-X., CASTON A., et PORTE R., « Unicité de la réception », Gaz. Pal., 16 mai 2017, n° 19, p. 73, obs. sous Civ. 3^e, 2 févr. 2017, pourvoi n° 14-19.279 : le principe d'unicité de la réception interdit les réceptions partielles à l'intérieur d'un même lot.

¹⁰³² DELAUNAY B. et MODERNE F., in *Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 482 « Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilités spécifiques post-contractuelles domaine et régime » ; *adde* Dossier 483.

¹⁰³³ GSTALTER-BRANDES N., *Le domaine d'application du système de responsabilité et d'assurance obligatoire pour les dommages de construction*, th. Strasbourg, 2007 ; NGOUNGOURE MFENJOU D., *L'œuvre créatrice de la jurisprudence en matière de responsabilité civile et d'assurance des constructeurs*, th. Lille, 2007.

¹⁰³⁴ Rapport SPINETTA, *Proposition pour une réforme de l'assurance-construction*, *La documentation française*, 30 juin 1975 ; BIGOT J., « Commentaire de la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978. I. 2923 ; BOUBLI B., « La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janvier 1978 », RDI 1979. 1 ; « La responsabilité contractuelle de droit commun après la réception des travaux », RDI 1982. 1 ; CASTON A., « Réforme de la responsabilité et de l'assurance », AJPI 1978. 93 ; MATHURIN Ph., « Les différents systèmes de responsabilité et d'assurance dans les États membres de la CEE », Droit et ville 1988, n° 26, p. 119 ; MODERNE F., « Le nouveau régime de la responsabilité décennale », Mon. TP 6 févr. et 24 mars 1978.

¹⁰³⁵ BOUBLI B., « *Sur quelques difficultés de convergence entre l'assurance et la responsabilité dans la construction* », RDI 1997, p. 371.

de garantie. Telle est la norme fondamentale déduite de l'article L. 241-1 du Code des assurances¹⁰³⁶. La loi du 4 janvier 1978 prévoyait déjà cette règle du maintien dans le temps de la garantie. Toutefois, le fonctionnement des assurances ne permettait pas d'assurer une « *garantie ferme de dix ans* »¹⁰³⁷. Effectivement, avant une intervention législative de 1982, la gestion par semi-répartition de l'assurance-construction empêchait la couverture satisfaisante de la garantie¹⁰³⁸. La gestion reposait sur le fait que les sinistres déclarés durant un exercice étaient couverts par les primes versées durant ce même exercice. Cette technique pourrait être considérée comme une économie du risque à dimension éphémère, dans la mesure où le risque n'est pas saisi sur le long terme, mais envisagé à partir de probabilités enfermées dans une durée. Le taux de prime est calculé sur la base du coût moyen évalué par l'assureur, selon la probabilité de réalisation du risque sur la période assurée. Ce coût est réparti entre les assurés. Il s'agit donc bien d'une économie du court-terme puisque la capacité de garantie de l'assureur dépend directement du montant des primes collectées durant l'année. Dans cette configuration, la résiliation du contrat d'assurance au cours de la période décennale ruinait le maintien dans le temps de la garantie de l'assureur, sauf cas de cessation d'activité de l'entreprise¹⁰³⁹. Les parties ne pouvaient maintenir le bénéfice de l'assurance après la résiliation de la convention qu'à la condition d'une prime dite *prime subséquente*¹⁰⁴⁰. Si la date de résiliation du contrat d'assurance emportait la levée de la garantie due par l'assureur, le contrat pouvait néanmoins prévoir le maintien de *garanties subséquentes*, limitées le plus souvent à quelques années suivant la résiliation, et moyennant donc le versement de la *prime subséquente*.

215.- L'intervention du législateur dans l'amélioration de l'après-contrat. C'est la *loi n° 82-540 du 28 juin 1982* qui a permis d'asseoir l'effectivité de la règle du maintien de la garantie jusqu'à la fin de la responsabilité, par la création d'un fonds de compensation des risques de l'assurance construction¹⁰⁴¹. La gestion de l'assurance-construction passait alors de la technique de semi-répartition à celle de la

¹⁰³⁶ Civ. 3^e, 26 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-25.761.

¹⁰³⁷ MALINVAUD Ph. (dir.), Dalloz Action, *Droit de la construction*, 2013, Dossier 111.120.

¹⁰³⁸ KARILA J.-P., « Responsabilités des constructeurs et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005 », D. 2005. 2236.

¹⁰³⁹ Cf. BOUBLI B., *art. préc.*

¹⁰⁴⁰ Cf. BOUBLI B., *art. préc.* ; PONCE Ch., *Droit de l'assurance construction : Les responsabilités des constructeurs*, 3^e éd., Gualino, Lextenso, (« B -L'ampleur de l'indemnisation : les franchises et les plafonds de garantie ») et *Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction* : Annexe I, « Durée et maintien de la garantie dans le temps », art. A. 243-1 du Code des assurances. *Adde* (sur les clauses de prime subséquente), BASEDOW J. et al., *Project Group Restatement of European Insurance, Principles of European insurance contract law (PEICL)*, Sellier European law publishers, art. 5 :102 (I), p. 358 : « *une clause qui prévoit que l'assureur est libéré de son obligation de couverture du risque en cas de non-paiement d'une prime subséquente est sans effet* », sauf certaines exceptions tenant.

¹⁰⁴¹ BIGOT J., *art. préc.*

capitalisation. Les nouvelles dispositions légales ont ainsi permis de maintenir la durée de la garantie due par l'assureur sans contrepartie de paiement d'une prime subséquente¹⁰⁴².

Si en l'occurrence l'action du législateur a permis de transformer les conditions de mise en œuvre de la garantie décennale, au moyen d'une réforme des techniques de financement de l'indemnisation due par les assureurs, *garants des garants*, il ne faut pourtant pas occulter l'appréhension jurisprudentielle de la question.

216.- Le regard jurisprudentiel sur le maintien de la garantie dans le temps. Malgré une certaine résistance des cours d'appel¹⁰⁴³, la Cour de cassation a toutefois su aménager les moyens de maintenir la vitalité du principe de maintien de la garantie durant la période de responsabilité décennale, le contrat d'assurance fut-il pourtant résilié **avant** l'intervention de la loi de 1982. Il s'agit de la jurisprudence dite « *du fait générateur* »¹⁰⁴⁴. C'est sans grande surprise que le fondement de la cause se révéla un correctif de choix pour y parvenir. En effet, c'était au visa de l'ancien article 1131 du Code civil (nouveau 1169), couplé à celui de l'article L. 124-1 du Code des assurances, que la Cour de cassation avait considéré que le contrat d'assurance ne prévoyant pas la garantie des réclamations postérieures à la résiliation était dépourvu de cause objective, ce qui correspond dans le nouveau Code civil à la « contrepartie »¹⁰⁴⁵. L'affirmation de cette jurisprudence a d'autant plus de valeur qu'elle concernait **une situation dans laquelle plusieurs assureurs s'étaient succédé**. En l'espèce, la période décennale était couverte de manière ininterrompue par deux contrats d'assurance successifs, dans un contexte où le maître de l'ouvrage avait refusé la réception des travaux en raison de désordres divers. Un sinistre devait par la suite se manifester, **au cours du second contrat d'assurance**, conduisant toutefois le maître de l'ouvrage à assigner les deux assureurs, chacun rétif à payer. Le problème posé était alors de déterminer le critère permettant de déterminer qui était débiteur de la garantie et pourquoi, surtout lorsque le jeu des assureurs consiste en une course au dédouanement.

¹⁰⁴² Cf. art. A. 243-1 modifié dans son annexe I, paragraphe « *Durée et maintien de la garantie dans le temps* ».

¹⁰⁴³ LEGUAY G. et DUBOIS P., « La cour de cassation contre le pouvoir législatif ? Tentatives pour combattre la position adoptée par la Cour de cassation, en matière de maintien des garanties pour des réclamations survenues après résiliation d'un contrat mais résultant de faits générateurs intervenus pendant la période de validité de ce contrat », RDI 1995. 351. *Adde* Reims, 14 déc. 1993, RDI 1994. 273, obs. LEGUAY G.

¹⁰⁴⁴ LEGUAY G., « Le maintien dans le temps des garanties d'assurance de responsabilité », RDI 2003. 305.

¹⁰⁴⁵ Civ. 1^{re}, 19 déc. 1990, Bull. civ. I, n° 303, pourvoi n° 88-12863, obs. LEGUAY G. et DUBOIS P., RDI 1991. 78. Comp. ég. avec le contrôle opéré par la C. cass. des limitations de garanties : CHARBONNEAU C., « La limitation de la responsabilité civile décennale tombe à l'eau », EDAS, 1^{er} avr. 2016, n° 4, p. 3. Néanmoins, la disparition de la cause ne compromet pas le syllogisme juridique, puisque ce dernier pourrait aujourd'hui se fonder sans difficulté sur le nouvel article 1169 du Code civil qui dispose qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Cf. *supra* n° 100, sur la notion de cause dans la réforme du droit des obligation de 2016.

D'un côté, pour l'assureur initial, la stratégie consistait à invoquer le fait qu'il n'est pas tenu de prendre en charge **un sinistre intervenu postérieurement à la résiliation du contrat**. La postériorité alléguée est fondée sur l'exigence de l'assureur du critère temporel de la réclamation faite par la victime du dommage. Cette pratique consiste à ne prendre en charge que les réclamations intervenues en cours de contrat. D'un autre côté, nonobstant la présence d'une clause de reprise du passé, le nouvel assureur va arguer qu'il n'est pas obligé de couvrir **un risque existant antérieurement à la prise d'effet de sa garantie**, et dont l'assuré avait connaissance. La valeur de ce contentieux réside dans sa qualité à mettre en lumière les difficultés de l'après-contrat dans une configuration où il est mis en abîme : l'après-contrat du louage d'ouvrage se superpose à l'après-contrat d'assurance.

En l'occurrence, la succession dans le temps décennal de deux contrats d'assurance génère, par le truchement du premier contrat d'assurance résilié, un temps juridique intermédiaire délicat à saisir. L'après-contrat transparait véritablement comme le catalyseur des marges temporelles qui entourent les actes et qui, comme des interstices, laissent s'incruster des incertitudes. La représentation de cette *marginalité* est problématique en ce qu'elle doit composer avec un enchevêtrement d'événements et d'effets contractuels, si bien que rattacher les uns au gouvernement des autres s'avère difficile. Le sinistre est donc en suspens, dans un temps qui est à la fois antérieur et postérieur : sa cause est antérieure à l'expiration du premier contrat d'assurance mais sa manifestation est postérieure. Alors que l'origine se situe au cours d'un premier contrat en cours, et que ses conséquences surviennent quant à elles au cours d'un second contrat, chacun des assureurs se prévaut du critère susceptible d'exclure la garantie.

C'est ainsi que le premier assureur estime que le sinistre, hors du temps de sa garantie, n'est pas à sa charge, tandis que le second se prévaut du critère de l'origine qui est antérieure à la prise d'effet de sa propre garantie. Le constructeur est alors immergé dans un après-contrat de louage d'ouvrage et d'assurance qui pousse la victime du dommage dans une impasse : la succession d'assureurs annihilerait-elle toute solvabilité ? Cette immersion surréaliste cultive à la fois ce qui est antérieur et de ce qui est postérieur, tendant à rendre inconciliable les effets des différents actes et de leur extinction. Car c'est bien le jeu de concomitance des contrats, dans une période pourtant ininterrompue de couverture, qui sème le trouble dans la décennale, comme si le passage de témoin entre ancien et nouveau débiteur était resté enfermé dans une logique de cloisonnement plutôt que de continuité. La rencontre entre la garantie et l'assurance censée la protéger est ainsi obstruée par le flou temporel dans lequel elle baigne et paralyse l'utilité des conventions. Le paradoxe est particulièrement fort dans ce cas où l'intégralité de la période décennale est bien couverte par la garantie, mais dans laquelle la simple existence d'effets extinctifs semble ruiner la continuité des effets de la garantie.

En effet, la continuité dans le temps est bien créée par la succession d'actes contigus, dont l'objectif est de prémunir l'assuré d'une interruption de garantie, sans pour autant parvenir à surmonter les temps de rupture. L'après-contrat se présente comme l'archétype d'un temps symptomatiquement en-dehors du contrat, souffrant de l'alliage coriace qui existe entre ce qui vient *avant* et ce qui vient *après* et se présente alors comme le nœud gordien du suivi postcontractuel. Ainsi, le même sinistre se retrouve projeté en-dehors du temps. Il devient atemporel, par excès de temporalités superposées : il est, pathologiquement, à la fois trop antérieur et trop postérieur, victime d'un conflit de temporalités.

217.- Un surréalisme postcontractuel. Il n'est alors pas difficile de comprendre pourquoi la doctrine a pu évoquer un « *contexte kafkaïen* » en s'intéressant au maintien de la garantie dans le temps, préoccupation qu'elle a d'ailleurs qualifiée de « *quadrature du cercle* » de l'assurance-construction gérée par répartition, concluant à une « *impossible maîtrise* » du jeu des garanties pour l'assuré et la victime¹⁰⁴⁶. Mais la Cour de cassation devait surmonter cette aporie, en décidant que :

« *le versement des primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la stipulation de la police selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit du seul assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit en conséquence être réputée non écrite* »¹⁰⁴⁷.

Ainsi, peu importe que la réclamation de la victime du dommage intervienne postérieurement à la résiliation : « *l'assureur s'engageant à garantir son assuré, il ne peut pas dans le même temps faire en sorte que la garantie disparaisse bien que la responsabilité se poursuive* »¹⁰⁴⁸. Le critère déterminant permettant d'actionner la garantie de l'assureur se focalise donc sur l'origine du dommage. Si cette origine peut être située dans la période de validité du contrat, l'assureur est tenu de couvrir le sinistre, même celui qui se réaliserait dans l'avenir. Le résultat de ce raisonnement a d'ailleurs pu mener à la responsabilité cumulée des deux assureurs, dans une situation où l'assuré avait conclu une nouvelle police, à la suite d'une première, comprenant une clause de reprise du passé¹⁰⁴⁹. Les détracteurs de cette

¹⁰⁴⁶ Les trois expressions sont signées par LEGUAY G. et DUBOIS Ph., in « *Le maintien dans le temps des garanties en répartition ou la quadrature du cercle* », RDI 1991. 78.

¹⁰⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 2 juin 2004, Bull. civ. I, n° 155, p. 129, pourvois n° 01-17.354 et 01-17.823. Rappr. (illicéité des clauses de garantie en l'absence d'autorisation législative, Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, Bull. civ. I, n° 373, p. 250 et 9 mars 1999, Bull. civ. I, n° 82, p. 55. Cf. GRYNBAUM L., « Nullité des clauses réclamations : la Cour de cassation persiste, mais ouvre la discussion », RDI 2004. 416 ;

¹⁰⁴⁸ GRYNBAUM L., préc.

¹⁰⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995, Bull. civ. I, n° 88, pourvoi n° 92-17.580.

jurisprudence fondamentale ont reproché à la Cour de cassation une exigence excessive à l'égard des compagnies d'assurance en leur imposant de « *gérer l'éternité* »¹⁰⁵⁰.

En somme, les contrats conclus avant l'intervention du législateur de 1982 connaissaient une période décennale en proie aux incertitudes quant au maintien de la garantie dans le temps. Il est par ailleurs intéressant de noter qu'à la suite d'un projet de loi préparé en « *catimini* »¹⁰⁵¹, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière a étendu la compétence du Fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse aux entreprises d'assurances de dommages, et aménagé un choix pour les parties de désigner le critère temporel de la réalisation du sinistre ou de la réclamation pour définir la durée de la garantie¹⁰⁵². De plus, par la loi du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003¹⁰⁵³, le législateur a pu supprimer complètement la contribution perçue sur les contrats d'assurance-construction ; ce qui marque symboliquement la purge d'un contentieux et d'une politique juridique alambiqués¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁰ LEGUAY G., « *Le maintien dans le temps des garanties d'assurance de responsabilité* », préc. Adde MALINVAUD Ph. (dir.), Dalloz Action, *Droit de la construction*, 2017, n° 113.220 : « *À l'impossible nul ne peut être tenu* ».

¹⁰⁵¹ LEGUAY G., art. préc.

¹⁰⁵² Art. 80 (version initiale) : « *La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation. (...)*

La garantie déclenchée par le fait dommageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre.

« La garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie, et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres. Toutefois, la garantie ne couvre les sinistres dont le fait dommageable a été connu de l'assuré postérieurement à la date de résiliation ou d'expiration que si, au moment où l'assuré a eu connaissance de ce fait dommageable, cette garantie n'a pas été resouscrite ou l'a été sur la base du déclenchement par le fait dommageable. L'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie.

« Le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans. Le plafond de la garantie déclenchée pendant le délai subséquent ne peut être inférieur à celui de la garantie déclenchée pendant l'année précédant la date de la résiliation du contrat. Un délai plus long et un niveau plus élevé de garantie subséquente peuvent être fixés dans les conditions définies par décret.

« Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu les garanties apportées par plusieurs contrats successifs, la garantie déclenchée par le fait dommageable ayant pris effet postérieurement à la prise d'effet de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière est appelée en priorité, sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4 ».

¹⁰⁵³ N° 2003-1312.

¹⁰⁵⁴ Les difficultés liées à l'effectivité de la garantie constructeur et de l'assurance corrélative n'ont pas pour autant été éliminées dans l'absolu. La question est restée posée en cas de liquidation de la compagnie d'assurance ou du retrait de son agrément. Cette difficulté a été prise en compte au travers d'une convention de 2011 entre la FFSA et la Fédération française du bâtiment (FFB), facilitant les mesures de reprises de garanties en cas de liquidation ou de retrait d'agrément d'un assureur.

B- LE POINT DE DÉPART DE LA GARANTIE

218.- La réception des travaux comme marqueur du temps postcontractuel. Dans les rapports privés, si l'article 1231-1 du Code civil peut servir de fondement à l'action en responsabilité aussi bien *avant* qu'*après* la réception des travaux¹⁰⁵⁵, tel n'est pas le cas en matière de contrats administratifs. En effet, si, pour la Cour de cassation, il semblerait que le *statu postquam* soumis à garantie soit toujours revêtu d'un caractère provisoire, aux yeux du Conseil d'État, il n'en va pas de même : les Hauts conseillers assimilent la réception des travaux à une renonciation définitive à la responsabilité contractuelle pour tout ce qui n'a pas fait l'objet de réserves au moment de l'achèvement des travaux¹⁰⁵⁶. Toutefois, « *en dépit des effets attachés à la réception d'un ouvrage achevé, et notamment à la cessation des rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs qu'elle entraîne sur le plan technique, la responsabilité contractuelle des professionnels de la construction peut se trouver prolongée* »¹⁰⁵⁷. Cette rupture entre les lectures privatiste et publiciste du temps contractuel fournit une illustration caractéristique du renversement, plus ou moins visible selon les situations, provoqué par l'ouverture de la période postcontractuelle, en raison de l'influence du rapport obligatoire sur ses suites¹⁰⁵⁸. Alors que les juridictions de droit privé reconnaissent un *statu postquam*¹⁰⁵⁹ automatiquement suspendu à la découverte d'une circonstance susceptible d'engager rétrospectivement la responsabilité contractuelle du débiteur, le Conseil d'État fait le choix de figer le *statu postquam* en l'état dans lequel il se trouve lors du dénouement de l'exécution.

219.- L'importance de la réception des travaux. La réception des travaux a donc un rôle essentiel, tant dans la détermination du contenu de la garantie que dans sa fonction de marqueur temporel. Elle joue spécifiquement comme point de départ du délai d'action en garantie¹⁰⁶⁰. Toutes les garanties courent

¹⁰⁵⁵ MALINVAUD Ph. (dir.), *Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 473 « Responsabilité des constructeurs (droit privé) : garantie bienno-décennale - domaine : les ouvrages et leurs désordres », n° 473.01, *adde* 473.01. Civ. 3^e, 13 juill. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-19.438 : en l'absence de preuve de la volonté des maîtres de l'ouvrage d'accepter celui-ci, la réception tacite ne pouvait être retenue et que seule la responsabilité contractuelle de la société Yvon A... pouvait être recherchée.

¹⁰⁵⁶ DELAUNAY B. et MODERNE F., *in Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 481 « Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilité contractuelle », n° 481.20-481.590, spéc. n° 481.520. Sur le particularisme du droit public par rapport en droit privé, en matière de garantie bienno-décennale et la conception de la notion d'ouvrage par le CE, cf. é.g. n° 482.60.

¹⁰⁵⁷ DELAUNAY B. et MODERNE F., *in Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 481 « Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilité contractuelle », n° 481.500.

¹⁰⁵⁸ Cf. pour un aperçu de cette influence dans les contrats relationnels, *infra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁰⁵⁹ Cf. *supra* n° 82 et s.

¹⁰⁶⁰ SOINNE B., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, LGDJ, 1969 ; DELAUNAY B. et MODERNE F., *in Dalloz Action Droit de la construction*, 2013, Dossier 481 « Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilité contractuelle », n° 481.520 : « *sans doute [la garantie de parfait achèvement] ne joue-t-elle qu'après la réception des travaux dont on a dit qu'elle mettait fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs. Mais elle doit être regardée comme un prolongement de la responsabilité contractuelle afin*

donc à partir du moment de la réception des travaux. Les effets de la réception sont ainsi primordiaux pour le déroulement de l'après-contrat. Les articles 1792 et suivants du Code civil prévoient ainsi que les constructeurs sont tenus à garantie pendant dix ans à compter de la réception des travaux. Après expiration du délai, le maître de l'ouvrage n'est normalement plus fondé à exiger la garantie¹⁰⁶¹, même s'il pourra toutefois se rabattre sur une action fondée sur la théorie des vices cachés¹⁰⁶².

Lorsqu'il arrive que, pour un ensemble de travaux, plusieurs réceptions se succèdent, la jurisprudence retient que « *le point de départ de l'action en garantie décennale est fixé à la réception de chacune des tranches, peu important qu'elles participent d'un ensemble indissociable de travaux* »¹⁰⁶³. De plus, l'action engagée dans le délai de la garantie décennale est interruptive de prescription et fait courir pour l'ouvrage réparé un nouveau délai de 10 ans¹⁰⁶⁴. Une notion de création prétorienne a toutefois vu le jour pour saisir les dommages résultant d'une aggravation progressive. Il s'agit des « dommages évolutifs »¹⁰⁶⁵, c'est-à-dire dont l'aggravation est liée par une même causalité, qui permettent au contractant bénéficiaire de la garantie d'obtenir réparation après l'expiration de la période décennale, pourvu que la malfaçon à l'origine du dommage ait été dénoncée pendant la durée de la garantie¹⁰⁶⁶. C'est ainsi que la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel :

*« la garantie décennale couvrant les conséquences futures de désordres résultant de vices dont la réparation a été judiciairement demandée au cours de la période de garantie, la victime qui invoque l'aggravation ultérieure des désordres constatés par une décision de justice devenue irrévocable peut s'appuyer sur l'autorité de la chose ainsi jugée pour obtenir réparation des dommages liés à l'aggravation »*¹⁰⁶⁷. Elle a par la suite précisé la définition de la notion : « *le désordre évolutif est celui qui, né après l'expiration du délai décennal, trouve son siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté présentant le caractère de gravité requis par l'article 1792 du code civil et ayant fait l'objet d'une demande en réparation en justice pendant le délai décennal* »¹⁰⁶⁸.

de s'assurer que l'ouvrage répond exactement aux spécifications du contrat et que l'opération des travaux a été effectuée selon les règles de l'art » ; « alors que la responsabilité décennale et la garantie de bon fonctionnement ne sont pas considérées comme relevant de la responsabilité contractuelle des constructeurs, il en va différemment de la garantie de parfait achèvement ».

¹⁰⁶¹ Civ. 3^e, 10 juill. 2002, Bull. civ. III, n° 159, p. 134, pourvoi n° 01-02.243 ; obs. MALINVAUD Ph., RDI 2002. 420.

¹⁰⁶² Civ. 3^e, 17 juin 2009, Bull. civ. III, n° 143, pourvoi n° 08-15.503.

¹⁰⁶³ Civ. 3^e, 2 mars 2011, Bull. civ. III, n° 27, pourvoi n° 10-15.211.

¹⁰⁶⁴ Civ. 3^e, 18 juin 2003, inédit, pourvoi n° 96-22.340 ; RDI 2003. 467, obs. MALINVAUD Ph. : l'assignation en référé interrompt la prescription et fait courir un nouveau délai identique à celui interrompu. Civ. 3^e, 11 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 11-21.972 : la prescription des actions entre constructeurs court du jour de la manifestation du dommage ou de son aggravation. Civ. 3^e, 4 juill. 1990, Bull. civ. III, n° 164, p. 95, pourvoi n° 89-11.092, D. 1990, p. 184 : l'assignation au fond ne peut interrompre le délai de garantie décennale qu'en ce qui concerne les désordres qui y sont expressément désignés.

¹⁰⁶⁵ Rapp. *infra* n° 602 et s.

¹⁰⁶⁶ Civ. 3^e, 18 nov. 1992, Bull. civ. III, n° 297, pourvoi n° 91-12797, RDI 1993. 85 : « *pour qu'un désordre puisse être qualifié d'évolutif en sorte que ses conséquences dommageables postérieures à l'expiration du délai de garantie décennale ouvrent néanmoins droit à réparation, il faut que le vice ait été judiciairement dénoncé pendant la période de garantie* ».

¹⁰⁶⁷ Civ. 3^e, 8 oct. 2003, Bull. civ. III, n° 170, pourvoi n° 01-17.868, RDI 2004. 121, obs. MALINVAUD Ph.

¹⁰⁶⁸ *Rapport de la Cour de cassation pour 2006*, p. 324 et 325. Comp. avec le droit public, dans lequel le juge administratif, à l'inverse du juge civil, prévoit une réponse en amont à l'évolution des désordres. En effet, le juge administratif inclut dans le domaine de la garantie décennale les « *désordres prévisibles, c'est-à-dire ceux qui, de façon incertaine, apparaissent dans le délai d'épreuve de 10 ans qui, au moment où ils sont constatés, ne sont pas susceptibles d'engager la garantie décennale mais qui,*

C'est pourquoi il est naturel d'affirmer que l'après-contrat est alors le support d'une responsabilité décennale, mais également d'une responsabilité post-décennale. Il convient en outre de préciser que, si le recours contre le garant a été introduit dans les temps, le maître de l'ouvrage dispose tout de même d'une action directe contre l'assureur du garant après l'extinction du délai décennal¹⁰⁶⁹. Il en va de l'efficacité de la garantie. Le terme « *efficacité* » est d'ailleurs parfois employé par les juridictions pour identifier le contenu des obligations de l'assureur : « *il incombe à l'assureur dommages-ouvrage, tenu d'une obligation de préfinancer les travaux de nature à remédier efficacement aux désordres, de rapporter la preuve de l'absence de lien de causalité entre son intervention et le dommage* »¹⁰⁷⁰.

220.- L'assise contractuelle de la garantie due par l'assureur. Il faut relever en outre que si la période décennale ne s'ouvre qu'avec la réception des travaux, le contrat d'assurance doit prendre effet au moment de l'ouverture du chantier pour faire valoir la garantie de l'assureur. Mais l'application dans le temps des polices d'assurance a posé la question de la détermination de la date d'ouverture du chantier : est-ce la déclaration réglementaire d'ouverture du chantier, le commencement effectif de la construction par le maître d'œuvre, par l'assuré qui est possiblement un sous-traitant intervenant en cours de chantier ?¹⁰⁷¹ La jurisprudence s'est montrée « *confuse et contradictoire* »¹⁰⁷², au travers d'une « *évolution chaotique* »¹⁰⁷³ du contentieux. La pratique avait pris pour référence la date de déclaration réglementaire d'ouverture du chantier (DROC). Des contradictions sont effectivement nées entre les décisions de la première et de la troisième chambres civiles de la Cour de cassation. Alors que la première Chambre civile avait choisi la DROC comme critère d'effectivité dans le temps de la police¹⁰⁷⁴,

dans un délai prévisible, vont évoluer au point de devenir des désordres de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination, même s'il ne sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai », in HOEPFFNER H., « Garantie décennale : désordres prévisibles engageant la responsabilité du constructeur, Contrats-Marchés publ. n° 12, déc. 2015, comm. 28 ; « Indemnisation de désordres futurs au titre de la garantie décennale », Contrats et marchés publ. n° 7, juill. 2016, comm. 179 ; « Garantie décennale et désordres évolutifs », Contrats et marchés publ. n° 6, juin 2017, comm. 173. Cf. CE, 31 mai 2010, n° 317006, Commune Parnes, BJCP 2010. 317, concl. BOULOUIS N. ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 276 ; CE, 11 déc. 2013, n° 364311, Commune Courcival, BJCP 2014. 98, concl. PELLISSIER G. ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 52, note DEVILLERS P. ; CE, 15 avr. 2015, n° 376229, Commune Saint-Michel-sur-Orge, AJDA 2015. 1819, MARTIN J.; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 142, note DEVILLERS P.

¹⁰⁶⁹ Civ. 3^e, 18 déc. 2012, inédit, pourvois n° 11-27.397, 12-10.103 et 12-11.581; Civ. 3^e, 19 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-27.593 ; Civ. 3^e, 15 mai 2013, Bull. civ. III, n° 58, n° 12-18.027.

¹⁰⁷⁰ Civ. 3^e, 29 juin 2017, pourvoi n° 16-19.634, Dalloz actu du 27 juill. 2017, obs. GARCIA F. Rapp. Civ. 3^e, 20 juin 2007, inédit, pourvoi n° 06-15.686.

¹⁰⁷¹ DESSUET P., « La DROC demeure-t-elle le critère d'application dans le temps des polices d'assurance RC décennales ? » RDI 2003. 441 ; du même auteur, « La DROC comme critère d'application dans le temps des polices RC décennale : nous dit-on vraiment la vérité ? », RDI 2004. 343 ;

¹⁰⁷² DESSUET P., « En matière de police RC décennale La DROC comme critère d'application dans le temps des polices RC décennale : l'exception qui confirme la règle... ? », RDI 2006. 35.

¹⁰⁷³ DESSUET P., « Période de référence pour l'application des polices RC décennales... », art. préc.

¹⁰⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 7 mai 2002, pourvoi n° 99-11.562, RDI 2002. 303, obs. LEGUAY G. ; Civ. 1^{ère}, 23 mars 2004, pourvoi n° 01-10.720, RDI 2004. 343, obs. DESSUET P. : l'assurance de responsabilité obligatoire couvre, pour la durée de la responsabilité pesant sur l'assuré, les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier pendant la période de validité du

la troisième Chambre civile prit le contre-pied de ce choix jurisprudentiel en retenant la date du commencement effectif du chantier¹⁰⁷⁵, semblant finalement intégrer dans l'appréciation du critère le contenu des clauses de la police¹⁰⁷⁶. Ainsi, l'absence de définition légale a pu déconcerter en l'absence de prévision par les parties, puisque la notion a paru « *abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond* »¹⁰⁷⁷. Toutefois, la jurisprudence a poursuivi sa construction laborieuse du critère temporel de l'effectivité de l'assurance, en décidant, dans un arrêt de principe, que nonobstant la clause-type de la police retenant la DROC comme critère de durée de la garantie, c'est le commencement effectif des travaux confiés à l'assuré qui devait servir de point de repère temporel¹⁰⁷⁸. Un arrêté du 19 novembre 2009 a néanmoins ruiné la portée de cette jurisprudence¹⁰⁷⁹, en prévoyant finalement que :

« *l'ouverture de chantier s'entend à **date unique applicable à l'ensemble de l'opération de construction**. Cette date correspond, soit à la date de la déclaration d'ouverture de chantier, mentionnée au premier alinéa de l'article R. 424-16 du code de l'urbanisme pour les travaux nécessitant la délivrance d'un permis de construire, soit, pour les travaux ne nécessitant pas la délivrance d'un tel permis, à la date du premier ordre de service ou à défaut, à la date effective de commencement des travaux* »¹⁰⁸⁰.

Une distinction est donc explicitement opérée, en toute logique, entre les chantiers conditionnés par l'obtention d'un permis de construire, et les autres. Néanmoins, pour les chantiers couverts par des polices antérieures à l'effet de l'arrêt¹⁰⁸¹, c'est le critère de commencement effectif des travaux par l'assuré qui sert de repère à la détermination du débiteur de l'indemnisation. La doctrine a pu déplorer les « *effets néfastes* » des conflits entre jurisprudence et la norme réglementaire, créant une multiplicité de dates référentes. Cette complexité est accrue par « *la difficulté d'établir avec précision la date de*

contrat d'assurance ; qu'à la date de la déclaration réglementaire d'ouverture du chantier litigieux, le contrat conclu entre l'assureur et le constructeur se trouvait suspendu en raison du non-paiement de primes par l'assurée, qu'il s'ensuit que l'assureur, peu important que le sinistre se soit produit pendant une période où le contrat était à nouveau en vigueur, n'était pas tenu à garantie.

¹⁰⁷⁵ Civ. 3^e, 13 sept. 2005, pourvoi n° 04-16.852, RDI 2006. 35, obs. DESSUET P. ; *ibid.* 417, obs. DESSUET P.

¹⁰⁷⁶ Civ. 3^e, 18 févr. 2004, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 02-18.414, RGDA 2004. 471, note KARILA J.-P. ; D. 2004. 603 ; RDI 2004. 153, obs. DESSUET P.

¹⁰⁷⁷ DESSUET P., « Période de référence pour l'application des polices RC décennale : DROC ou début des travaux par l'entreprise ? », art. préc.

¹⁰⁷⁸ Civ. 3^e, 25 janv. 2011, pourvoi n° 09-72.845.

¹⁰⁷⁹ DESSUET P., « L'arrêté du 19 novembre 2009 : de nouvelles clauses types en matière d'assurance-construction obligatoire », RDI 2010. 72 ; LEGUAY G., L'arrêté « trous » du 13 juillet 1990 : réflexions sur le montant de garantie en dommages-ouvrage, RDI 1993. 107

¹⁰⁸⁰ Arrêté du 19 nov. 2009 portant actualisation des clauses-types en matière d'assurance-construction, JORF n° 0275 nov. 2009, p. 20428, texte n° 7, précisant que lorsqu'un professionnel établit son activité postérieurement à la date unique ainsi définie, et par dérogation à l'alinéa précédent, cette date s'entend pour lui comme la date à laquelle il commence effectivement ses prestations (Annexe I, art. A. 243-1 du C. des ass.). L'arrêté, sur la question de la durée et du maintien dans le temps de la garantie, est inchangé dans la version en vigueur au 8 août 2017. V. pour aller plus loin sur l'ensemble de la question DESSUET P., « L'article 95 de la loi Macron sur la modélisation des attestations en assurance construction : de Charybde en Scylla ? », RDI 2015. 427, et du même auteur, Publication de l'arrêté sur les mentions minimales de l'attestation d'assurance RC décennale », RDI 2016. 133. Rapp. REVET Th., « La clause légale », in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277.

¹⁰⁸¹ Les polices se renouvelant annuellement à la date du 1^{er} janv. 2010, il s'agit donc des chantiers débutés avant cette date.

commencement des travaux sept ou huit ans après la réception »¹⁰⁸². C'est ainsi que le contenu de l'après-contrat de louage d'ouvrage se lie aux mesures prises dès le commencement de l'exécution, toujours dans un entremêlement de temporalités reposant sur l'impératif de prévoir *avant* l'ouverture de la période postcontractuelle ce qui viendra *après*. Dans le cas où une entreprise n'aurait contracté l'assurance que postérieurement à la déclaration d'ouverture du chantier, elle devrait s'attacher à faire inclure par son assureur le chantier débuté antérieurement au contrat d'assurance¹⁰⁸³. Il est par ailleurs indispensable, en cas de changement d'assureur en cours de chantier, de poursuivre la déclaration de l'ensemble des éléments concernant ce chantier, ainsi que le paiement des primes correspondantes, à l'assureur initial : ce dernier restera l'assureur jusqu'à la fin de la période décennale¹⁰⁸⁴. Cette application des polices d'assurance résulte d'une intervention législative : l'article L. 241-1 du Code des assurances dispose dans son troisième alinéa que « *tout contrat d'assurance souscrit en vertu du présent article est, nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité décennale pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance* »¹⁰⁸⁵. Sauf clause de reprise du passé¹⁰⁸⁶, le nouvel assureur aura donc vocation à couvrir les chantiers ouverts postérieurement à la conclusion de la police, tandis que ceux ouverts antérieurement seront couverts par l'assureur précédent¹⁰⁸⁷.

221.- Un après-contrat standardisé. On voit finalement que les obligations de garanties remplissent une fonction socio-économique de l'après-contrat qui est standardisé. L'ampleur de l'intervention législative en est un marqueur¹⁰⁸⁸. Le rôle de la loi, mais aussi du règlement¹⁰⁸⁹, est particulièrement important dans le développement de l'après-contrat, du fait que ces normes se sont imposées comme

¹⁰⁸² DESSUET P., « Période de référence pour l'application des polices RC décennale : DROC ou début des travaux par l'entreprise ? », art. préc.

¹⁰⁸³ MALINVAUD Ph. (dir.), Dalloz Action préc., dossier 111.190.

¹⁰⁸⁴ MALINVAUD Ph. (dir.), *ibidem*.

¹⁰⁸⁵ Article issu de la *Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction*, rédigé ainsi dans sa première version : « *le contrat couvre, pour la durée de la responsabilité pesant sur l'assuré en vertu des articles 1792 et suivants du code civil, les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier pendant la période de validité fixée aux conditions particulières* ».

¹⁰⁸⁶ DESSUET P., « Période de référence pour l'application des polices RC décennale : DROC ou début des travaux par l'entreprise ? », RDI 2012. 104.

¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁸ Plusieurs réponses ministérielles au sujet de la réforme de la gestion de l'assurance-construction : V. not. *Question écrite n° 22689 de M. Ph. François*, JO Sénat du 3 sept. 1992 - p. 2001, disponible ici : <http://www.senat.fr/questions/base/1992/qSEQ920922689.html> publiée dans le JO Sénat du 3 sept. 1992, p. 2001.

¹⁰⁸⁹ V. par ex. Arrêté du 14 oct. 1969 relatif à l'isolation acoustique des bâtiments d'habitation ; Arrêté du 28 oct. 1994 relatif aux caractéristiques acoustiques des bâtiments d'habitation modifié par Arrêté du 30 juin 1999 relatif aux caractéristiques acoustiques des bâtiments d'habitation (mise en conformité avec les normes européennes) ; Décret 2011-604 du 30 mai 2011 ; Arrêté du 27 nov. 2012 relatif à l'attestation de prise en compte de la réglementation acoustique applicable en France métropolitaine aux bâtiments d'habitation neufs.

l'outil privilégié de création des régimes de garantie. Cela s'illustre par le régime de la responsabilité des constructeurs, mais il est également possible de l'observer au sujet des obligations de garantie dans le domaine de la consommation.

§2) Les garanties prévues par le droit de la consommation

222.- Un ordre public économique. Le droit de la consommation est une matière dans laquelle s'exprime un ordre public économique qui a pour but de compenser les pièges contractuels qui pourraient résulter des contrats types et d'adhésion, mais aussi d'assurer la compétitivité profitant aux intérêts des consommateurs. C'est pourquoi, avec l'influence du droit européen, et dans un domaine nécessitant protection et régulation, l'intervention du législateur a permis de formaliser l'après-contrat à partir de l'intervention du législateur (**A. L'intervention du législateur**), cherchant à renforcer la protection des bénéficiaires de la garantie (**B. La protection renforcée du garanti**).

A- L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

223.- L'encadrement nécessaire de l'acte de consommation. Le respect des prévisions juridiques est « *l'aspect le plus dynamique de la sécurité juridique (...) : la prévision n'est plus à élaborer, elle est en marche et se déploie dans le temps* »¹⁰⁹⁰. Pour sa part, le droit de la consommation est le domaine consacré de la garantie légale de conformité, exemple parfait de déploiement dans le temps des prévisions juridiques. L'acte de consommation revêt l'image d'un acte de nécessité, mais également d'un acte compulsif, susceptible d'être suscité ou orienté par le professionnel qui a vendu le bien. Le contrat qui en est le support appartient donc à un temps souvent concentré : l'acte de consommation se montrant hâtif et instantané. Cet aspect sociologique de la consommation doit être mis en perspective avec la réalité économique du marché de masse qui mérite d'être encadré par le droit. En effet, perçu comme un modèle de rapport contractuel déséquilibré, la relation entre les vendeurs professionnels et les consommateurs a attiré le regard de la législation européenne sur les conditions du contrat de vente¹⁰⁹¹. Mais outre l'idée d'assurer la prise en compte du déséquilibre éventuel au moment de la

¹⁰⁹⁰ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, th. préc., p. 267, n° 140.

¹⁰⁹¹ LATINA M., *Rép. dr. civ.* Dalloz, V° « Contrat : généralités », mai 2017, n° 67 et s., et 79 et s. ; CASTETS-RENARD C., « La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats », D. 2009, 1158 ; PAISANT G., « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », JCP G 2009, I, 118 ; WHITTAKER S., « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », D. 2009, 1152 ; PIGNARRE G., « La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ? », RDC 1^{er} sept. 2014, n° 3, p. 559 ; ROCHFELD J., « La communautarisation des sources du droit. De l'harmonisation maximale », RDC 2009, p. 11 et s. ; AUBERT DE VINCELLES C., « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM(2008) 614

formation du contrat, l'attention de la réglementation s'est aussi logiquement portée sur le suivi des effets du contrat après l'exécution de l'obligation de délivrance. Voici donc apparaître une envolée des effets de la sécurité juridique, au travers de la prise en compte d'une protection dans le temps du contrat déjà exécuté. Inévitablement corollaire de la phase d'information précontractuelle, la phase postcontractuelle appelle une certaine vigilance sur l'accomplissement utile des effets de la vente¹⁰⁹². Cet accomplissement participe de la confiance en la distribution de biens et produits de grande consommation, autant qu'il s'impose au nom d'une conception qualitative du contrat et du marché économique qui le porte. Le chromosome économique du droit des contrats est ainsi exprimé, au travers de la *wealth maximization*¹⁰⁹³ qui se nourrit du *legal realism*¹⁰⁹⁴ : « *la maximisation de la richesse ne signifie pas nécessairement la maximisation de la richesse individuelle mais plutôt la maximisation de la richesse sociale (...). Le critère de la maximisation de la richesse englobe la valeur des biens et services, tangibles et intangibles, marchands et non-marchands* »¹⁰⁹⁵. La qualité du marché en l'occurrence dépend notamment d'une unification des pratiques pour une meilleure protection des acheteurs et une optimisation de la concurrence, mettant en jeu l'harmonisation des réglementations européennes au travers d'un « *socle minimal de règles communes pour l'ensemble des Etats membres* »¹⁰⁹⁶. Sur le marché automobile par exemple, a été observée une « *rupture du lien entre la vente et l'après-vente* »¹⁰⁹⁷. Cette rupture est visible sur le plan de la régulation du marché, dans le travail de la Commission européenne : le règlement n° 1400/2002 est intervenu au sujet « *des services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles* » (article 2-1) permettant aux distributeurs de sous-traiter le service après-vente à des réparateurs agréés. Mais, surtout, la jurisprudence a considéré comme abusive la clause imposant au consommateur une obligation de faire entretenir son véhicule dans le

final, Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation », RDC 2009, p. 578 et s. ; Dir. n° 99/44/CE, « vente et des garanties des biens de consommation ».

¹⁰⁹² VINCENDEAU B., « La transposition de l'article 5 de la directive n° 93/13/CEE : les apports du droit belge et du droit français », Rev. UE 2015. 473, (sur l'obligation de transparence du professionnel).

¹⁰⁹³ V. not. GOLECKI J. M., « Homo economicus versus homo iuridicus », et HAMMER B. et DUSS S., « The "Hand Rule" as a standard of care in Swiss Tort Law », in *Law and Economics in Europe : Foundations and Applications*, Université de Lucerne, MATHIS K., Springer, 2014, p. 86, 87 et 178. Adde DEFFAINS B. et LANGLAIS E. (dir.), *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, Ouvertures économiques, De Boeck Université, 2009, v. not. Introduction, p. 45 et s.

¹⁰⁹⁴ KIRAT Th., *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*, Texte de la communication à la journée d'étude « *Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?* », IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005, <halshs-00004517>.

¹⁰⁹⁵ PORTUESE A., *Le Principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Droit et Sciences Politiques - Droit international, Editions Publibook Université, spéc. p. 59, adde p. 27 et s.

¹⁰⁹⁶ Exposé général, in *Projet de loi relatif à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux* : <http://www.senat.fr/rap/105-277/105-2771.html>

¹⁰⁹⁷ ERESEO N. et FERRE D., *Rép. dr. europ. Dalloz*, V° « Automobile » déc. 2011 (actu. janv. 2015), n° 9 et 221 et s., adde (sur la prohibition des clauses interdisant la sous-traitance du service après-vente par le distributeur) n° 257 ; GIROUDET-DEMAY, « Incidences du règlement (CE) n° 1400/2002 sur l'organisation de l'après-vente de la marque », LPA 29 nov. 2002, n° 239, p. 13 s. V. ég. Annexes.

réseau de la marque pour bénéficier de la garantie¹⁰⁹⁸. Une telle clause est génératrice d'un déséquilibre significatif qui doit conduire le juge à la réputer non écrite. Non seulement cette appréciation permet d'alléger les obligations postcontractuelles du consommateur, libre de procéder à des entretiens hors réseau, mais elle renforce celles du professionnel-garant. Ce dernier ne peut faire de la garantie légale une occasion de prolonger la relation commerciale en conditionnant la protection du consommateur à sa fidélité au réseau¹⁰⁹⁹.

224.- La sécurité au service de la prévisibilité. C'est ainsi qu'apparaît le besoin de garantir les consommateurs contre les déconvenues qui pourraient se manifester postérieurement à la vente. « *En matière contractuelle, la sécurité juridique suppose (...) que le droit favorise l'exécution des obligations telles que prévues au contrat. L'efficacité de l'acte, c'est-à-dire la satisfaction du but juridique prévu dans le negotium, participe donc de la sécurité juridique* »¹¹⁰⁰. L'idée d'un « *but juridique prévu* » est consubstantielle à la garantie, autant qu'elle l'est à l'après-contrat qui se développe autour de la cause finale du contrat. Une expression analogue apparaît comme une occurrence dans le Code civil japonais, en son article 566 qui prévoit que : « *lorsque la chose vendue est l'objet d'un droit de superficie, d'emphytéose, de servitude, de rétention ou de gage et que l'acheteur ne l'a pas su, il peut résilier le contrat, si, du moins, l'existence de ses droits le met dans l'impossibilité d'atteindre le but poursuivi en contractant. Dans les autres cas il ne peut demander que des dommages-intérêts* », le tout dans un délai d'un an à partir du moment où l'acheteur en a eu connaissance. Il est ainsi utile de rappeler que, de surcroît, la sécurité juridique attachée à la règle de droit, et recherchée par elle¹¹⁰¹, participe bien de l'efficacité économique des actes juridiques qui se doivent d'assurer l'optimisation de l'utilité de l'opération, de sorte que :

« *La loi projette un regard prospectif. Cette caractéristique apparaît implicitement dans une conception utilitariste de la loi - qui est une conception pragmatique de celle-ci en tant qu'outil au service des besoins humains, et qui s'inscrit dans un contraste net avec la théorie classique de la justice corrective d'Aristote. Cette*

¹⁰⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 488, pourvoi n° 04-15.646 ; BOULOC B., « *Clauses abusives dans les contrats de vente d'automobiles* », RTD com. 2007. 437, obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 488;

¹⁰⁹⁹ Rappr. *supra* n° 15, et *infra* n° 360, et Amxex.

¹¹⁰⁰ PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, th. préc., p. 67-68, n° 53.

¹¹⁰¹ À noter que, centrée sur l'environnement institutionnel entourant le contrat et l'organisation des droits de propriété, « *la fonction du droit (...) ne peut être l'efficiencia statique ; d'une part, d'une conception fonctionnelle découle l'idée ce sont les droits et les pouvoirs qui déterminent l'efficiencia et non l'inverse ; d'autre part, en envisageant le droit comme un système dynamique, son rôle s'évalue eu égard à sa capacité d'adaptation des règles dans le temps en lien aux changements dans les caractéristiques des relations et des activités socio-économiques. (...) les règles sont appréhendées dans le contexte de l'analyse des changements historiques et pensées comme : « le résultat présent des droits de propriété et des pouvoirs des autorités, (...) modelées et remodelées dans le passé par les tribunaux, les organes législatifs et exécutifs, à travers le contrôle des comportements humains (...), orienté vers des finalités pensées utiles ou justes par ceux qui créent le droit et ceux qui l'interprètent » (Commons, 1924) », in BAZZOLI L. et KIRAT Th., *Deux regards non hayekiens sur l'efficiencia et la sélection des règles juridiques*, APD, t. 42, 1997, p. 265.*

*théorie est essentiellement rétrospective. La fonction de la Loi selon la justice corrective est de restaurer un équilibre antérieur de droit, alors que (...) "ce qui compte, ce n'est pas l'origine mais c'est l'objectif à atteindre"*¹¹⁰² »¹¹⁰³.

Telle est l'essence de la garantie, une essence pragmatique résolument tournée vers ce qui doit venir après le contrat. En réformant le droit des assurances, la loi de 1982 en a été la démonstration précédemment, dans sa recherche d'optimisation de la garantie par plus de solvabilité¹¹⁰⁴. C'est le cas aussi de la garantie légale de conformité. Cette garantie d'ordre public a pour texte référent la *Directive n° 1999/44/CE du 25 mai 1999 concernant les contrats de vente de biens de consommation*, transposée par l'ordonnance du 17 février 2005 (ratifiée par la loi du 5 avril 2006). La transposition retardataire en droit national de la directive européenne s'appuie sur des éléments du *projet de loi n° 358 déposé le 16 juin 2004 relatif à la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux*, cherchant à « *promouvoir un niveau élevé de protection des consommateurs* »¹¹⁰⁵. La directive devait être transposée avant le 1^{er} janvier 2002. La défaillance de la France dans ses obligations de transposition a donné lieu à une condamnation par la Cour de justice des Communautés européennes le 1^{er} juillet 2004¹¹⁰⁶. Cette condamnation a encouragé le gouvernement à réagir rapidement par voie d'ordonnance pour plus d'efficacité. Remarquons que le contexte dans lequel est née la garantie est le reflet des enjeux posés par le contenu de la loi, à savoir une politique de garantie du résultat, dans un temps postérieur à la réalisation normale des obligations.

225.- La garantie légale de conformité. Dans le projet de loi de ratification de 2006, le Sénat soulignait les « *incidences pratiques importantes et bénéfiques sur la protection offerte au consommateur lorsqu'il achète auprès d'un vendeur professionnel un bien meuble corporel* »¹¹⁰⁷. La

¹¹⁰² CARDOZO B., *The nature of the judicial process*, Yale University Press, 1921, p. 66. Consultable par ailleurs aux éditions Dover Publication, Mineola, NY, 2012, p. 98: « *This conception of the end of the law as determining the direction of its growth, which was Ihering's great contribution to the theory of jurisprudence, finds its organon, its instrument, in the method of sociology. Not the origin, but the goal, is the main thing. There can be no wisdom in the choice of a path unless we know where it will lead. The theological conception of his function must be ever in the judge's mind. This means, of course, that the juristic philosophy of the common law is at bottom the philosophy of pragmatism. Its truth is relative, not absolute* ».

¹¹⁰³ POSNER R., *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 29: « *Law is forward-looking. This point is implicit in an instrumental concept of law - which is the pragmatic concept of law, law as the servant of human needs, and is in sharp contrast of Aristotle's influential theory of corrective justice. That theory is quintessentially back-looking. The function of law as corrective justice is to restore preexisting equilibrium of rights, while in Cardozo's account « [n]ot the origin, but the goal, is the main thing* » ».

¹¹⁰⁴ La jurisprudence reconnaît le droit pour le maître d'œuvre, ou son assureur, d'appeler en garantie son propre fournisseur. Le recours est fondé sur la responsabilité des vices cachés : Civ. 3^e, 8 juin 2011, Bull. civ. III, n° 93, pourvoi n° 09-69894 ; RDI 2011, p.574, obs. MALINVAUD Ph.

¹¹⁰⁵ Exposé des motifs par le Garde des Sceaux, disponible sur <http://www.senat.fr/leg/pjl03-358.html>.

¹¹⁰⁶ *Commission c/ France*, C-448/03.

¹¹⁰⁷ Exposé général, in *Projet de loi relatif à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur et à la responsabilité du fait des produits défectueux* : <http://www.senat.fr/rap/105-277/105-2771.html>

mise en conformité du droit national à la norme supérieure a ainsi permis de dégager l'obligation de principe du vendeur de garantir la conformité de la chose aux prévisions contractuelles durant deux ans à compter de la délivrance du bien. Pour se réclamer de la garantie, le consommateur peut compter sur une action spécifique : l'action en garantie légale de conformité. La conformité doit se comprendre comme, soit, d'une part, le fait que le produit soit conforme à son usage, soit, d'autre part, qu'il corresponde aux éléments caractéristiques tels que définis dans le champ contractuel, ou à l'usage spécial attendu par le consommateur. On voit alors que les éléments de la protection tendent à rappeler l'affirmation selon laquelle la prévisibilité est « *le seul élément non discutable du contrat* »¹¹⁰⁸.

L'article L. 211-2 du Code de la consommation en délimite le champ d'application dont sont exclues les ventes par autorité de justice et les ventes aux enchères publiques. La garantie concerne les biens meubles corporels produits ou à produire¹¹⁰⁹. Elle déploie ses effets sur les caractéristiques et fonctions matérielles de l'objet, se positionnant comme régime différent et complémentaire de la garantie légale des produits défectueux prévue au *Titre quatrième BIS* dans le *Livre troisième* du Code civil. En tant que garantie matérielle, elle est relative à la chose et à l'utilisation qui en est faite. Elle ne concerne pas à sa sécurité¹¹¹⁰. De plus, la garantie couvre les défauts existant lors de la délivrance sur le bien lui-même, ainsi que sur l'emballage, les instructions de montage et l'installation du produit si cette dernière a été convenue par les parties. La garantie ne concerne que les relations contractuelles dans lesquelles le vendeur agit dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, et l'acheteur en qualité de consommateur (art. L. 211-3).

226.- Une certaine liberté dans l'action. La notion interne de délivrance conforme dégagée par la jurisprudence, et celle de vice caché définie par le Code civil, entrent dans la conception de la conformité légale. Un choix est laissé au consommateur qui peut demander la réparation, le remplacement du bien, la restitution partielle du prix ou la résolution du contrat. Néanmoins, ce choix doit être opportun et proportionné au défaut qui affecte la chose ou à sa valeur. Une demande qui serait disproportionnée ne peut être imposée au vendeur. Dans une perspective de protection économique du vendeur, ce dernier est autorisé à satisfaire son obligation de garantie en offrant au créancier le service le moins onéreux¹¹¹¹. Si dans un délai d'un mois après la demande de garantie, le débiteur de la garantie ne peut satisfaire le choix de l'acheteur, la résolution de l'acte ou la restitution partielle du prix est alors

¹¹⁰⁸ HAUSER M., « Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ? », in *Le solidarisme contractuel*, GRYNBAUM L. et ICOD M. (dir.), coll. Etudes Juridiques, Economica, t. 18, 2004, p. 193 et s., spéc. n° 12, p. 200.

¹¹⁰⁹ Sont concernés l'eau et le gaz conditionnés et les animaux domestiques - tandis que le texte exclut expressément l'électricité.

¹¹¹⁰ cf. art. 1386-1 C. civ.

¹¹¹¹ Civ. 1^{ère}, 22 févr. 2017, pourvoi n° 16-11.471, RTD com. 2017. 419, note. BOULOC B.

imposé. Mais ces dispositions souffrent des dérogations qui, parfois, sont très représentatives du but spécifique poursuivi par un contrat de vente. Tel est le cas en matière de vente relative à un animal de compagnie : le remplacement est impossible du fait de l'affection que son maître porte désormais à l'animal, même si le coût des frais médicaux, correspondant aux frais liés à la « réparation » de l'animal, s'avèrent plus important que le coût de son remplacement. Le critère tiré de la disproportion n'est pas invocable puisque les juges du fond ont pu apprécier « *l'attachement de [sa maîtresse] pour son chien* », et ainsi reconnaître que « *le chien en cause était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique* »¹¹¹². Il convient de rappeler en outre que la garantie doit être exécutée sans frais pour l'acheteur, si bien qu'il est possible d'imaginer que la notion de garantie esquisse une théorie du débiteur-assureur. À y regarder de plus près, il est possible d'envisager une ressemblance, dans leurs objectifs et leurs effets, entre la garantie et le contrat d'assurance. Tous deux permettent de couvrir un risque dont la survenance est incertaine en son principe ou en sa date. S'il s'agit du domaine de la garantie commerciale, le garant accepte d'assurer le risque de désordre en-dehors de la période légale de garantie, fondant une véritable marchandisation de la garantie postcontractuelle. Il s'agit d'un après-contrat post-garantie dans lequel l'engagement du vendeur est consenti à titre onéreux, et qui lui permet d'assurer une fidélisation de la clientèle en offrant notamment, au surplus, des reprises¹¹¹³. Cet engagement doit être écrit et le professionnel doit y mentionner les articles L. 211-4, L. 211-5 et L. 211-12 du Code de la consommation. La prescription est de dix ans, conformément à l'article L. 110-4 du Code de la consommation. S'il s'agit du domaine de la garantie légale, il n'existe toutefois pas, *a fortiori*, de coûts à la charge du cocontractant. Mais, en tant que couverture s'inscrivant dans la prolongation des effets de l'exécution, le prix de la vente comprend certainement une contrepartie de la garantie supportée par le débiteur. Nul doute que le calcul économique du prix de vente intègre le coût des garanties légales¹¹¹⁴, si bien que la fixation des prix dépend de l'effort de prévoyance effectué par le débiteur de la garantie. Ce calcul est budgétisé par les entreprises sur la base d'un coût moyen annuel.¹¹¹⁵ Il n'est d'ailleurs pas anodin que la loi prenne en considération les capacités du vendeur dans les options d'exécution de la garantie, en préconisant la solution la moins coûteuse¹¹¹⁶.

¹¹¹² Civ. 1e 9 déc. 2015, Bull. à paraître, pourvoi n° 14-25910.

¹¹¹³ V. *infra* Annexe.

¹¹¹⁴ Cf. (pour un témoignage) Annexe.

¹¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹¹⁶ Art. L. 211-9, al. 2 C. conso. : « *Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur* ».

Il n'en reste pas moins que la vocation première des obligations de garantie est essentiellement de durcir les obligations dues par le débiteur et de renforcer ainsi les droits de la partie protégée par la loi. Un tel renforcement passe par diverses dispositions tant sur le plan civil que pénal.

B- LA PROTECTION RENFORCÉE DU GARANTI

227.- Le renforcement de la présomption d'antériorité. Le législateur est venu renforcer les garanties, notamment sur le terrain de la preuve¹¹¹⁷. La preuve du vice affectant la chose se construit à partir de la destination de l'objet. La jurisprudence retient que l'existence d'un vice correspond à ce qui rend la chose impropre à son usage. Par exemple, elle a pu retenir la preuve du dysfonctionnement sur la base des devis effectués en vue de la réparation de la chose viciée¹¹¹⁸ : « *les devis établis par le réparateur démontraient le dysfonctionnement de l'appareil dont plusieurs pièces devaient être remplacées, faisant ainsi ressortir l'existence d'un vice rendant la chose vendue impropre à son usage* »¹¹¹⁹. Mais la question de la preuve dépend du temps durant lequel le vice est découvert : le nerf de la garantie est le délai d'action dans laquelle elle est enfermée. Il est indissociable du mode de preuve exigé pour démontrer l'inexécution susceptible d'être corrigée. Les garanties mettent en quelque sorte le contrat sur la sellette, soit à compter de l'exécution de l'obligation de délivrance du bien, soit à compter de la découverte d'un vice affectant le bien. L'acquéreur bénéficie à ce titre d'un aménagement grâce aux effets d'une présomption d'antériorité du vice¹¹²⁰. C'est ainsi que, par application de la loi de mars 2014, la garantie légale de conformité verra la durée de présomption d'antériorité du défaut passer de six à vingt-quatre mois après la délivrance, à compter du 17 mars 2016. Cette modification permettra de surmonter la mise en concours habituelle entre garantie de conformité et des vices cachés. En effet, résultant de l'ordonnance de 2005 transposant la directive européenne relative à la garantie conformité, le régime de la conformité ne prive pas le consommateur de son action en garantie des vices cachés. Le délai d'action de la garantie des vices cachés prévu par le Code civil est plus favorable au consommateur que ne le sont les dispositions du Code de la consommation en matière de conformité. La question de la preuve de la défaillance se pose alors dans un temps allongé. En l'occurrence, le défaut est présumé existant à la livraison et pendant deux ans. De plus, la garantie étant d'ordre public, les clauses qui

¹¹¹⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹¹¹⁸ Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, inédit, pourvoi n° 14-16.811 : bateau non-conforme aux caractéristiques différentes de ceux mentionnés sur l'acte de francisation. V. ég. Com. 29 mars 2017, pourvoi n° 15-16.452, note BOULOC B.

¹¹¹⁹ Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, inédit, pourvoi n° 14-15.239 : « *Une personne a acheté un appareil pour un prix de 590 €. Évoquant un fonctionnement anormal de l'appareil, et au vu d'un devis de réparation de 245 €, elle a assigné le vendeur en résolution de la vente* » ; Civ. 1^{re}, 26 avr. 2017, pourvoi n° 16-11.632, RTD com. 2017. 418, note BOULOC B..

¹¹²⁰ Sur le rappel de l'exigence d'antériorité : Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, pourvoi n° 15-29.413 ; Com. 20 avr. 2017, pourvoi n° 15-21.877, RTD com. 2017. 417, note BOULOC B.. Sur le lien de causalité : Com. 20 avril 2017, pourvoi n° 14-25.768, RTD com. 2017. 418, note BOULOC B.

l'écartent ou la limitent, directement ou indirectement, sont réputées non écrites, sauf si la convention limitant ou excluant la garantie est consentie postérieurement à la réclamation¹¹²¹.

228.- Le renforcement de la protection des consommateurs sur le plan pénal. La politique d'encadrement de l'après-contrat, dans son objectif de gestion des relations postcontractuelles à la lumière de la sécurité juridique comme de l'équité, a conduit le législateur à employer des moyens pénaux. C'est le cas des délits de pratiques commerciales trompeuses et d'obsolescence programmée.

La directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 *relatives aux pratiques commerciales déloyales* a été transposée par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, dite loi *Chatel*. Les dispositions prévues aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation sont issues de cette transposition, incriminant notamment les pratiques commerciales trompeuses. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a complété et précisé cette transposition. Ce choix politique est un signe fort de prise en compte de l'après-contrat dans sa fonction économique. L'article L. 121-1, 22° dispose par exemple que constitue une pratique trompeuse le fait de *créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit ou un service est disponible dans un Etat membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel le produit ou le service est vendu*. L'article L. 121-6 prévoit que le délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende. En outre, le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit. S'ajoutent selon même article des peines spécifiques aux personnes morales¹¹²². S'impose nécessairement l'obligation pour le professionnel de réparer le dommage subi par le consommateur. L'attitude dolosive du professionnel ne lui permet pas d'espérer mettre en œuvre la solution la moins coûteuse. Dans le *scandale Volkswagen* en 2015, le coût du rappel des véhicules aux moteurs truqués en France aurait représenté « *15% de charge de travail supplémentaire sur l'année, soit 900 à 1.000 postes équivalents temps plein* », d'après Jacques Rivoal, président du groupe France¹¹²³. Un autre exemple d'attitude dolosive est donné également par les pratiques d'obsolescence programmée.

¹¹²¹ Cf. art. L. 211-17 C. conso.

¹¹²² « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du même code, de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 dudit code, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée de cinq ans au plus* ».

¹¹²³ Déclarant également : « *nous accompagnerons notre réseau pour recruter, faire appel aux heures supplémentaires pendant toute la période. Nos concessionnaires pourront aussi élargir les heures d'ouverture des ateliers, le soir et le samedi. Et nous étudions un traitement adapté aux flottes des entreprises, avec la possibilité de faire la mise à jour directement sur*

Le délit d'obsolescence programmée a été introduit dans le Code de la consommation par l'article 99 de la *loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (I)*¹¹²⁴. L'objectif de cette création a été d'améliorer la durée de vie des biens de consommation, notamment des biens électroménagers, en luttant contre la pratique de certains fabricants consistant à affecter la chose d'une défectuosité limitant son espérance de vie¹¹²⁵. L'article L. 213-4-1 du Code de la consommation prévoit en effet que « *l'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement* ». D'après cette même disposition, le délit est puni d'une peine de la même manière que l'infraction de pratiques commerciales trompeuses, mais le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. La principale difficulté est néanmoins liée à la démonstration que l'obsolescence programmée réside dans l'évaluation de la durée de vie du bien si la pratique prohibée n'était pas intervenue¹¹²⁶.

L'irruption de l'après-contrat par le champ du droit pénal constitue un indice très fort de l'enjeu socio-économique et politique qu'il représente¹¹²⁷. Elle marque également, une fois de plus, l'emprise de la loi sur la période postcontractuelle, tout en démontrant que *garantir* dans le temps postcontractuel est une préoccupation aussi actuelle que nécessaire.

229.- Un après-contrat légal. Le droit des garanties postcontractuelles se pose comme un droit de mise à l'épreuve après la libération supposée des parties ayant réalisé l'affaire. Il serait possible de les envisager comme la part de droit issu du contrat mais appartenant exclusivement au temps postcontractuel et permettant le contrôle *a posteriori* des effets de la convention. Ce droit forme un après-contrat légal qui encadre globalement la conformité du *statu postquam* à la volonté des contractants. La responsabilité postcontractuelle repose alors sur la démonstration d'une non-conformité du *statu postquam*, indépendamment d'une faute du débiteur, comptant uniquement l'évaluation du résultat attendu. C'est pourquoi, cultivant un objectif de résultat, les garanties remplissent finalement davantage une fonction liée à l'**efficacité** de l'acte plutôt qu'à son effectivité. Alors que la

leur site. Toute l'opération est prise en charge par le groupe -Volkswagen », in REBIERE G., « Le patron de Volkswagen France dévoile les dessous de l'opération "rappel" », in *Le Journal Du Dimanche*, 13 déc. 2015 ; cité in « Volkswagen : 940.000 véhicules rappelés en France à partir de février », *Les Echos*, 13 déc. 2015.

¹¹²⁴ Rappr. *supra* n° 15, 92.

¹¹²⁵ Cf. *supra* 15.

¹¹²⁶ V. not. MARTIN A.-C., « Le délit d'obsolescence programmée », D. 2015. 1944.

¹¹²⁷ Rappr. n° 208, 230, 308, 431, 438, 473, 658.

formation et l'exécution du contrat sont directement liées à l'effectivité, le temps postcontractuel semble ainsi consacré à l'efficacité. Le résultat doit avoir une pérennité dans le temps, ou du moins, dans un temps minimum durant lequel le débiteur reste susceptible de voir sa responsabilité engagée. Cette pérennisation a tendance à renverser la fonction de la protection en droit de la consommation, en créant un marché de la relation commerciale suivie, à l'occasion de contrats qui par définition ne sont pas relationnels¹¹²⁸.

¹¹²⁸ Cf. *supra* n° 15, *infra* n° 360 ; sur le contrat relationnel : cf. n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

230.- La nature postcontractuelle des garanties. Garantir, c'est inscrire dans le temps la volonté d'assurer l'efficacité du résultat de l'obligation, même si l'exécution de la prestation a déjà eu lieu. Ainsi, le garant promet de compenser les défaillances éventuelles et ultérieures à l'exécution déjà intervenue. L'origine des mécanismes de garantie montre en effet que la garantie peut reposer sur le contrat lui-même, en tant que promesse faite par le débiteur de réparer les éventuels désordres à venir. Mais c'est surtout le devoir de bonne foi qui a servi d'assise à la garantie : en droit romain, la garantie servait, sur le fondement délictuel ou pénal, à engager la responsabilité du débiteur postérieurement au contrat, si par son comportement, positif ou négatif, il nuisait à la chose d'autrui. Car, en effet, dans la vente ou le louage d'ouvrage, le bien qui naît de l'exécution devient la chose du créancier. On voit alors que dès ses premières formes la garantie était happée par la responsabilité extracontractuelle car le débiteur de mauvaise foi se rendait coupable d'un délit civil. Il n'y a donc rien d'étonnant à voir qu'aujourd'hui, le suivi de l'après-contrat se fait par des régimes partagés entre différents ordres de responsabilité. Alors que la garantie légale de conformité entre dans la responsabilité contractuelle, la responsabilité des produits défectueux est extracontractuelle. L'acte de concurrence déloyale constitutif d'une éviction est également engagé sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. L'obsolescence programmée est un délit pénal, de même que le défaut d'assurance du constructeur tenu à garantie. Sa responsabilité décennale est d'ordre contractuel en droit privé, alors qu'elle est extracontractuelle en droit public. Les obligations de garantie voient leurs fondements éclatés, partagés entre plusieurs régimes qui présentent différents aspects du suivi postcontractuel, du plus punitif au simplement satisfactoire. L'après-contrat est donc clairement régulé par la loi, même si les parties ont le pouvoir parfois de l'aménager, à la recherche d'une sécurisation du temps extérieur à la durée de l'exécution. L'unicité de la notion de garantie réside donc dans le but commun poursuivi par une pluralité d'obligations : protéger le créancier du comportement postcontractuel du débiteur. Même si le désordre prend source antérieurement au contrat ou à la période postcontractuelle, la garantie vise la réparation du dommage en imposant au débiteur de réagir *a posteriori*. L'objectif est de le contraindre à assumer sa responsabilité par des obligations réactionnelles, lesquelles couvrent les suites de l'exécution. C'est donc le comportement postérieur qui est régulé.

231.- Le détachement des responsabilités contractuelle et postcontractuelle. Le régime de l'exécution qui permet d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant, de réclamer l'exécution forcée des obligations inexécutées, ou encore la résolution de la convention, appartient à un système qui ordonne et sanctionne la réalisation de la prestation constitutive de l'objet principal de l'engagement. Pour leur part, les obligations de garantie, si elles concernent les suites de l'exécution,

n'appartiennent pas au régime de l'exécution¹¹²⁹. C'est pourquoi une action en garantie peut s'ajouter à une action en inexécution : l'objet de la demande n'est pas le même. La garantie a une vocation purement indemnitaire et ne repose que sur la réparation du dommage. Elle se rapproche en cela de la responsabilité extracontractuelle, même lorsqu'elle est fondée sur la responsabilité contractuelle. Les obligations de garantie sont autonomes et appartiennent à une zone grise mécontractuelle : articulées autour du contrat et au travers du temps postcontractuel, elles gravitent autour du temps contractuel sans nécessairement y être ancrées, et telle est leur force. En effet, elles sont les obligations de réparation auxquelles le débiteur s'engage, au surplus des obligations principales. C'est pourquoi, alors que les parties redeviennent des tiers après la fin du contrat, elles ont un statut spécial : le débiteur est un tiers-garant et le créancier est un tiers-garanti. Les garanties suivent ainsi l'exécution. Autrement dit, les obligations principales désignent le noyau du contrat qui va servir à la mise en œuvre de la prestation, c'est-à-dire l'opération économique apte à produire un résultat, alors que les garanties incarnent des obligations qui forment un mécanisme-ressort servant la protection dans le temps de la prestation déjà effectuée. Si l'exécution principale n'intervient pas, le droit commun prévoit des recours pour satisfaire le créancier enfermé dans une relation contractuelle en suspens. Mais si l'exécution principale est intervenue, le véritable atout de la garantie est de pouvoir rattraper rétrospectivement la responsabilité du débiteur qui a cru liquider la relation contractuelle en s'exécutant. Les obligations d'exécuter dépendent donc bien du temps contractuel, tandis que les obligations de garantir prolongent la responsabilité du garant en-dehors de ce temps. Cette durée allongée de responsabilité est d'ailleurs encadrée par des délais et dépend de l'objet de la protection. Le délai d'action en garantie s'ouvre dans l'après-contrat, comme un relai de l'exécution.

232.- Un standard de protection reposant sur les délais d'action. Les garanties fixent la mesure et l'étendue des obligations consenties par le débiteur, ainsi que les recours du créancier. L'intérêt des systèmes de garantie d'éviction, de lutte contre les vices cachés, de conformité, de construction, est intimement lié à la durée dans laquelle l'action en responsabilité s'inscrit. C'est ainsi que le législateur a mis en place des délais d'action, allant du plus bref au plus long, à la mesure de la valeur protégée par le régime de garantie. Ainsi, la responsabilité décennale a une durée de dix ans : elle concerne la solidité et la durabilité de l'ouvrage, met en jeu l'intégrité du logement mais aussi la sécurité des personnes et des biens. Or, le système des assurances s'est montré un temps incapable d'assurer la continuité et le maintien dans le temps d'une garantie aussi importante que la responsabilité décennale. L'intervention

¹¹²⁹ Certaines dispositions échappent à cette constatation du fait qu'elles concernent essentiellement le bon déroulement de contrats à exécution successive. Elles sont pour leur part ancrées dans la durée contractuelle et ont vocation à assurer un suivi immédiat de l'exécution. C'est le cas de la garantie d'éviction due par le bailleur au locataire pendant la mise à disposition du bien. La garantie se superpose à la durée du contrat.

législative s'est donc préoccupée du régime de l'indemnisation, en cherchant à optimiser la mise en œuvre des assurances couvrant la responsabilité du constructeur, dans une véritable réflexion sur les enjeux de *la garantie sur la garantie*. De l'effectivité de la police d'assurance dépend nécessairement celle de la garantie constructeur. La régulation étatique montre combien le temps postcontractuel fait l'objet de préoccupations socio-économiques et d'ordre public. L'intérêt général est en première ligne, comme le montre également la protection du consommateur dans le droit de la vente.

233.- Instaurer la confiance. C'est pourquoi la garantie est un service destiné à permettre la confiance et à pallier, s'il devait se réaliser, un risque susceptible de trahir l'engagement consenti antérieurement. De ce parjure naît la fonction de la garantie qui se manifeste par la mise en mouvement d'une responsabilité différée dans l'après-contrat, de sorte que le contrat aura servi d'assise à la « *maîtrise du futur, la stabilité ne lui sera garantie qu'à condition d'entretenir la confiance mutuelle sur laquelle il repose* »¹¹³⁰. Il s'agit de la gestion du risque postcontractuel¹¹³¹. Un tel risque est appelé à se réaliser alors même que le contrat a déjà porté les fruits attendus par les parties. On voit alors que, en plus de représenter un lien entre les parties, la confiance est également la constitution d'un gage d'avenir. La garantie vise donc à entretenir la confiance en l'engagement entre les parties, mais également des parties envers un temps postérieur. Dans cette dynamique, les obligations de garantie prennent également une valeur économique forte sur le marché : elles permettent la mise en place d'un véritable argument de vente, assurant un suivi dans le temps de la *relation inter partes*. Elles procèdent en cela d'un renforcement de la dimension relationnelle du contrat¹¹³².

¹¹³⁰ OST F., « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001, n° 17, p. 26.

¹¹³¹ Sur la gestion comptable de ce risque, cf. Annexes.

¹¹³² Cf. *infra* Annexes. Rappr. *infra* spéc. n° 344 et s., 360.

CHAPITRE 2

LA STABILISATION DE LA RELATION *INTER PARTES* PAR-DELÀ L'EXTINCTION

234.- L'engagement malgré le désengagement. La poursuite d'une relation après l'extinction est symptomatique de l'enjeu qui pèse sur l'extinction, à savoir discerner ce qui meurt de ce qui subsiste. En effet, l'accomplissement du terme entraîne automatiquement la cessation du contrat et les parties sont alors réputées sorties de la relation contractuelle. Mais il est possible que le contrat trouve un nouveau souffle, soit par le biais de prévisions légales, soit par la volonté ou le comportement spontané des parties. Est-ce alors la continuation du contrat antérieur, ou est-ce un nouveau contrat qui émerge de l'extinction ? C'est sur ce questionnement que reposent les notions de prorogation, de reconduction et de renouvellement, formant ce qui a été désigné comme un régime de stabilisation de la relation *inter partes* après l'extinction de l'acte, et une théorie générale de l'après-contrat¹¹³³. De même il est possible de se demander si des parties, désireuses de perpétuer leur relation après le terme initialement convenu, sont tenues par le contenu de la convention dont elles sortent. Que reste-t-il des obligations passées, et que faut-il voir dans la relation nouvelle, pour quelle durée ? La qualification de la relation qui prend forme postérieurement à l'extinction est déterminante du régime qu'il conviendra d'appliquer. Le législateur peut avoir prévu le régime de stabilisation de certains contrats. Tel est le cas pour le bail¹¹³⁴, pour le contrat d'assurance¹¹³⁵ ou pour les contrats de prestations de services conclus par des consommateurs. Les parties vont également pouvoir exercer leur liberté de renouveler ou de ne pas renouveler la relation¹¹³⁶, mais un contrôle existe lorsque le cocontractant a créé une attente légitime¹¹³⁷. Elles disposent en quelque sorte d'un droit d'option qui leur permet d'étendre leur relation en formant un nouveau contrat qui succède au premier. Ce principe de liberté de choix donne à la stabilisation du rapport son caractère facultatif, caractérisant ainsi le régime du contrat à durée déterminée. Tant les mécanismes soutenant ce régime que la volonté des parties de stabiliser leur relation ne sont pas toujours clairs. Une certaine équivocité caractérise le régime de la stabilisation. L'interprétation de l'après-contrat

¹¹³³ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Contrats et conventions », août 1993 (actu. avr. 2015), n° 454.

¹¹³⁴ L'article 10, alinéa 3, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit que le contrat est reconduit pour trois ans s'agissant en présence d'un bailleur personne physique, et de six ans en présence d'un bailleur personne morale.

¹¹³⁵ L'article L. 1243-11, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que « lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée ».

¹¹³⁶ Com., 23 avr. 1985, Bull. civ., IV, n° 128, pourvoi n° 83-16207, RTD civ. 1986, p. 106, obs. MESTRE J. : une société qui a avisé son représentant que leur contrat arrivant à échéance ne serait pas renouvelé sur le fondement des dispositions prévues par celui-ci, est en droit de proposer un nouveau contrat différent du précédent arrivé à son terme ; Com., 25 avr. 2001, inédit, pourvoi n° n° 98-22.199, D. 2001.Somm.3237, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2002, p. 99 obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Com. 6 juin 2001, inédit, pourvoi n° 99-10.768, RJDA 2001, n° 1201, p. 998 ; Com. 3 juill. 2001, n° 98-23.070, RJDA 2001, n° 1202, p. 999 ; Com., 15 janv. 2008, Bull. civ., IV, n° 4, pourvoi n° 06-14.698.

¹¹³⁷ Com., 3 juill. 2001, inédit, pourvoi n° 98-22.199, RJDA 2001, n° 1202, RTD civ. 2002, p. 99, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Soc., 27 févr. 2007, inédit, pourvoi n° 06-40.943.

devra alors composer avec les ambiguïtés posées par la nouvelle relation (*Section 1. Les ambiguïtés de la nouvelle relation*).

Mais en dehors du régime légal de la « durée » caractéristique du contrat à durée déterminée, les parties pourront connaître ou tenter des rapprochements après l'extinction, sans que cela entre dans le régime de prolongation de la relation. À l'inverse, elles peuvent avoir été déçues par leur expérience et refuser à l'avenir tout nouveau contact. Leur comportement pourra également être préjudiciable, alors même qu'elles n'entretiennent plus aucun rapport juridique. Force sera alors de constater que le régime légal de la « prolongation » de la relation n'a pas le monopole de la stabilisation de l'après-contrat. D'autres outils existent pour encadrer les comportements postcontractuels, légaux, jurisprudentiels ou relevant de la technique contractuelle, parmi lesquels la notion de bonne foi semble se démarquer. L'ensemble de ces instruments montre le besoin de régulation de l'après-contrat, encore sous influence de l'ancienne relation (*Section 2. L'influence de l'ancienne relation*).

SECTION 1 LES AMBIGUITÉS DE LA NOUVELLE RELATION

235.- Faire durer l'engagement au-delà de son terme. La réforme opérée par l'ordonnance de février 2016 a apporté du nouveau dans la compréhension de la durée de l'engagement. A été créé un chapitre traitant spécifiquement de la durée. Alors qu'il est composé de six articles, trois dispositions sont consacrées aux modes de continuation de l'engagement initialement enfermé dans une durée déterminée, donnant à observer que, souvent, « *la survenance du terme est étrangement sans effet sur la durée réelle de la relation* »¹¹³⁸. Ainsi, le régime de la durée du contrat constitue en partie celui de la stabilisation des engagements éphémères. En effet, les nécessités liées à l'économie de la relation peuvent dicter la pérennisation du rapport dans le temps et surmonter ainsi les frontières temporelles dans lequel le contrat a été enfermé. Toutefois, avant de pouvoir identifier l'apport de la réforme de 2016, il semble incontournable de comprendre les origines des notions fondant le régime de la stabilisation. Il convient donc d'exposer, dans un premier temps, quelles sont les difficultés notionnelles posées par le régime de la stabilisation (**§1. Les difficultés notionnelles**), avant de s'intéresser, dans un second temps, aux opportunités de clarification du régime (**§2. Les opportunités de clarification**).

§1) Les difficultés notionnelles

236.- Les mécanismes de « prolongation » de la relation. Tacite reconduction, renouvellement, prorogation, tels sont les mécanismes fondateurs du régime légal de la stabilisation des contrats à durée déterminée. La tacite reconduction est aujourd'hui regardée comme une variante du renouvellement, tandis que la prorogation semble à part dans la trilogie textuelle des nouveaux articles 1213 à 1216 du Code civil. Mais la quête du sens de chacune de ces notions montre combien les errances sémantiques ont contribué à obscurcir la compréhension de chacun de ces mécanismes, regroupés en raison de la « prolongation » du rapport *inter partes* qu'ils organisent, mais nécessitant pourtant d'être distingués. Ainsi, afin de mettre en perspective le nouveau chapitre du Code civil relatif à la stabilisation du contrat à durée déterminée, il convient d'abord de faire état du chaos terminologique (**A. Le chaos terminologique**) sur lequel se sont construites les institutions, et repérer les approximations injustifiées auquel il peut donner lieu. Mais, de façon plus profonde, sous la forme se cache le fond. Or, en

¹¹³⁸ MONEGER J., « L'après bail commercial », Loyers et copropriété n° 11, nov. 2006, étude 23 : « *le bail d'habitation, tel un phénix renaît de son propre épuisement juridique marqué par la survenance de l'échéance. La tacite reconduction est un phénomène juridique étrange, quelque peu magique. Par le seul effet de la loi et de l'inaction des parties, un nouveau bail identique, un clone naît de la disparition du bail éteint. (...) L'échéance marque la vie du bail, mais n'a pas d'effet immédiat sur son existence* ».

l'occurrence, l'approximation ne peut être tolérée car il existe un véritable intérêt à distinguer entre les différentes notions mobilisées (**B. L'intérêt de la distinction**).

A- LE CHAOS TERMINOLOGIQUE

237.- Quand les mots ne sont pas au service des institutions. Le vocabulaire juridique est sans conteste un pilier de la compréhension des notions dans leur portée technique¹¹³⁹, sauf lorsque le lexique lui-même souffre d'incertitudes. Or, « *en matière de tacite reconduction, si tout le monde peut aujourd'hui s'entendre, c'est souvent parce que personne ne se comprend* »¹¹⁴⁰. Les difficultés liées à la qualification de la relation contractuelle suivant l'intervention du terme extinctif sont en l'occurrence directement liées au développement anarchique du langage juridique qui s'y rapporte. Aborder le régime de la stabilisation impose donc de remonter à sa source, c'est-à-dire en prenant pour repère la notion de tacite reconduction (**a. L'origine du régime : la tacite reconduction**), laquelle est « *souvent source de confusion ou d'incertitude* »¹¹⁴¹. Ensuite, il sera possible de réaliser que le défaut originel d'un régime consacré à la durée du contrat a rendu difficile l'approche des notions soutenant la continuation de la relation contractuelle au-delà de son terme (**b. L'approche difficile des notions mobilisées par la relation nouvelle**). Pourtant, surpassant le capharnaüm linguistique, apparaît véritablement l'intérêt de la distinction entre les notions (**c. Le hiatus entre l'usage des mots et le sens technique des notions**), dans la compréhension technique de la relation postcontractuelle.

a) *L'origine du régime : la tacite reconduction*

238.- Données du problème. « *Un contrat à prestations successives et à durée déterminée a pris fin. L'exécution en a néanmoins continué. Comment vont être réglés les rapports entre les parties pour la période postérieure à l'arrivée du terme extinctif primitivement stipulé ? Telle est la question* »¹¹⁴². Telle est effectivement la question posée en 1929 par Georges Thomas, en ouverture de sa thèse sur la *prorogation volontaire tacite du contrat*, constatant qu'à l'exception de son article 1738 relatif au louage

¹¹³⁹ GENY F., *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1921, p. 462, n° 257 : « *unité, ordre, précision, clarté* », telle est la devise qui doit, selon l'auteur, présider à l'élaboration de la loi.

¹¹⁴⁰ MEKKI M., D. 2006. 587, obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, pourvoi n° 02-21.366.

¹¹⁴¹ DERRUPPE J., « *Fonds de commerce. Location-gérance, Durée, Renouvellement, Tacite reconduction, Promesse de vente, Maintien (non)* », RTD com. 1997. 228.

¹¹⁴² THOMAS G., *De la prorogation volontaire tacite en droit français, Tacite reconduction*, th. Poitiers, 1929, Ed. Guillemot et Lamothe, Limoges, 1929, p. 7. Rapp. DIBAS-FRANCK E., *Le renouvellement du contrat*, th. Sceaux, 1998, p. 5 : « *lorsque le contrat à exécution successive arrive à expiration, les parties se trouvent confrontées à un choix d'une importance pratique considérable : faut-il faire cesser définitivement la relation contractuelle ou au contraire la poursuivre, autrement dit procéder à son renouvellement. Un terme peut être prévu dans le contrat. Si après cette date les parties décident de poursuivre leurs prestations réciproques, doit-on affirmer que le contrat est renouvelé ?* ».

de chose, le Code napoléonien a toujours été muet concernant la tacite reconduction¹¹⁴³. On remarquera immédiatement que l'auteur vise substantiellement la tacite « reconduction » lorsque son objet d'étude est formellement la « prorogation » volontaire tacite. Il prend ainsi pour référence l'article 1738 et cherche à déterminer si, en faisant abstraction dans un premier temps du texte, le mécanisme se soumet à un régime déduit directement des principes de droit commun. Il résume ainsi l'enjeu de l'analyse : « *toute la question est de savoir si, même en l'absence de texte, l'exécution du contrat postérieure à l'arrivée du terme n'implique pas l'existence d'une nouvelle convention entre les parties* »¹¹⁴⁴, rappelant que la volonté tacite et la volonté exprimée ont une force d'engagement identique et ne se différencient que par leur évidence ; et donc par la preuve qui peut en être faite. En effet, c'est véritablement la détermination de l'intention qui pose problème, de telle sorte que toute exécution postérieure ne peut être identifiée *per se* comme une volonté de former une nouvelle convention. L'idée peut être illustrée par la situation du bailleur laissant, par négligence ou « *excès de bonne volonté* »¹¹⁴⁵, le preneur se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail. Le loueur n'entend pas *ipso facto* renouveler le bail éteint.

239.- L'ambiguïté de la nouvelle situation juridique. L'ambiguïté qui caractérise le maintien d'une relation d'apparence contractuelle après l'extinction de l'acte repose principalement sur la détermination de la volonté, ou non, de pérenniser le rapport¹¹⁴⁶. Les effets extinctifs se trouvent aux prises avec la subsistance d'une situation postcontractuelle ressemblant à la situation contractuelle. La terminologie est d'ailleurs riche de sens : on parle de reconduction, mais aussi de « renouvellement »¹¹⁴⁷ comme si les parties s'étant déjà unies renouvelaient leurs vœux.

Ainsi, tout l'enjeu de la phase postcontractuelle va être de réussir à cerner l'intention des parties. Le comportement de celles-ci va servir de base à l'étayage de présomptions quant à leur volonté de poursuivre une relation contractuelle¹¹⁴⁸. C'est ce qui ressort de la notion même de « tacite reconduction », laquelle a pu être définie comme « *une convention dont la loi présume l'existence lorsque, nonobstant l'expiration du bail, le preneur reste en possession des biens loués sans opposition*

¹¹⁴³ THOMAS G., th. préc., p. 123: « *le législateur a laissé dans l'ombre toutes les questions que soulève le problème de la volonté tacite, mais il a brièvement manifesté son opinion en ce qui concerne le contrat de louage de choses pour lequel il considère le silence des parties comme générateur d'obligations* ». CHANTEPIE G. et LATINA M., *Réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 576, de souligner que « *cette situation ressemblait nettement le fait que le droit commun avait été édifié sur le modèle de la vente* ».

¹¹⁴⁴ THOMAS G., th. préc., p. 8.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹¹⁴⁶ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, t. 6, p. 117, n° 108 ; GODE P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. PATARIN J., PUF, 1977, n° 23 et s., p. 33 et s.

¹¹⁴⁷ DIBAS-FRANCK E., th. préc., 1998.

¹¹⁴⁸ Cf. FAGES B., *Le comportement des contractants*, PUAM, 1997.

de la part du bailleur »¹¹⁴⁹. Dans cette définition, la tacite reconduction désigne la nouvelle convention elle-même. De plus, elle s'attache principalement au contrat de bail du fait que l'auteur considère que « *l'institution est spéciale au louage de choses* »¹¹⁵⁰.

240.- Le sens originel de la tacite reconduction. Une forme de purisme lexical a effectivement conduit à réserver exclusivement, dans un premier temps, la locution « tacite reconduction » au droit des baux et du louage de choses. L'étymologie de l'expression explique cette acception littérale, puisque la *reconductio reconducere* signifie textuellement *relouer*¹¹⁵¹. Pourtant, il convient de remarquer que le même mot dérive lui-même de *conducere* qui veut certes dire « *prendre à bail* », mais aussi, dans un sens premier, « *conduire ensemble* » ou « *réunir en rapprochant* »¹¹⁵². Il serait ainsi possible de voir dans le fait de *re-conducere* l'idée de « réunir à nouveau ». Or, la terminologie romaine désignait spécifiquement la reconduction du bail par la *locatio conductio* ou par la *locationem renovare*¹¹⁵³. La précision apportée par le mot *locatio* à l'idée d'une *conductio* indique qu'une reconduction est possible en dehors du seul contrat de louage et que l'idée primitive de la reconduction repose sur la réunion ou le projet commun. D'ailleurs, on prête, depuis, volontiers les termes de « *tacite reconduction* »¹¹⁵⁴ à

¹¹⁴⁹ THOMAS G., th. préc., p. 17. V. ég. PAGET M., *De la tacite reconduction*, th. Paris, 1926, p. 21 : proposant déjà une définition identique en « *convention dont l'existence est présumée par la loi lorsque, nonobstant l'expiration du bail, le preneur reste en possession des biens loués, sans que le bailleur ne s'y oppose* ».

¹¹⁵⁰ *Idem.* M. THOMAS étudie néanmoins dans sa thèse la reconduction du contrat de travail, du contrat d'assurance et des sociétés. Rappr. de l'association de la tacite reconduction faite avec le contrat de bail, mais aussi avec le contrat de louage de services ou d'industrie : Recueil des lois et des arrêts, vol. 77, Sirey, 1898, V° « Tacite reconduction », p. 142, qui renvoie à « Bail (en général) » et « Téléphones ». Adde BENABENT A., « La prolongation du contrat », RDC, 2004, n° 1, p. 117 : « *la tacite reconduction, la vraie, la seule, celle de l'article 1738 du Code civil* ».

¹¹⁵¹ V° « Reconducere », in GAFFIOT F., *Dictionnaire de français latin*, Hachette, 1934, p. 1321.

¹¹⁵² V° « Conducere », in GAFFIOT F., *op. cit.*, p. 381.

¹¹⁵³ Cf. (sur le louage en droit romain) LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, p. 728 et s.

¹¹⁵⁴ AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 287, p. 217 ; GHESTIN J., JAMIN C., BILLAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2^e éd., 1994, n° 225, p. 263 ; LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, p. 394, n° 501 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 9^e éd., 2017, p. 194, n° 322 ; LARROUMET Ch., *Droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat*, Economica, 4^e éd., 1998, p. 177, n° 206 ; DIBAS-FRANCK E., *Le renouvellement du contrat*, th. préc. ; REZGUI M., *La continuation du contrat*, th. Paris XI, 2010 ; DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^e éd., Paris, 2010, p. 218, n° 351 : « la reconduction, i-e la poursuite matérielle du contrat initial sans accord exprès (on parle de tacite reconduction). [...] on peut penser qu'il s'agit d'une règle de droit commun (bien qu'elle soit prévue par un texte spécial : l'article 1738 du Code civil) » ; BISCHOFF J.-M., « La protection des engagements temporaires », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etude de droit privé*, DURAND P. (dir.), LGDJ, 1960, p. 131 ; BENABENT A., « La prolongation du contrat », préc. ; BOYER L., Rép. dr. civ., V° « Contrats et conventions », 1993 (mis à jour en 2015), n° 456 et s. ; (sur la tacite reconduction du contrat domestique) GRYNBAUM L., « Proposition de loi "Chatel" : pour une tacite reconduction éclairée », Communication Commerce électronique n° 2, févr. 2004, comm. 18. ; STOFFEL-MUNCK Ph., « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », Contrat Commerce électronique, n° 3, mars 2005, comm. 45 ; du même auteur, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chate », JCP 2005. I. 129 ; CLARET G., La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JCP 2005. I. 140. . Cf. ég. Com. 6 juill. 1976, Bull. civ. IV n° 231, p. 199, pourvoi n° 75-12.982 (« *la tacite reconduction s'applique, même si elle n'est pas expressément prévue, aux contrats à exécution successive* »).

d'autres contrats que le louage, ce qui signe un élargissement de la compréhension de la notion par la doctrine, considérant la reconduction comme un mécanisme général susceptible d'intervenir à la suite de tout contrat à durée déterminée¹¹⁵⁵. Ainsi, le mécanisme s'est émancipé du seul champ de l'article (ancien) 1738 du Code civil¹¹⁵⁶. L'institution a notamment connu un essor avec le développement des contrats-type et d'adhésion. C'est ainsi que, par exemple, le mandat immobilier figure aujourd'hui parmi les contrats particulièrement concernés, comme le sont également les contrats d'abonnement téléphonique et autres contrats de louage de service.

De plus, cette conception extensive, ayant donné lieu à l'emploi moderne de l'expression, permet également de contester la confusion entre le mécanisme que décrit la tacite reconduction et la convention qui en est le résultat¹¹⁵⁷. En effet, lorsqu'on parle aujourd'hui de la tacite reconduction, est visé l'acte de volonté implicite qui permet à des parties déjà liées par un contrat de former une nouvelle convention à laquelle se soumet la poursuite de leur relation¹¹⁵⁸. La lexicologie juridique décrit la notion comme le « *renouvellement d'un contrat entre les parties à l'arrivée du terme, sans qu'il soit besoin d'un écrit ou de paroles expresses, du seul fait de la poursuite ou du maintien des relations contractuelles*

conclus pour une durée déterminée ») ; Com., 11 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 46, p. 42, pourvoi n° 95-15130, RTD Civ. 1998, p. 150, note BANDRAC M.

¹¹⁵⁵ PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations*, Esmein, 2^e éd., LGDJ, 1952, p. 116 ; LARROUMET Ch. et BROS S., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, 8^e éd., Economica, 2016, p. 177 ; MALAURIE Ph., AYNES L., *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Cujas, 2017, p. 194 ; AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, th. préc., p. 217, HOUIN B., *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973, p. 190.

¹¹⁵⁶ Alors que, par exemple, la reconduction prévue par le droit québécois est toujours attachée au louage, à l'article 1877 du Code civil. Cf. GODIN R. P., « Le bail commercial. Articles 1851 à 1891. Code civil du Québec », in *La réforme du Code civil*, Québec, PUL, 1993 ; Mc MURRAY C., « Le louage : les règles générales applicables à tous les baux », Collection de droit 2003-2004, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais. La règle a néanmoins une portée générale : BERGERON J.-G., *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éd. Sem Inc., 1992, p. 429 ; GAGNON R. P., *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, no 168, p. 123 ; LLUELLES D., « Le renouvellement unilatéral et automatique, fondés sur une clause du contrat », in *Revue du Barreau*, t. 64, 2, 2004, p. 151, et du même auteur, *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999, p. 125.

¹¹⁵⁷ Héritage latiniste que l'on retrouve dans les thèses de Marcel Paget et Georges Thomas : PAGET M., *De la tacite reconduction*, th. Paris, 1926 ; et THOMAS G., th. préc.

¹¹⁵⁸ On comprend ainsi la confusion qui a pu être opérée en raison du latinisme duquel est issu le mot « reconduction » et qui désignait la « relocation ». Toutefois, l'évolution de la langue amène aujourd'hui à utiliser l'expression tacite reconduction pour désigner le mode par lequel une relation contractuelle se poursuit après son extinction. Les clauses qui y font référence le démontrent en énonçant que la convention dans laquelle elles sont inscrites se renouvellera « par tacite reconduction ». Cet emploi se retrouve aussi dans la loi : Rappr. Art. R123-168, A823-18 et R123-38 du C. de comm. : « *renouvelable par tacite reconduction* » et art. A822-32 évoquant la « clause de tacite reconduction ». On relèvera que, néanmoins, déjà en 1911 un auteur utilisait l'expression dans sa forme la plus moderne : « *le contrat se continue par tacite reconduction toutes les fois que le terme extinctif étant arrivé, les deux contractants ont continué à agir comme si le contrat existait encore* », in DEMOGUE R., note sous Besançon, 28 oct. 1908 ; Riom, 6 mars 1909, S. 1911, 2, p. 129.

préexistantes »¹¹⁵⁹. Cette définition plus récente se présente comme une exception au principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation en droit français¹¹⁶⁰. En effet, dans le silence des parties, leur comportement ainsi que l'existence antérieure d'un contrat permettent de donner à ce silence valeur d'acceptation pour la formation d'un nouvel engagement¹¹⁶¹. Le précédent contractuel donne lieu à un silence circonstancié. La reconduction transparaît donc davantage au travers d'un mode de formation du contrat - et plus précisément d'un mode d'expression du consentement lorsque cette reconduction est dite tacite ou expresse. Mais, surtout, on remarque dans la définition précitée que si la doctrine du début du XX^e siècle a désigné la notion par l'emploi du vocable « prorogation »¹¹⁶², elle s'est ensuite définie par le recours à une autre institution qu'est le « renouvellement » - ce qui est déjà révélateur des difficultés de définition.

b) L'approche difficile des notions mobilisées par la relation nouvelle

241.- Difficultés sémantiques. Il apparaît de façon générale que la terminologie s'appliquant à la situation dans laquelle les parties poursuivent leur relation après l'intervention du terme extinctif est construite autour de synonymes, lesquels se renvoient parfois les uns aux autres, si bien qu'il peut sembler ardu de saisir les nuances entre les diverses notions invoquées pour des situations comparables. « Prorogation », « prolongation », « reconduction », « renouvellement », « continuation », sont autant de mots correspondant à une idée commune, générant nécessairement « *un certain désordre* »¹¹⁶³ dans le lexique juridique, mais également dans les significations techniques auxquelles ils se rattachent.

¹¹⁵⁹ Définition donnée avant la réforme du 10 février 2016, in GUINCHARD S. et DEBARD Th. (dir.), *Lexique juridique Dalloz*, 2011, V^o « Reconduction » (pour comparaison avec la définition après la réforme, cf. *infra* n^o 261). Cf. ég. DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^{ème} éd., Paris, 2010, p. 218, n^o 351 : « la reconduction, *i-e la poursuite matérielle du contrat initial sans accord exprès (on parle de tacite reconduction). [...] on peut penser qu'il s'agit d'une règle de droit commun (bien qu'elle soit prévue par un texte spécial : l'article 1738 du Code civil). La tacite reconduction n'entraîne pas la prorogation du contrat initial, mais donne naissance à un nouveau contrat* ».

¹¹⁶⁰ Ce fondement est néanmoins critiqué : v. REZGUI M., *La continuation du contrat*, th. préc., p. 24 et s. Adde LITTMAN M.-J., *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, not. P. 456 et s.

¹¹⁶¹ Rappr. art. L. 112-2 al. 5 du C. des ass. : « *est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue* » (v. à ce sujet Civ. 2^e, 5 juill. 2006, Bull. civ. II, n^o 181, pourvoi n^o 05-14.280, RCA 2006, n^o 280, note GROUDEL ; RGDA 2006. 921, note ABRAVANEL-JOLLY). Un auteur estime de plus que la volonté extériorisée du professionnel doit être interprétée de manière sévère puisque selon lui « *l'assureur ne doit pas seulement répondre, mais refuser expressément, pour que la proposition de l'assuré ne prenne pas effet à l'issue du délai* », in TAFANELLI O., *Le temps et le contrat d'assurance*, th. Nice, 2002, n^o 231 (alors que par ailleurs la jurisprudence a déjà déduit le refus de la part du professionnel ayant répondu qu'il ne pouvait accepter avant une étude du dossier du souscripteur : Civ. 1^{ère}, 4 mars 1957, RGAT 1957. 152). Adde art. L. 311-1-1-I du CMF et L. 145-10 al. 4 du C. de com. Rappr. ég. art. L. 622-13 du C. de com. selon lequel le contrat en cours est résilié de plein droit après une mise en demeure de prendre parti sur la **poursuite** du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Le juge-commissaire a néanmoins le pouvoir de **prolonger** le délai imparti.

¹¹⁶² THOMAS G., th. Préc.

¹¹⁶³ REZGUI M., th. préc., p. 10, n^o 11.

Le doute est permis sur l'opportunité d'emploi des termes cités et la loi elle-même, pas plus que la doctrine, n'a semblé se repérer dans le dédale sémantique imposé par le jeu des synonymes.

242.- Doutes notionnels. En effet, il est depuis longtemps admis que « *la tacite reconduction est un nouveau bail et non la continuation de l'ancien* »¹¹⁶⁴. Pothier notamment consacra des développements à la tacite reconduction, encore vue comme un type d'acte, en affirmant qu'elle « *est un contrat de louage d'une chose ; contrat qu'on présume être tacitement intervenu entre le locateur et le conducteur, lorsqu'après l'expiration du temps d'un précédent bail, le conducteur a continué de jouir de la chose, et que le locateur l'a souffert. Cette reconduction n'est donc point le précédent bail qui continue, mais un nouveau bail formé par une nouvelle convention tacite des parties, lequel succède au précédent* »¹¹⁶⁵. « *La tacite reconduction est fondée sur une présomption de droit* » ; présomption déjà instituée par la coutume¹¹⁶⁶. Pour Demogue, au contraire, « *personne n'indique l'intérêt pratique qu'il y a à envisager un nouveau bail et non une continuation de l'ancien. Les solutions données pourraient tout aussi bien faire envisager la renonciation à un terme extinctif pour modifier la durée du bail* »¹¹⁶⁷.

C'est toutefois l'ancien article 1738 du Code civil qui imposait la formation d'un nouveau bail et non la continuation de l'ancien : « *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* ». Alors que la jurisprudence applique de façon acquise cette conception de la reconduction¹¹⁶⁸, l'ancien article 1740 du Code civil laissait hésiter sur la nature véritable du lien de droit qui succède à l'extinction du contrat primitif lorsqu'il prévoyait que « *dans le cas des deux articles précédents, la caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation* »¹¹⁶⁹. La loi évoque donc la « prolongation »¹¹⁷⁰ au sujet de la reconduction, ce qui conduirait à penser que la reconduction est un mode de « prorogation » du contrat. Or, la reconduction est censée opérer un

¹¹⁶⁴ THOMAS G., th. préc., p. 23; DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, op. cit.*, p. 218, n° 351. V. Civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, pourvoi n° 02-21.366, D. 2006. 587 ; LITTY O., th. préc., p.399, n° 505.

¹¹⁶⁵ POTHIER R.-J., *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 3, Cosse - Delamotte - Videcoq, p. 342. Rapp. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, p. 1136, n° 1084.

¹¹⁶⁶ Cf. *supra* n° 18.

¹¹⁶⁷ DEMOGUE R., sous Besançon préc. : « *la tacite reconduction n'est pas un nouveau contrat, mais le fait de reporter à une date ultérieure le terme primitif. C'est une simple modification de la convention* ». Rapp. MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil, Les obligations, Les sources*, t. 1, Sirey, 2^e éd., 1988, p. 97, n° 103. *Contra* PAGET M., *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁶⁸ Com., 6 mai 1953, n° 7240, Bull. civ. III, n° 160 ; Soc. 27 avr. 1964, D. 1965, jur. P213, note ROUAST A.

¹¹⁶⁹ Ce flou terminologique est également observable en droit suisse dans lequel l'art. 266, al. 2. CO suisse prévoit la « prolongation » du bail, alors que par ailleurs, on vise le même article pour évoquer le « renouvellement du bail » (cf. PICHONNAZ P. et WERRO F., *La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats*, Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, 2015, p. 52, où l'on parle également de « prolongation » ou « prorogation » à la p. 51).

¹¹⁷⁰ Dictionnaire XL Littré en ligne, V° « Prolongation » : Action de prolonger, d'accorder un surcroît de temps, de durée ; le résultat de cette action. *Ibid.*, « Prolonger » : Faire durer plus longtemps.

relai entre un premier contrat dont la durée est écoulee et un second dont la durée s'ouvre, tandis que la prolongation quant à elle laisse entendre une extension de la durée du premier contrat, par renonciation au terme comme le suggérait René Demogue¹¹⁷¹. Cette association entre « prolongation » et « reconduction » était donc contre-intuitive, d'autant que, précisément, la continuation du contrat en cours proroge les garanties, contrairement à la reconduction¹¹⁷². Le champ lexical apparaît en l'occurrence antinomique et sème en conséquence un trouble notionnel¹¹⁷³. Se pose donc nécessairement la question de la nature du lien qui subsiste entre les parties lorsqu'est évoquée la « prolongation ». Un auteur s'interroge ainsi : « *il est vrai qu'en matière sportive, il n'y a pas de doute : les prolongations du match, c'est encore le match ! Or, à l'égard du contrat, c'est précisément là la question : la prolongation du contrat, est-ce toujours le même contrat ?* »¹¹⁷⁴. De plus, le terme « reconduction » n'était pas employé par le Code civil de 1804¹¹⁷⁵, à l'inverse de celui de « prolongation ».

c) *Le hiatus entre l'usage des mots et le sens technique des notions*

243. Des notions différentes malgré les confusions terminologiques. Malgré les errances lexicales, il semble que les juges soient depuis longtemps capables de discerner avec une vraie conscience conceptuelle la différence entre prorogation et renouvellement. Certains auteurs commercialistes font ainsi très nettement la différence entre le sens des deux termes et s'attachent à en distinguer les définitions, prenant la précaution de préciser qu' « *il y a prorogation lorsque, par l'accord des parties,*

¹¹⁷¹ Cf. *loc. cit.*, n° 1150.

¹¹⁷² Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.433, AJDI 2010. 376, obs. LA VAISSIERE F. de ; Gaz. Pal. 6 mai 2010, n° 126, obs. DUMONT-LEFRAND M.-P.; RDC 2010. 1325, obs. GRIMALDI C. ; Com. 16 mai 2007, inédit, pourvoi n° 05-10.028. *Adde* ROUQUET Y., « Cautionnement sans indication de durée et renouvellement du bail », AJDI 2005. 908 ; PENIN O., « Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction », RTD civ. 2015. 45.

¹¹⁷³ V° « Reconduction » : « **continuation d'un contrat** (de bail, de travail, de prêt...) à durée déterminée au-delà de sa durée initialement convenue et aux conditions originaires, en vertu de l'accord explicite ou, le plus souvent implicite des parties », in CORNU G., *Vocabulaire de l'association Henri Capitant*, PUF, 7^e éd., 2005. Alors que par ailleurs « la tacite reconduction crée un bail nouveau, aux mêmes conditions que le bail initial », in *Le Lamy Droit Immobilier*, 2016, n° 5636..

¹¹⁷⁴ BENABENT A., « La prolongation du contrat », RDC, 2004, n° 1, p. 117, faisant observer également les difficultés terminologiques posées par les mécanismes liés à la prolongation du contrat : « le terme le plus souvent employé est celui de "tacite reconduction". Et cette expression est en elle-même porteuse d'équivoque. D'abord, parce que le terme "reconduction" est ambigu : il évoque beaucoup moins le remplacement du premier contrat par un nouveau contrat identique que l'idée que la même situation se prolonge. La preuve est qu'on lit souvent dans les meilleurs ouvrages l'expression "se poursuit par tacite reconduction" qui est une expression techniquement fautive, puisque ce n'est pas le contrat initial qui se poursuit mais un nouveau qui vient prendre sa suite ». Par exemple, on peut lire la définition suivante de la tacite reconduction : « fautive par l'une des parties de déclarer expressément qu'elle n'entend pas continuer le contrat après son expiration, celui-ci sera reconduit, c'est-à-dire prolongé pour une nouvelle période », in STARCK B., ROLAND H., BOYER H., *Obligations, Contrats*, Litec, 4^e éd., 1993, n° 148.

¹¹⁷⁵ BENABENT A., art. préc.

*le bail arrivé à son terme se poursuit aux mêmes clauses et conditions. Il y a renouvellement lorsqu'un nouveau bail est conclu »*¹¹⁷⁶. D'où viennent alors les doutes sémantiques observables aussi bien dans la littérature doctrinale que dans les textes et la jurisprudence ?

Il apparaît que le mot « prolongation » participe clairement à la confusion entre les notions. Les termes de « prorogation » et « prolongation », employés comme synonymes du renouvellement ou reconduction, ne sont pas adaptés à la qualification de la relation *inter partes* qui se poursuit après l'extinction du contrat en vertu d'un acte nouveau. Ils induisent en erreur sur la compréhension de la situation juridique née de la reconduction alors que, par ailleurs, ils traduisent fidèlement celle née du report du terme extinctif. Des essais de définitions ont permis de clarifier la distinction à apporter entre la prorogation et la prolongation, mais ils sont troublés par l'emploi indifférent des termes dans les textes légaux et réglementaires.

244.- Un emploi souvent indifférencié. En effet, le vocable « *prorogation* » a été désigné comme l'action qui « *s'opère pour offrir aux parties une durée supplémentaire nécessaire à l'accomplissement d'un acte* », indiquant que « *c'est le même contrat qui se poursuit* »¹¹⁷⁷. Mais on retrouve encore l'emploi de ce terme dans la loi ou le règlement, pour évoquer la poursuite d'une société¹¹⁷⁸, l'allongement de délais ou d'une procédure¹¹⁷⁹, d'un enregistrement en matière de propriété intellectuelle¹¹⁸⁰, mais encore la poursuite du bail¹¹⁸¹. L'article A. 444-103 du Code de commerce alimente le flou sémantique en associant ensemble « *le renouvellement ou la prorogation du bail* » ; alors même que le texte entend distinguer entre « *le premier bail* » et les actes issues du renouvellement... La conjonction de coordination « ou » trouble en effet la compréhension du lecteur qui ne sait si elle semble indiquer qu'il n'existe aucune différence entre le renouvellement et la prorogation et que l'un peut être employé pour l'autre, ou s'il convient de les discriminer. Et si cette dernière option était retenue, comment distinguer dès lors « *le premier bail* » visé par le texte, puisqu'il

¹¹⁷⁶(Coll.), *Gestion immobilière*, Memento pratique Francis Lefebvre, Levallois, 2014-2015, p. 806, n° 57000.

¹¹⁷⁷ DIBAS-FRANCK E., *Le renouvellement du contrat*, th. préc. p. 9. V. ég. DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^e éd., Paris, 2010, p. 217, n° 351 : « *la modification du terme initialement convenu avant l'échéance du contrat. Il s'agit d'une modification (en cours d'exécution) d'un élément du contrat, en l'occurrence le terme convenu* ». V. ég. Com., 21 févr. 1995, Bull. civ. IV, n° 50, pourvoi n° 93-13.302, D. 1995. 92 ; RJDA 1995. 803 ; CCC 1995. 104 : « *le contrat conclu après l'arrivée du terme légal de dix ans ne constitue pas juridiquement une prorogation* ».

¹¹⁷⁸ Art. 1844-6 et s. du C. civ. Art. L. 123-124, L. 210-6, R.814-122 et s. et R. 822-82 et s. du C. de comm.

¹¹⁷⁹ Art. 772 et 790, 2430 du C. civ. ; Art. L. 143-22, L. 512-5, et A. 444-168, ou L. 621-10 et L. 622-10 (allongement de la période d'observation) du C. de com. ; art. R. 612-5 du C. de la conso ; art. L. 335-10 et s., L. 521-14, L. 614-32 et s., L. 623-40 du CPI. Art. 826-12, 271, 280, 645, 647, 764, 1370 du CPC (alors que l'art. 450 du CPC évoque la « prorogation » lorsque décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure).

¹¹⁸⁰ Art. R. 513-1 du CPI.

¹¹⁸¹ Art. A. 444-103 du C. de com. : « *le renouvellement ou la prorogation du bail* ».

s'agirait du même contrat par l'effet de la prorogation ; sauf à considérer qu'il convient d'appliquer un calcul sur la période de durée initialement prévue et un autre taux pour la période qui s'étend du début de la prorogation à sa fin. Si on comprenait en revanche la formulation choisie par le rédacteur comme indiquant une alternative sémantique, c'est-à-dire comprendre la prorogation comme un synonyme du renouvellement, la redondance est critiquable en ce qu'elle parasite le sens de la règle et n'amène rien d'autre qu'une ambiguïté néfaste. Or, il semble bien que tel soit le cas : le législateur confond la prorogation et le renouvellement, puisqu'il donne à ces deux notions l'effet commun de distinguer entre les baux qui se succèdent dans le temps.

Tel est encore le cas de l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime disposant que le bail emphytéotique « *ne peut se **prolonger par tacite reconduction*** », ou de l'article L. 224-70 du Code de la consommation, dans lequel on peut lire que « *la détermination de la durée minimale tient compte de toute clause contractuelle de **reconduction ou de prorogation tacite** les portant à une durée supérieure à un an* ». Ici, le législateur ne parle pas de « reconduction tacite », il évoque uniquement la reconduction de manière générale (compte tenu du singulier employé avec le terme « tacite ») mais parle en revanche de « *prorogation* » spécifiquement « *tacite* ». Faut-il dès lors en conclure qu'une prorogation expresse est exclue du champ d'application du texte ? Il semble permis de ne pas croire en cette hypothèse tant elle irait à l'encontre de l'esprit de la loi.

Au surplus, le terme « prorogation » se rapproche dans sa définition très fortement de ce que peut être la « *prolongation* » qui souffre de la même polyvalence dans son interprétation et d'un flou quant à sa compréhension juridique, au point qu'on a pu remarquer que « *le terme est plus usuel dans les rubriques sportives que dans les ouvrages juridiques où il est absent des indexes de tous les manuels de droit des contrats* »¹¹⁸². On trouve effectivement plus difficilement une définition juridique de la « prolongation » que de la « prorogation ». En revanche, les occurrences sont nombreuses dans les différents textes légaux et réglementaires, et convergent notamment vers un autre sens (à l'exception de dispositions relatives au louage¹¹⁸³) : la prolongation se définit alors comme l'allongement d'un délai accordé par la loi ou le juge ou d'une mesure prononcée par ce dernier¹¹⁸⁴. Mais par ailleurs, la prolongation se substitue, elle aussi, parfois au terme « *tacite reconduction* » : les articles L. 145-9 et

¹¹⁸² BENABENT A., « La prolongation du contrat », art. préc.

¹¹⁸³ Cf. art. 1740 du C. civ. V. ég. L. 145-8, L. 145-10 et L. 145-12 du C. de com. dans le même sens, à savoir la *prolongation* du bail. Les art. L. 145-9 et L. 145-34 du C. de com. V. ég., l'art. R. 811-28-4 et R. 812-18-4 du C. de com. prévoyant la *prolongation* du stage d'administrateur judiciaire sur décision la Commission nationale d'inscription. Art. L. 481-3 *ibid* sur la *prolongation* des effets du préjudice né d'une pratique anticoncurrentielle. *Adde* Art. L. 823-3-1 et R. 823-6-1 sur la « prolongation » du mandat du commissaire aux comptes.

¹¹⁸⁴ Art. 220-1 du C. civ., L. 223-14, L. 225-100, L. 223-26, L. 622-13, L. 641-11-1, R. 743-60-1, L. 321-22 (Autorité de régulation), R. 621-9, R. 641-21, L. 145-8, R. 622-13, R. 228-23, et L. 232-13 du C. de com. *Adde* art. L. 742-26, L. 221-20, L512-38 du C. de la conso. Art. 1066, 1594-0 G, du CGI et 94 du CGI, annexes 2. Art. L. 181 du C. des proc. fisc.

L. 145-34 du Code de commerce usent de l'expression « *tacite prolongation* » au sujet du « *renouvellement* » du bail commercial.

245.- Éliminer l'idée de « prolongation ». Le mot « prolongation » ne peut donc servir de référence terminologique désignant les effets de la reconduction ou du renouvellement, en ce qu'il est trop proche du sens de la « prorogation », et participe ainsi de la difficulté posée par le sujet¹¹⁸⁵.

De plus, la « prolongation » fait facilement référence à la matière processuelle dans un sens déterminé. Néanmoins, alors que la prolongation fait souvent allusion, on l'a vu, à l'allongement des délais par le juge, la « prorogation » est quant à elle employée en procédure civile, visant également les délais, mais définissant encore ce qu'est la prorogation de juridiction, c'est-à-dire « *lorsqu'un procès est porté devant une juridiction qui ne devrait normalement pas en connaître, au point de vue de la compétence d'attribution ou de la compétence territoriale, soit à la suite d'une clause attributive de compétence, soit du fait que l'exception d'incompétence n'est pas invoquée en temps utile* »¹¹⁸⁶. Il conviendrait, dans l'idéal, de réserver la « prolongation » et la « prorogation » à la matière processuelle afin d'éclaircir le champ lexical en droit des contrats. La « prorogation » pourrait à ce titre être remplacée par un terme neutre tel que « continuation »¹¹⁸⁷, mettant plus en avant l'aspect relationnel du rapport poursuivi.

Le besoin de clarification sémantique des notions fondant le régime de la stabilisation des contrats à durée déterminée n'appelle donc pas uniquement la nécessité de s'entendre sur les mots. Il répond aussi à l'impératif de dissiper les malentendus sur les conséquences juridiques de la qualification retenue, sans quoi le chaos terminologique laisse persister des approximations notionnelles.

B- L'INTÉRÊT DE LA DISTINCTION

246.- L'enjeu recherché dans les textes. René Demogue ne croyait pas en l'intérêt d'une distinction entre les modes de stabilisation du contrat à durée déterminée¹¹⁸⁸. Démontrer l'utilité technique de la discrimination des différentes notions soutenant la continuation du contrat peut pourtant s'avérer déterminant dans l'évaluation des droits et obligations qui survivent en jeu du terme extinctif, mais aussi

¹¹⁸⁵ BENABENT A., « La prolongation du contrat », art. préc. : « *ce mot de "prolongation", à la fois évocateur sur le plan concret et polyvalent sur le terrain juridique : choix délibéré pour ensermer la diversité des techniques parvenant à une même fin, occasion peut-être de s'interroger sur le bien-fondé de cette diversité* ».

¹¹⁸⁶ DEBARD Th. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2011, V° « Prorogation de juridiction », p. 649. V. art. L. 662-2 du C. de com.

¹¹⁸⁷ Cf. REZGUI M., th. préc. (cet auteur préconise pour sa part l'emploi du terme « continuation » pour l'ensemble des mécanismes, ce qui ne sert pas la clarification sémantique du régime de la durée du contrat). Cf. *infra* n° 259 (nbp).

¹¹⁸⁸ Cf. *supra* n° 242.

à la validité même de la nouvelle situation contractuelle. D'ailleurs, l'intérêt de la différenciation rigoureuse entre les institutions était déjà apparent dans le Code napoléonien (**a. L'intérêt déjà apparent dans le Code civil de 1804**), tandis que la jurisprudence a permis de montrer l'enjeu de la distinction (**b. L'enjeu de la distinction lisible dans la jurisprudence**). L'étude des normes extérieures au Code civil finit d'en révéler la portée (**c. La portée de la distinction mesurée en dehors du Code civil**).

a) *L'intérêt déjà apparent dans le Code civil de 1804*

247.- Le louage, à la source de la distinction entre prorogation et reconduction. Le choix de ne pas proroger le contrat en cours et de lui faire succéder un acte nouveau résulte de l'article 1738 (ancien) du Code civil relatif au bail. Plusieurs conséquences en sont ressorties. Le texte prévoyait en effet un changement de régime légal puisqu'il disposait que la reconduction, **faisant suite à un bail écrit**, donne naissance à un nouveau bail régi par les textes applicables **aux locations faites sans écrit**¹¹⁸⁹. Ce changement de régime impacte la possibilité de donner congé, conformément au texte qui prévoit que « *si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux* », contrairement aux baux écrits qui cessent « *de plein droit à l'expiration du terme fixé sans qu'il soit nécessaire de donner congé* »¹¹⁹⁰. De plus, l'article 1740 impose de libérer la caution à l'arrivée du terme du bail initial. Le choix de faire naître un nouveau contrat tient donc à deux conséquences importantes tenant non seulement à la détermination de la durée de la nouvelle période d'engagement¹¹⁹¹, mais aussi à la durée de certains contrats accessoires de l'acte primitif, tels que le cautionnement¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ « *S'il arrivait que le preneur ne sortît pas, et que le bailleur négligeât de l'expulser, alors supposerait à tous deux l'intention de continuer la location, et il s'opérerait de droit entre eux un nouvel engagement entièrement conforme au premier quant aux conditions, mais sans terme comme sans écrit, et sans que les hypothèques et les cautions, s'il y en a, continuent* », employant à ce titre l'expression « *tacite reconduction* », in (exposé donné par les jurisconsultes au moment de la rédaction du Code civil) *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, *Discussions, motifs, rapports et discours*, t. 9, Paris, 1827, p. 330.

¹¹⁹⁰ Art. 1737 du C. civ.

¹¹⁹¹ La jurisprudence a permis récemment de mettre en valeur un autre intérêt résidant en l'appréciation du droit d'accession. En effet, l'article 555 du Code civil prévoit que lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever. La Cour de cassation a donné une illustration de l'application de l'article 555 en présence d'un bail reconduit en matière de fermage. Elle a ainsi censuré la décision d'une cour d'appel qui avait écarté la portée du texte en estimant que le bailleur laisse au locataire, pendant la durée du bail, la propriété des ouvrages et plantations qu'il a régulièrement élevés, l'article 555 précité n'ayant vocation à régler leur sort qu'à l'expiration du bail. Les Hauts magistrats ont cassé la décision des juges du fond et énoncé qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les plantations n'étaient pas intervenues avant le renouvellement des baux, de sorte qu'elles seraient devenues la propriété du bailleur lors de ce renouvellement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Cf. Civ. 3^e, 23 nov. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-16.815.

¹¹⁹² L'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* ». ANDRÉ M.-E. ANDRÉ, « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. 2, 1992 ; Com. 13 mars 1990, inédit,

248.- L'élément de durée immunisé contre la reconduction légale. Certains ont pu trouver curieux que le législateur choisisse de reconduire l'ensemble des conditions du contrat primitif à l'exception de la durée, relevant que la durée est elle-même une condition contenue dans l'acte antérieur¹¹⁹³. Pourquoi un traitement spécial lui est-il réservé ? Ce parti peut se justifier dans la volonté de ne pas enfermer les contractants dans un nouvelle période d'engagement dont il serait difficile de sortir. Le caractère tacite de la réitération tend à soutenir cette solution, faisant du consentement implicite une volonté qu'il faut interpréter avec précaution. En effet, le silence circonstancié est saisi par le droit avec une certaine prudence, conférant à l'engagement moins de portée que s'il avait été exprès¹¹⁹⁴. Une sorte de doute irréductible subsiste dans la compréhension de l'intention des parties. Si sur la substance de l'engagement, le contrat éclaire la volonté, conduisant ainsi à reproduire les conditions primitivement convenues, la durée pour laquelle les contractants entendent maintenir leur relation est sujette à plus d'hésitations. Une sorte de précarité s'échappe de la situation postcontractuelle et elle s'explique par le fait que la poursuite de l'exécution est entachée d'une certaine manière par l'effet extinctif du terme. Sont ainsi confrontés deux éléments :

D'une part, les parties donnent l'apparence de vouloir poursuivre leur relation et cela est déduit de leur comportement postcontractuel. En l'absence de dénonciation du contrat, le rapport obligatoire se renouvelle aux modalités antérieurement exprimées.

D'autre part, les parties n'avaient initialement consenti à s'engager que pour un temps. C'est ce qui ressort du contrat à durée déterminée. L'existence et l'arrivée d'un terme signent donc une intention initiale d'être libérées à l'expiration du contrat.

C'est sans doute un mélange de ces deux situations qui inspire la durée indéterminée de la relation née postérieurement à l'extinction. Alors qu'une certaine cohérence technique pourrait être vue dans le fait de répliquer le contrat, y compris dans sa durée, c'est finalement un impératif de prudence qui se dégage de l'ambiguïté entretenue par le caractère tacite de l'engagement. En effet, l'hésitation naît de l'écart entre l'intention déclarée des parties de s'engager pour une durée déterminée, et leur attitude consistant à poursuivre la relation nonobstant la fin du contrat¹¹⁹⁵. L'engagement relatif à la durée est

pourvoi n° 88-18.246, RTD civ. 1990. 464, obs. MESTRE J. ; 11 févr. 1997, D. 1998. 552, note BOCCARA D. ; Civ. 1^{ère}, 4 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 234, p. 154, pourvoi n° 97-21.356 ; BANDRAC M., « [Cautionnement. Prorogation tacite d'une ouverture de crédit. Incidence sur l'engagement de la caution](#) », RTD civ. 1998. 150 ; LA VAISSIERE (de) F., « Durée d'engagement de la caution », AJDI 2010. 376 ; Centre de recherche de droit privé de Nancy II, « Portée du cautionnement lorsque la caution s'engage jusqu'à l'extinction des obligations du locataire », D. 2002. 1723.

¹¹⁹³ V. sur ce point l'exposé fait par LITTY O., th. préc., p. 401, n° 507 et s.

¹¹⁹⁴ Ce qui finalement réfute l'idée selon laquelle la volonté tacite et la volonté exprimée ont une force d'engagement identique et ne se différencient que par leur évidence et donc par la preuve qui peut en être faite (*in* THOMAS G., th. préc., p. 8).

¹¹⁹⁵ LITTMAN M.-J., *Le silence et la formation du contrat*, th. préc., p. 506 : « *c'est parce que les auteurs comme les magistrats ont conscience que cette volonté, prétendument tacite, est douteuse, ce qui contraindrait ceux-ci à rester liés, sans recours, jusqu'à la survenance du terme déterminé* ».

donc équivoque. C'est ce qui permet de soutenir la règle choisie par le législateur. La possibilité de lever le doute sur le contenu de l'exécution impose de reconduire les conditions antérieures, tandis que la difficulté de lever le doute sur la durée de l'engagement impose de permettre aux parties de sortir de la relation quand bon leur semble, une fois intervenu le terme qu'elles avaient elles-mêmes choisi.

b) L'enjeu de la distinction lisible dans la jurisprudence

249.- Une jurisprudence constante. La jurisprudence s'est toujours montrée constante sur l'interprétation du mécanisme de la reconduction, retenant qu'un nouveau bail se forme à la suite du premier. Elle a ainsi affirmé que la force obligatoire de la relation maintenue après le terme est empruntée « *non au contrat d'origine dont la durée est limitée, mais à l'accord tacite en vertu duquel les effets du contrat sont prorogés* »¹¹⁹⁶. Pourtant, une certaine équivocité ressort de cette énonciation. En effet, on observe dans l'arrêt cité l'emploi indifférent des termes « reconduction » et « proroger », alors même que les Hauts magistrats entendent affirmer le principe selon lequel la reconduction fait naître un nouveau contrat. Mais la Cour de cassation est néanmoins venue clarifier sa formule, affirmant depuis que « *la tacite reconduction n'entraîne pas de prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* »¹¹⁹⁷.

250.- L'enjeu déterminant de la distinction. La subtilité a son importance pour les parties, notamment lorsque la durée du contrat est enfermée dans une limite légale. Tel est le cas des accords soumis à l'article L. 133-1 du Code de commerce, disposant qu' « *est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur* ». L'application de ce texte a mené la jurisprudence à rappeler, d'une part, que « *le contrat conclu à l'arrivée du terme légal de dix*

¹¹⁹⁶ Civ., 26 nov. 1929, D. H. 1930, 2, p. 52 ; Civ. 28 juill. 1941, RGAT, 1941, p. 610 ; Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1983, Bull. civ., I, n° 21, p. 19, pourvoi n° 81-14.860. V. ég. en matière d'assurance : [Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1969, pourvoi n° 67-14.297](#), RGAT 1970, p. 35, JCP G 1970, II, n° 16205, note BESSON A. ; [Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1980, Bull. Civ. I, n° 221, pourvoi n° 79-13.228](#), RGAT 1981, p. 366 ; Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 6, pourvoi n° 82-15.477, RTD civ. 1985, p. 157, obs. MESTRE J. ; STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Les obligations*, 2, *Contrat*, 4^e éd., Litec, 1993, p. 59, n° 151.

¹¹⁹⁷ Com., 13 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 77, p. 52, pourvoi n° 88-18.251, RTD civ., 1990, p. 464, note MESTRE J. : la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif mais donne naissance à un nouveau contrat. Doit dès lors être censuré l'arrêt qui déboute un assuré de la demande d'indemnisation qu'il avait formée auprès de ses assureurs, au motif qu'antérieurement à la période de tacite reconduction au cours de laquelle s'est produit le sinistre, il a commis une infraction aux clauses de la police d'assurance en ne déclarant pas la totalité de ses expéditions.

*ans ne constitue pas juridiquement la prorogation du premier contrat »¹¹⁹⁸, et, d'autre part, à l'occasion d'un autre litige, que « le contrat, dès lors qu'il est arrivé à expiration, peut être renouvelé par accord des parties, pour une nouvelle période maximale de dix ans, renouvelable »¹¹⁹⁹. Les mots ont donc leur poids puisque les contractants ayant par exemple rédigé une clause prévoyant que « le présent contrat sera tacitement **prorogé** à l'issue du terme convenu » s'exposeraient à la sanction du juge, et la stipulation risquerait ainsi d'être écartée (en ce qu'elle cherche à instaurer une prorogation prohibée). En revanche, une clause de **renouvellement** mettrait en principe le contrat à l'abri de l'interdiction de l'article L. 133-1.*

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit du droit au renouvellement du bail commercial, alors même que ce droit est d'ordre public, ne laissant donc pas aux parties la possibilité d'y déroger, la jurisprudence reconnaît à celles-ci la liberté de prévoir que l'expiration du bail donnera lieu à une « prorogation » et non à un renouvellement¹²⁰⁰. Il leur est même possible de convenir que la révision du loyer interviendra à compter d'une date qui ne coïncide pas avec celle de la prise d'effet conventionnelle¹²⁰¹. La prorogation n'est donc pas contraire aux dispositions de l'article L. 145-14 du Code de commerce. La finalité poursuivie par le texte est effectivement identique à celle poursuivie par une prorogation. La différence technique entre les deux mécanismes n'a d'égal, en l'occurrence, que leur communauté d'intérêt : la recherche de stabilité. C'est ce qui justifie la décision des juges. L'utilité de la distinction n'en est pas moins capitale en ce que les deux techniques n'entraînent pas les mêmes conséquences sur la durée de la nouvelle période d'engagement.

251.- La portée technique des mots. En effet, dans l'arrêt précité, les parties avaient fait le choix de proroger le bail commercial par plusieurs avenants. Ainsi, le bail initialement prévu pour la durée légale de neuf mois, a été prorogé pour une durée de six années, puis à nouveau prorogé pour quatre années. À l'approche de l'échéance, la bailleuse donnait congé à son locataire. Ce dernier se prévalait devant

¹¹⁹⁸ Com., 21 févr. 1995, Bull. civ. IV, n° 50, pourvoi n° 93-13.302, D. 1995. 92 ; RJDA 1995. 803 ; CCC 1995. 104 : une cour d'appel déduit à bon droit que deux contractants peuvent, sans contrevenir à la loi du 14 octobre 1943, conclure en 1984 un contrat contenant une clause d'exclusivité après avoir relevé que si pendant 10 ans elles ont été liées par une telle clause et si au terme de ces 10 ans soit en 1978 elles ont continué à respecter l'exclusivité alors qu'elles n'y étaient plus obligées, le contrat passé en 1984 ne constituait pas juridiquement la prorogation de celui de 1968.

¹¹⁹⁹ Com., 11 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 135, pourvoi n° 79-12.532. Rapp. Com., 30 mars, 1981, Bull. civ., IV, n° 166, pourvoi n° 80-10.357: une Cour d'appel, saisie de la validité d'une convention d'exclusivité de fourniture de carburant conclue moins de dix ans après la conclusion d'un premier contrat de même type intervenu entre les parties, ne méconnaît pas les dispositions de l'article 2 de la loi du 14 octobre 1943 en refusant de déclarer caduque cette nouvelle convention à la date légale d'expiration de la première dès lors qu'elle a constaté l'absence de fraude et le fait que pendant une certaine période les parties avaient été délivrées de toute obligation d'exclusivité.

¹²⁰⁰ Civ. 3^e, 26 oct. 1977, Bull. civ. III, n° 358, pourvoi n° 76-11.561: les parties à un bail commercial sont libres de convenir que le bail, à son expiration, sera prorogé plutôt que renouvelé..

¹²⁰¹ Com., 30 mars, 1981, préc.

la Cour de cassation de la protection légale en affirmant que la durée de la prorogation était contraire au régime d'ordre public imposé par le Code de commerce, lequel dispose du droit au renouvellement pour une durée de neuf années. Ainsi, selon le demandeur, la loi proscrivait toute convention portant sur une durée moindre : il soutenait donc que l'avenant de prorogation devait être requalifié en renouvellement pour une nouvelle période de neuf ans. Le pourvoi était rejeté, en présence d'une intention claire et univoque des parties de « proroger » et non de « renouveler » leur contrat. La Chambre civile rappelait ainsi que les parties sont « *maîtresses de leurs droits et libres de convenir d'une prorogation plutôt que d'un renouvellement* ».

Un autre enjeu pratique déterminant à la distinction qu'il convient de faire réside dans l'identification de la loi applicable. En effet, si le même contrat continue de courir, la date de sa formation ne change pas. Il est donc, sauf dispositions légales contraires, soumis à la loi applicable au jour de sa conclusion. Si en revanche un nouveau contrat se forme à la suite du premier, la date de sa conclusion est susceptible de soumettre les parties à de nouvelles dispositions du droit positif, lesquelles sont intervenues entre-temps.

En définitive, on observe que si l'intérêt de la distinction entre les modes de stabilisation de la relation était déjà apparent dans le texte source, sa portée se mesure mieux à partir des normes extérieures au Code civil.

c) La portée de la distinction mesurée en dehors du Code civil

252.- Le terme « reconduction » hors le Code civil. L'usage du mot reconduction est familier au Code de commerce¹²⁰² et au Code de la consommation dans lequel on ne trouve pas moins de quinze occurrences (le Chapitre V du Titre 1^{er} du Livre II est entièrement consacré à la « Reconduction des contrats de prestation de service »). L'élément de durée y paraît capital. Par exemple, l'article R-111-1 du Code de la consommation traite ensemble « *contrat[s] à durée indéterminée ou à tacite reconduction* » lorsqu'il s'agit de clarifier leurs conditions de résiliation. La reconduction est également un repère temporel dans le crédit renouvelable, selon l'article R. 314-3 du même code¹²⁰³. L'article L.

¹²⁰² Douze occurrences de « prolongation » et « prolonger » : Art. L. 145-3 (où l'on emploie ensemble l'idée de renouvellement et le fait de prolonger : « *Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux baux emphytéotiques, sauf en ce qui concerne la révision du loyer. Toutefois, elles s'appliquent, dans les cas prévus aux articles L. 145-1 et L. 145-2, aux baux passés par les emphytéotes, sous réserve que la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique* »), Art. A823-18, Art. R123-168, Art. R123-38, Art. A. 822-32.

¹²⁰³ 2° En cas d'engagements conditionnels ou de garanties, le montant total du crédit est réputé utilisé en totalité en une fois à celle des dates suivantes qui intervient le plus tôt : ii) en cas de contrat de crédit renouvelable, à la fin de la période initiale préalablement à la reconduction du contrat.

222-3 offre quant à lui une expression très nette des manifestations dans le temps de la reconduction, et impose de distinguer très rigoureusement entre le contrat primitif et le contrat issu de la reconduction, évinçant ainsi le sens littéral d'une prolongation. En effet, l'article dispose que :

« Pour les contrats portant sur des services financiers comportant une première convention de service suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps, les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent qu'à la première convention de service. **Pour les contrats renouvelables par tacite reconduction, les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent qu'au contrat initial.** En l'absence de première convention de service, lorsque des opérations successives ou distinctes, de même nature, échelonnées dans le temps, sont exécutées entre les mêmes parties, les dispositions de l'article L. 222-5 ne sont applicables qu'à la première opération. Cependant, lorsqu'aucune opération de même nature n'est effectuée pendant plus d'un an, ces dispositions s'appliquent à l'opération suivante, considérée comme une première opération »¹²⁰⁴.

Alors que le contrat initial est soumis aux dispositions visées, les contrats postérieurs sont expressément exclus du champ d'application légal. Ici, la convention primitive est cloisonnée, alors que l'acte issu de la reconduction est associé à des opérations distinctes postérieures¹²⁰⁵. En l'occurrence, la discrimination entre les deux temps contractuels donne un indice clair sur la notion de reconduction qui se trouve traitée de la même manière qu'une suite d'opérations, de même nature, conclues entre les mêmes parties. La discrimination entre le contrat primitif et les contrats postérieurs se justifie alors par des raisons d'ordre logique et pratique.

253.- Les raisons. Effectivement, les dispositions légales visées par l'article L. 222-3 sont relatives aux conditions de formation de certains contrats conclus à distance et portant sur des produits, instruments et services financiers. Dans une optique de protection du consommateur¹²⁰⁶, la loi impose un régime propre à ces actes, comprenant pour le professionnel des obligations précontractuelles visant à éclairer le consentement du contractant profane¹²⁰⁷. Un droit de rétractation est également prévu. Or,

¹²⁰⁴ L'art. A. 444-103 du C. de com. distingue lui aussi entre le « *le premier bail* » et « *le renouvellement ou la prorogation du bail* » dans la détermination du calcul applicable pour les émoluments perceptibles par le notaire.

¹²⁰⁵ Rappr. de l'art. 442-6-5° du C. de com., issu de la loi du 15 mai 2001, relatif à la rupture d'une « *relation commerciale établie* » et qui impose un préavis « *tenant compte de la durée de la relation commerciale* ». La prise en compte des contrats antérieurs est donc nécessaire. Par ce rapprochement, l'art. L. 222-3 du Code de la conso. semble s'intéresser à une relation établie entre professionnel et consommateur.

¹²⁰⁶ V. ég. GRYNBAUM L., « Proposition de loi "Chatel" : pour une tacite reconduction éclairée », Communication Commerce électronique n° 2, févr. 2004, com. 18. (relevant que le Code de consommation est une « *source de renouvellement du droit des obligations* ») ; STOFFEL-MUNCK Ph., « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », Contrat Commerce électronique, n° 3, mars 2005, comm. 45 (la loi commentée retire à la reconduction en droit de la consommation son caractère automatique et oblige le professionnel avertir la partie profane de l'échéance afin de leur permettre de résilier dans les délais imposés par la convention).

¹²⁰⁷ Art. L. 222-5 et s. du C. de la conso. Mais voir aussi les dispositions amenées par la loi dite « Chatel » dont l'obligation faite au professionnel d'attirer l'attention du consommateur sur l'approche du terme en lui notifiant l'échéance ainsi que son droit de résiliation et les délais dans lesquels il peut résilier la convention. « *L'objectif poursuivi est de tenir compte du nombre important de contrats conclus par les particuliers sans qu'ils sachent très bien comment en sortir* », étant noté que « *Économiquement, nonobstant le coût de l'information, il s'agit de favoriser la concurrence en facilitant la résiliation des conventions au profit de prestataires dont les tarifs sont plus avantageux* », in GRYNBAUM L., « Proposition de loi "Chatel" : pour une tacite reconduction éclairée », Communication Commerce électronique, n° 2, févr. 2004, comm. 18. *Adde*

on voit se profiler la difficulté tenant à l'exécution d'obligations précontractuelles, laquelle se confond, en présence d'une tacite reconduction, avec la durée du contrat initial. Le contrat primitif est en quelque sorte l'avant-contrat du contrat postérieur¹²⁰⁸. Les parties sont donc déjà liées par une convention qui a elle-même été formée selon les conditions prévues par loi. En conséquence, le législateur a fait le choix de retenir, au moment de la tacite reconduction, que le consentement du consommateur a déjà été éclairé lors de la conclusion de l'acte antérieur, et que les parties se réengagent nécessairement en connaissance de cause dans « *une sorte de clone du contrat initial* »¹²⁰⁹. Cette duplication de l'acte premier entraîne une **réitération** de consentement et non la primo-formation de celui-ci, donnant une dimension relationnelle au lien entre consommateur et professionnel, comme dans un flux suivi d'échange¹²¹⁰. C'est pourquoi le régime appliqué à la protection du consentement est écarté, malgré le fait qu'il s'agisse bien de la naissance d'un nouveau contrat. Les obligations qui pèsent sur le professionnel sont allégées, tandis que les droits du consommateur sont restreints. Le texte prévoit néanmoins que lorsqu'un délai d'un an s'écoule entre les opérations effectuées par les mêmes parties, le régime de protection s'applique à l'opération suivante de telle sorte que celle-ci est regardée comme une première opération. Ce parti se justifie sans doute par le fait que le laps de temps intermédiaire est un vecteur de changement tant des circonstances que des conditions du contrat (bien qu'un temps plus court puisse également l'être), mais aussi, peut-être, parce qu'une forme d'oubli a pu se former dans l'esprit du consommateur.

STOFFEL-MUNCK Ph., préc. : « *pour ces contrats, il est bien vrai que la discrète et généralement heureuse modalité de la tacite reconduction amène souvent un consommateur à laisser passer la date adéquate pour l'empêcher* ».

¹²⁰⁸ À ce titre, la cessation du rapport contractuel à l'échéance du terme du contrat primitif équivaut à l'absence de formation du nouveau contrat en raison, par exemple, des négociations qui ont précédé la période de renouvellement envisagé : « *une cour d'appel qui, après avoir constaté la commune intention des parties de poursuivre leurs relations contractuelles à l'issue du premier contrat, a relevé l'échec ultérieur de leurs négociations sur les nouvelles conditions, a pu en déduire que la rupture unilatérale par l'une des parties avait été exempte de toute méconnaissance de l'article 1134 du Code civil* », in Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, pourvoi n° 02-21.366. De plus, si des circonstances nouvelles (et déterminantes) sont apparues avant la formation du nouveau contrat par voie de renouvellement, le défaut d'information par une partie de ces circonstances autorise l'autre à dénoncer la nouvelle convention, ou à la modifier : tel est le cas, conditionné par un certain formalisme, prévu par l'art. L. 113-4 du C. des ass. prévoyant que « *en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime. Dans le premier cas, la résiliation ne peut prendre effet que dix jours après notification et l'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou de cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru. Dans le second cas, si l'assuré ne donne pas suite à la proposition de l'assureur ou s'il refuse expressément le nouveau montant, dans le délai de trente jours à compter de la proposition, l'assureur peut résilier le contrat au terme de ce délai, à condition d'avoir informé l'assuré de cette faculté, en la faisant figurer en caractères apparents dans la lettre de proposition. Toutefois, l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que ce soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à recevoir les primes ou en payant, après un sinistre, une indemnité [...]* ».

¹²⁰⁹ BENABENT A., « La prolongation du contrat », art. préc.

¹²¹⁰ Comp. avec le « flux d'affaires » en droit commercial, *infra* n° 296 ; sur le contrat relationnel, cf. 186, 297 et s., 301, 311, 314, 344, 359, 367.

On peut donc retenir un enseignement de ces dispositions : les contrats issus de reconductions peuvent être assimilés à des opérations successives de même nature entre les parties. Ils se caractérisent par le fait que la réitération du consentement intervient de manière à ce que l'opération postérieure ait pour point de départ le terme de la convention antérieure, de manière à offrir aux parties un maintien dans le temps de leur relation contractuelle. Cette dernière repose sur la *continuité d'obligations* soutenue par un relai de *contrats*, nonobstant *l'interruption de la durée* de l'acte primitif.

En définitive, la « reconduction » peut être assimilée au « renouvellement »¹²¹¹, qualifié de « *concept intuitif* »¹²¹² et employé pour désigner les effets de la tacite reconduction. Toutefois, même si les deux mécanismes peuvent être *a priori* confondus¹²¹³, on a pu également les différencier en estimant que « *le renouvellement produit le même effet principal que la reconduction. Il s'en différencie par le fait que le nouveau contrat ne se forme pas nécessairement aux mêmes conditions que le bail expiré* »¹²¹⁴. En toute logique, dans ce cas de figure, la protection du consommateur trouverait à s'appliquer en présence de contrats certes successifs, mais dont les conditions ont changé, offrant même un délai de rétractation légal.

254.- L'effet équivoque de la reconduction. Mais, en vérité, ce qui ressort de la lecture des articles L. 222-3 et suivants du Code de la consommation est particulièrement trompeur. En effet, la loi s'attache à préciser qu'il existe plusieurs contrats qui se succèdent dans le temps, et organise même une discrimination entre les régimes qu'il convient d'appliquer au premier contrat et aux suivants. Toutefois, cette discrimination n'a d'autre effet que de faire comme si le premier contrat était continué. On remarque en cela que si le législateur a entendu imposer une interruption du contrat qui laisse place au commencement d'une nouvelle convention, scindant ainsi le temps partagé par les parties au cours de leur relation, il laisse entendre néanmoins que la réitération du contrat à l'identique est un résultat comparable à une prolongation de l'acte. Il y a donc un *hiatus* entre la description technique de la

¹²¹¹ DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^e éd., Paris, 2010, p. 217, n° 351 propose la définition suivante du « renouvellement » : « *l'accord, à l'échéance du contrat, en vue de conclure un nouveau contrat mais aux mêmes conditions que le contrat initial. Cet accord peut être express ou tacite et résulter d'une clause stipulée dans le contrat initial, du type "le contrat se renouvellera, sauf indication contraire, d'année en année"* ».

¹²¹² DURANTE D., *Le renouvellement des contrats de durée, Solutions légales et contractuelles*, Coll. Genevoise, Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, 2016, p. 1.

¹²¹³ On ne sait pas bien si la loi entend les utiliser comme des synonymes ou si elle les discrimine. L'article 10, alinéa 2, de la loi du 6 juillet 1989 prévoit que « *si le bailleur ne donne pas congé dans les conditions de forme et de délai prévues à l'article 15, le contrat de location parvenu à son terme est soit reconduit tacitement, soit renouvelé* ».

¹²¹⁴ COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUER Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2007, n° 466. Le renouvellement étant le fruit d'une volonté expresse laisse effectivement aux parties la possibilité de renégocier les conditions de la relation contractuelles et donc de repartir sur de nouvelles bases. Si les parties ne trouvent pas de terrain d'entente sur les conditions du renouvellement cela peut donc signer la fin du rapport : Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, préc.

relation contractuelle et la situation apparente qui en résulte¹²¹⁵ ; ce qui contribue à « *défigurer dans une certaine mesure le régime contrat à durée déterminée* »¹²¹⁶. Pour retrouver néanmoins l'identité du contrat à durée déterminée, et assainir le régime de sa stabilisation, il devient maintenant utile d'envisager les opportunités de clarification.

§2) Les opportunités de clarification

255.- Formalisation d'un régime légal. Avant l'ordonnance de 2016, le Code civil ne suffisait pas à clarifier le contenu des mécanismes de continuation de la relation contractuelle après le terme extinctif¹²¹⁷. Il fallait s'en remettre à la doctrine, à la jurisprudence, et à des dispositions spéciales. Or, l'ensemble de ces sources d'interprétation laissaient flotter une véritable ambiguïté sur la compréhension des institutions concernées. L'ordonnance de février 2016 était donc une opportunité de clarification : « *Comme toute entreprise de codification, l'ordonnance rassemble, clarifie, rationalise, ordonne* »¹²¹⁸. La création dans le Code civil d'une division relative à la durée du contrat, traitant au travers de trois articles explicitement des mécanismes de stabilisation du contrat, a permis de renforcer la place du Code civil dans la théorie générale. En effet, avant la réforme, la technique de la reconduction était nettement plus présente dans le Code de la consommation et dans le Code de commerce, éclipsant ainsi le Code napoléonien, et contraignant à rechercher la cohérence du régime dans des dispositions éparses et spéciales¹²¹⁹. De cette manière, « *le Code civil redevient le code du contrat et n'est plus un code parmi d'autres* »¹²²⁰. Il convient à ce titre de voir tout d'abord quel a été l'apport de la réforme du 10 février 2016 (**A. L'apport de la réforme du 10 février 2016**), pour ensuite s'intéresser aux moyens d'interpréter de l'intention des parties (**B. L'interprétation de l'intention des parties**).

¹²¹⁵ Un auteur évoque pour sa part « *une simple nuance terminologique qui ne saurait en rien s'opposer à la continuation, au-delà du terme initialement prévu, des rapports juridiques entretenus par les parties à l'acte* », in LITTY O., th. préc., n° 468 et 504.

¹²¹⁶ (Au sujet de la tacite reconduction) AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 287, p. 217. Rappr. LITTY O., th. préc., p. 401, n° 507 ; « *le droit commun aboutit donc à une modification automatique du contrat initial alors que les parties ne l'ont pas expressément décidée. Dès lors, une telle solution suscite non seulement une profonde dénaturation de l'accord originaire, mais opère également une "renversement de présomption" à laquelle la logique de la tacite reconduction aurait dû conduire, c'est-à-dire la poursuite de l'acte précédant aux mêmes conditions, y compris quant à sa durée* ».

^{1217/1217} LAVABRE Ch., « *Éléments de la problématique de l'après-contrat : les clauses de négociation, de prorogation et de reconduction* », *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 2003, pp. 411-415.

¹²¹⁸ CHASSAGNARD-PINET S., « *Le vocabulaire* », *RDC*, 1^{er} sept. 2016, 3, p. 581.

¹²¹⁹ Cf. *supra* n° 252.

¹²²⁰ MAZEAUD D., « *Observations conclusives* », [RDC 2006, p. 177](#) (au sujet de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription Pierre Catala).

A - L'APPORT DE LA RÉFORME DU 10 FÉVRIER 2016

256.- **La recherche de lisibilité.** L'ordonnance du 10 février 2016 avait pour but « *de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité* »¹²²¹. L'apport de la réforme peut être évalué en trois temps. Premièrement, c'est le contenu de la nouvelle codification (**a. Le contenu de la nouvelle codification**) qui doit servir de base à toute appréciation. Deuxièmement, il est nécessairement d'observer la réception des nouveaux textes (**b. La réception des nouveaux textes**), afin d'évaluer l'impact de la réforme sur les définitions juridiques concernées. Troisièmement, doit être remarquée l'absence de fondement technique commun (**c. L'absence de fondement technique commun**) susceptible de justifier les trois mécanismes de stabilisation du contrat à durée déterminée.

a) *Le contenu de la nouvelle codification*

257.- **L'insertion de la notion de « durée » dans le nouveau Code civil.** « *C'est l'un des traits marquants des contrats contemporains que d'inscrire les relations dans la durée* »¹²²². Ce constat ressort très nettement du contenu de la réforme de février 2016 : ce sont trois articles qui ont été insérés dans

¹²²¹ [Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015](#) relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (art. 8).

¹²²² CHANTEPIÉ G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 576. Adde LIBCHABER R., DeFrénois 2006. 1236 et s. : « *Le courant contemporain qui privilégie le maintien des relations contractuelles* » ; JAMIN Ch., « Pour en finir avec la formation du contrat ! », LPA 6 mai 1998, n° 54, p. 25 : « *si l'on s'en tient à des pourcentages, la part réservée à la formation du contrat dans le vénérable Traité pratique de Droit Civil publié sous l'autorité de PLANIOL et RIPERT, qui a longtemps servi de modèle, représente plus de 75% de l'ensemble des développements propres au contrat. (...) Sait-on vraiment si les contrats perpétuels sont prohibés en droit français ? (...) Combien sont les questions relatives à l'interprétation du contrat, à sa durée [...], aux conditions de son expiration ou de son prolongement, avec des distinctions fort subtiles entre tacite reconduction, renouvellement et prorogation ?* ». L'auteur observe que le contrat de vente n'est plus le modèle le plus actuel représentant le contrat, mais qu'il a été remplacé par un modèle à exécution successive/échelonnée propre à la vie des affaires : « *la plupart ne sont plus seulement le support d'une transaction, ils sont fondateurs d'une organisation destinée à perdurer, le plus souvent selon des modalités complexes et enchevêtrées, qui brisent une représentation classique du temps et individualiste du contrat* ». Rapp. en ce sens de ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, p. 15 et s., et 20 : « *pour établir le régime juridique d'une seule relation de la vie en société, il est bien rare qu'une règle de droit isolée puisse suffire, et en général un faisceau de règles est nécessaire, qui comporte des positions de principe, des limitations ou restrictions, l'indication des conditions dans lesquelles naît ou s'éteint telle situation juridique, des dispositions sur les effets ou la transformation de cette situation, sur sa sanction ou sa preuve, etc...* ». C'est ainsi que Paul Roubier compare la notion d'institution avec celle de contrat. Les critères à observer sont **la durée, la continuité, et la permanence**. Il rappelle que pour Maurice Hauriou elle est une « *idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* », ce qui exclue, selon cette définition, la responsabilité ou les contrats qui présentent un caractère passager ou accidentel. Il existe ainsi une opposition naturelle entre le point de vue contractuel et institutionnel. En ce qui concerne le critère de la durée, il suffit en effet à exclure la plupart des contrats, représentant une situation éphémère et épuisant très vite leur relation dans le temps. Cela dit, dès que le contrat prend un caractère de durée ou de stabilité, un attribut institutionnel apparaît, et vient même à prévaloir. Les exemples du mariage ou de l'adoption sont les plus connus. **L'attribut institutionnel tend à apparaître dans les contrats de longue durée qui, bien que créés par les parties, contiennent des éléments de droit objectif caractéristique de l'institution**. V. not. *infra* n° 343. Sur la théorie du contrat relationnel, cf. 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

le Code¹²²³, au sein d'un nouveau chapitre « durée du contrat », afin de traiter la question de la poursuite par les parties de leur rapport contractuel, que ce soit sous la forme de la continuation du contrat en cours, ou sous la forme d'un renouvellement donnant naissance à un contrat nouveau.

Tout d'abord, l'article 1213 (nouveau) du Code civil traite de la prorogation, et prévoit que « *le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers* ».

Ensuite, l'article 1214 (nouveau) du Code civil traite du renouvellement, et prévoit que « *le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée* ».

Enfin, l'Article 1215 (nouveau) du Code civil, héritier de l'ancien article 1738, et prévoit que « *lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ».

« Prorogation », « renouvellement », et « tacite reconduction », tels sont les trois mots choisies par la réforme pour désigner les relations contractuelles qui persistent dans le temps postérieur à la durée du contrat. Le terme « prolongation » n'a en revanche pas été retenu pour évoquer le régime de la durée du contrat.

258.- Innovation. La principale innovation de ces textes est d'exprimer de façon explicite et générale les modalités de poursuite de la relation contractuelle¹²²⁴, alors que les avant-projets antérieurs ne l'envisageaient pas. On remarque d'emblée que la formulation choisie par l'article 1215, au sujet de la tacite reconduction, crée une césure avec la spécificité à laquelle était attachée la tacite reconduction dans l'ancien article 1738, puisque l'institution n'existe plus seulement qu'au travers du louage mais y est décrite de façon générale pour tout contrat à durée déterminée ; étant rappelé que « *pour les contrats à durée indéterminée, il n'y a pas de prolongation concevable puisque, même trente ou quarante ans après la conclusion, c'est toujours le contrat dans son économie initiale qui continue de*

¹²²³ Comp. *Principes contractuels communs* de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, art. 7 :105 et 7 :106.

¹²²⁴ Elle vient néanmoins clarifier, sur le fond, la portée du « renouvellement », lequel a déjà été réputé donner naissance à un nouveau contrat sans pour autant dupliquer les conditions du contrat antérieur. Cf. DEBAURAIN J., *Guide des baux commerciaux*, Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, nov.-déc. 2006, n° 11-12, Edilaix, p. 2148, n° 190.

dérouler ses effets tant qu'il est en vigueur »¹²²⁵. C'est donc une conception moderne de la reconduction qui est consacrée.

Les nouvelles règles légales permettent également de clarifier la question du contenu du nouvel engagement faisant suite à un renouvellement ou une reconduction, en énonçant expressément que ce contenu est identique au contrat antérieur. Il s'agit d'une clarification bienvenue, compte tenu du fait que la jurisprudence a pu se montrer inconstante, en affirmant une solution et son contraire¹²²⁶, transformant ainsi la stabilité en principe recherchée par le mécanisme en insécurité. Mais de façon plus globale, la question qui se pose est de savoir comment il faut comprendre cette trilogie, dans son ensemble.

259.- La cohérence d'ensemble du régime de la durée. Certains auteurs ont présenté la prorogation, le renouvellement et la tacite reconduction comme « *trois modalités distinctes* »¹²²⁷ d'une autre, englobante, que serait la « *prolongation d'un contrat à durée déterminée* »¹²²⁸. Ces modalités sont en effet très différentes puisqu'elles proposent soit d'allonger la durée du contrat initial, c'est le cas de la prorogation, soit de faire suivre le contrat initial d'un nouveau contrat identique. Ce choix de division rejoint d'autres constructions, déjà proposées antérieurement à la réforme, consistant à distinguer de façon générale entre deux axes fondamentaux de compréhension de la poursuite de la relation : d'une part l'allongement du contrat initial, et d'autre part la formation d'un contrat nouveau, successeur du premier. Ce parti peut également être comparé à la description de trois modalités formelles qui ont été dégagées de l'opposition entre le renouvellement du contrat et sa prorogation. Celles-ci ont été identifiées comme communes aux deux mécanismes et consistent à distinguer trois situations.

¹²²⁵ BENABENT A., « La prolongation du contrat », art. préc.

¹²²⁶ Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, préc., pourvoi n° 02-21.366, D. 2006. Jur. 587, note MEKKI M. ; RTD civ. 2006. 114, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; RLDC 2005/23, n° 946, obs. LE GALLOU : « *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* ». Contra Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi n° 08-14.481 : en l'espèce, le contractant se prévalait du fait qu'il acceptait le principe de la reconduction sans accepter le maintien à l'identique des conditions tarifaires. Toutefois, il n'avait contesté le contenu du nouvel engagement qu'un an à compter de la reconduction, ce qui, en l'absence de toute renégociation dans le temps intermédiaire, permettait de présumer un accord tant sur le principe de la reconduction que sur son contenu.

¹²²⁷ Proposition faite à partir des textes issus de la réforme opérée par l'ordonnance de 2016 : CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, préc., p. 507, n° 589 : « *Les articles 1213 à 1215 du Code civil développent les modalités de la prolongation d'un contrat à durée déterminée. Plus précisément, ils en déclinent trois modalités distinctes, la prorogation, le renouvellement et la tacite reconduction* ».

¹²²⁸ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 589. Rapp. (anté. à la réforme) REZGUI M., th. préc., p. 8, n° 9, qui propose de remplacer les notions de reconduction et de prorogation du contrat par une notion unique de « continuation du contrat ». Adde BENABENT A., préc. : « *cette opposition qui a fait la nervure de cet exposé entre contrat initial prorogé qui se poursuit et le nouveau contrat qui de cloner le précédent est-elle véritablement satisfaisante ? 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 ? C'est alors la théorie entière de la prolongation du contrat qui reste peut-être à faire* ».

Premièrement, les contractants conviennent en cours de contrat qu'ils continueront leur relation postérieurement au terme.

Deuxièmement, les parties anticipent dès la rédaction du contrat la poursuite de la relation postérieurement au terme, insérant ainsi une clause de renouvellement dans leur accord.

Troisièmement, les parties poursuivent factuellement leur relation, de façon improvisée, après l'intervention du terme extinctif. Apparaissent ainsi les trois sortes de continuation : cette dernière peut donc intervenir *ad hoc*, être prévue *ab initio*, ou se manifester *in situ*¹²²⁰.

260.- Prorogation et renouvellement, deux piliers de la « prolongation » ? Dans ces configurations, émergent donc plus nettement et généralement deux modalités : la prorogation et le renouvellement. La tacite reconduction est alors absorbée par le renouvellement¹²³⁰, de telle sorte qu'elle est considérée comme une variété de renouvellement¹²³¹ dont la spécificité tient au mode d'expression du consentement. Il est alors intéressant de remarquer que la tacite reconduction, originellement seule et unique représentante dans le Code civil du maintien de la relation contractuelle dans le temps postcontractuel, est reléguée au rang d'une sous-catégorie du « renouvellement », et plus généralement de la « prolongation ». Par ailleurs, cette dernière qui apparaissait, comme un synonyme de la tacite reconduction dans l'article (ancien) 1739 du Code civil, a été éliminée de la rédaction, alors même qu'elle est proposée par la doctrine comme une catégorie englobante des trois modalités codifiées. Pourtant, il convient de se demander quelle est l'opportunité de maintenir l'usage du terme « prolongation », porteur d'ambiguïté, alors que l'effort de reconstruction du Code l'a évincé pour proposer trois modalités qui ont le mérite de faire un vrai choix sémantique.

Soit il convient de préciser qu'il s'agit de la prolongation de la *relation* et non du *contrat*¹²³². Et en ce sens, la reconduction a pu être définie comme « *la création d'un nouveau contrat, à l'expiration du précédent, en raison de la prolongation de l'état de fait qui résulte de celui-ci entre les parties* »¹²³³. Soit, il convient de renoncer à cette terminologie afin d'éradiquer l'équivocité dont il est vecteur. Si la

¹²²⁰ Cette grille de lecture est proposée par REZGUI M., th. préc., p. 3.

¹²³⁰ BENABENT A., préc. : « *la prolongation se fait par la mise bout à bout en quelque sorte de plusieurs contrats qui ont la même économie et qui constituent une sorte de passerelle de l'un à l'autre : il s'agit d'un renouvellement qu'on appelle souvent la "reconduction" »* (propos antérieurs à la réforme menée par l'ordonnance de 2016).

¹²³¹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 509.

¹²³² Cf. BONNEAU T., J-Cl. Contrats et distribution, Fasc. 70, n° 218, s'intéressant à la durée dans les contrats, fait remarquer que, concernant une succession de contrats dans le temps, « *il est parfois plus juste de parler de prolongation de la relation contractuelle que de prolongation du contrat* ».

¹²³³ RADOUANT J., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Tacite reconduction », 1955, n° 4. Cf. ég. GODE P., *Volonté et manifestations tacites*, *op. cit.*, p. 32 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, Contrat*, t. 2, *op. cit.*, p. 61.

prorogation, pourvu qu'elle intervienne antérieurement à l'extinction¹²³⁴, signe véritablement la « prolongation » de la durée de la convention, tel n'est pas le cas du renouvellement ou de la tacite reconduction, qui ne prolongent que le rapport *inter partes*¹²³⁵. Les deux derniers mécanismes consistent à ce titre non pas en une prolongation de la convention mais en la réitération¹²³⁶ de celle-ci. Le nouveau contrat qui est le résultat d'un renouvellement ou d'une tacite reconduction est donc un acte réitératif, tandis que la prorogation est une continuation du contrat en cours¹²³⁷, étant entendu que la continuation permet « à un contrat menacé de disparition de subsister »¹²³⁸. La recodification se présente comme l'opportunité d'assainir les régimes propres à la poursuite du rapport obligatoire en dehors de son temps.

b) *La réception des nouveaux textes*

261.- Nouvelle approche sémantique. L'approche sémantique est une nouveauté apportée par l'ordonnance de 2016, si bien que des propositions de définition sont nées à la suite de la réforme.

Tout d'abord, l'apparition du terme « prorogation » n'est pas nécessairement mis en exergue pour son caractère d'actualité – alors même qu'il fait l'objet d'un nouvel article 1213 du Code civil. Il trouve néanmoins sa place en tant que groupe nominal (« prorogation du contrat »), afin de se démarquer de

¹²³⁴ Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, Bull. civ. I, n° 87, pourvoi n° 92-10.796. Alors que les articles 1736 et 1739 du Code civil prévoient qu'en matière de contrat de bail rural la signification du congé avant le terme fait obstacle à la tacite reconduction (Douai, 3^e déc. 1894, D. p. 96.2.271 ; Civ. 13 nov. 1979, Bull. civ. III, n° 199, p. 156 ; Civ. 3^e, 27 juin 1990, Bull. civ. III, n° 155, pourvoi n° 88-16.424, et D. 1991. Somm. 369 ; Civ. 3^e, 13 juill. 1999, inédit, pourvoi n° 97-20.093, NP ; LPA 1999, n° 175, p. 7 (la charge de la preuve de la signification pèse sur le bailleur) ; Civ. 3^e, 14 juin 2006, Bull. civ. III, n° 147, pourvoi n° 05-14.614 ; AJDI 2006. 905, obs. DUMONT M.-P. ; STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n175, p.61.).

¹²³⁵ Toutefois, la partie désireuse d'éviter la reconduction doit se manifester avant l'arrivée du terme extinctif, ou au plus tard au jour de l'extinction : la manifestation postérieure au terme ne renverse pas la présomption de tacite reconduction (Civ. 3^e, 13 nov. 1979, Bull. civ. III, n° 199).

¹²³⁶ V° « Réitérer » : « *Faire de nouveau, répéter, recommencer* », in Ortolang (Outils et Ressources pour un Traitement Optimisé de la LANGue), Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS et ATILF : <http://www.cmrtl.fr>

¹²³⁷ V° « Continuation » : « *Fait de continuer. Fait d'assurer la suite* » ou « *fait que quelque chose continue à exister, à se produire* » ou encore « *Succession ininterrompue. Ce qui constitue la suite de quelque chose* », in Ortolang (Outils et Ressources pour un Traitement Optimisé de la LANGue), Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS et ATILF : <http://www.cmrtl.fr>. « *La continuation du contrat désigne un contrat qui ne s'interrompt pas, autrement dit un contrat qui suit son cours exécutoire* », in REZGUI M., *La continuation du contrat*, th. préc., p. 1. Cet auteur propose néanmoins une *summa divisio* entre « *continuation par reconduction* » et « *continuation par prorogation* », ce qui ne nous semble pas satisfaisant dans la mesure où l'association des termes « *continuation* » et « *reconduction* » porte la même contradiction sémantique que l'association que nous cherchons à évincer, à savoir « *prolongation* » et « *reconduction* ». Il n'est en effet pas possible de soutenir d'une part le sens du terme « *continuation* » qui implique l'absence d'interruption, et d'affirmer par ailleurs que la reconduction (qui pour sa part impose la fin d'un contrat pour lui faire succéder un nouvel acte) est un « *genre* » de continuation (*in ibid*, p.1 et 2)

¹²³⁸ REZGUI M., th. préc., p. 1, qui, pour sa part, retient toutefois que la prorogation et la reconduction appartiennent à une notion plus large qu'est la « *continuation du contrat* ». Mais ce choix pose la même problématique qu'avec le terme « *prolongation* ». Rapp. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, 1996, V° « Tacite reconduction » : « *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* ».

celui de « prorogation de juridiction ». Il est ainsi défini aujourd'hui, sans grande surprise comme « *[le] report du terme extinctif initialement prévu. La prorogation du contrat être décidée avant son expiration (...)* ». Il n'y a effectivement pas de nouveauté particulière quant au sens, si ce n'est qu'il va permettre de bien distinguer les autres opérations de stabilisation de la relation *inter partes*.

Ensuite, pour sa part, dans un encart d'actualité, une définition du « renouvellement » est aujourd'hui proposée par le Lexique *Dalloz*, à l'aune du nouvel article 1214 du Code civil :

« *Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou l'accord des parties. **Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée*** ».

Il coexiste avec le « renouvellement » en droit social¹²³⁹, lequel a pu être défini ainsi :

« *Le terme qui marque **le report d'une échéance convenue**, en matière d'essai ou de contrat de travail à durée déterminée par exemple. Le renouvellement permet ainsi, lorsque les conditions de validité sont respectées (notamment l'accord des parties sur le renouvellement **pendant la période initiale**), de **prolonger** le régime juridique en vigueur au moment du renouvellement jusqu'à un nouveau terme convenu par les contractants. Dans la mesure où **il s'agit d'une même période qui se prolonge**, il est essentiel de distinguer, notamment pour les contrats de travail à durée déterminée, le renouvellement de la **succession**, dans laquelle les relations de travail sont régies dans des cadres juridiquement différents (ainsi la succession de contrats à durée déterminée obéit à des règles spécifiques)* ».

Se profile donc une distinction indispensable entre la conception contractualiste du « renouvellement » et sa conception travailliste. Cette dernière souffre effectivement d'une confusion avec la « prorogation » en ce qu'elle ne décrit pas la naissance d'un nouveau contrat mais l'allongement d'une durée d'engagement initiale. Elle s'oppose donc clairement à la conception contractualiste (que l'on retrouve en revanche lorsqu'il s'agit de décrire une « succession » de contrats).

Enfin, la tacite reconduction est l'exemple parfait d'une occasion manquée de clarifier la terminologie juridique. En effet, alors qu'elle était décrite en 2011 comme le « **renouvellement d'un contrat entre les parties à l'arrivée du terme, sans qu'il soit besoin d'un écrit ou de paroles expresses, du seul fait de la poursuite ou du maintien des relations contractuelles préexistantes** », elle est désormais annoncée comme étant la « **continuation d'un contrat entre les parties à l'arrivée du terme** ». Tout d'abord, le terme « renouvellement » a été remplacé par celui de « continuation ». Ensuite, cette dernière définition, postérieure à la réforme de 2016, ajoute pour conclure un élément tout droit issu du nouvel article 1215 du Code civil, à savoir que « *la tacite reconduction produit les mêmes effets que le renouvellement* ». On observe ainsi que la définition proposée antérieurement à la réforme semble mieux convenir aux effets de la réforme, tandis que la définition consécutive à la réforme a fait le choix

¹²³⁹ Art. L. 1221-21 et L. 1243-13 du C. du trav.

d'une terminologie à contre-sens. Cependant, « *une théorie générale de la prolongation des contrats ne fait-elle pas défaut en droit français* »¹²¹⁰ ?

c) *L'absence de fondement technique commun*

262.- La recherche d'un fondement commun. Ce qui manque certainement à l'ensemble de ces termes, c'est une définition susceptible de décrire sur quel mécanisme juridique ils reposent. Cette définition doit pouvoir à la fois englober le contenu des articles 1213 à 1215 du Code civil, mais également capable de faire exister ce qui les différencie. On a effectivement vu que l'ensemble des notions visées par ces trois articles étaient regroupées comme des modalités distinctes de la « prolongation du contrat », sans que cela ne soit satisfaisant au vu de l'ambiguïté amenée par le terme « prolongation » ; ce dernier n'étant pas adapté au sens qu'il convient de donner tant au renouvellement qu'à la reconduction.

263.- Hypothèse de la novation (rejet). Pourtant, une notion juridique a été proposée par la doctrine afin de rassembler le tout : il s'agit de la novation¹²⁴¹. Cette dernière est décrite par l'article 1329 du Code civil comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* ». Prorogation, renouvellement et reconduction ressemblent à cette institution. Concernant le renouvellement et la tacite reconduction, la novation porterait alors sur l'acte dans son ensemble. C'est en effet l'ensemble du contrat en cours qui s'éteint et auquel se substitue un nouveau contrat. Concernant la prorogation, la novation ne porte que sur une seule obligation du contrat en cours, celle qui a trait à sa durée. Ainsi, l'ensemble de l'acte se poursuit, alors que seule l'obligation tenant à la durée de l'engagement est éteinte et remplacée par une nouvelle. La novation se confond alors avec la transformation de l'obligation par modification conventionnelle¹²⁴². La limite de cette hypothèse tient au fait qu'il est d'usage de considérer que la modification d'une modalité de l'obligation n'entraîne pas novation mais seulement transformation de l'obligation concernée. Cette affirmation repose sur une jurisprudence ancienne, énonçant que, étant noté que la novation ne se présume pas, « *il ne suffit pas d'augmenter ou de diminuer la dette, de fixer un terme plus long ou plus court, et d'ajouter ou de retrancher d'une hypothèque ou une autre sûreté, ou même de changer l'espèce de*

¹²¹⁰ MEKKI M., « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », D. 2006. 785, affirmant que « *si la doctrine a pris conscience des incertitudes terminologiques et, partant, juridiques qui dominent le sujet, la jurisprudence reste pour sa part quelque peu hésitante, pour ne pas dire confuse* ».

¹²⁴¹ V. not. in REZGUI M., *La continuation du contrat*, th. Paris XI, 2010.

¹²⁴² HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Larcier, Paradigme, 2015, n° 820 : « *L'aliquid novi peut encore affecter le lien d'obligation lui-même. La novation de l'obligation se distingue alors malaisément de la modification de l'obligation : il appartient au juge de trancher, au cas par cas, afin de savoir si l'obligation originelle a été éteinte ou seulement modifiée* ».

l'obligation, à moins que les parties n'expriment une intention contraire »¹²⁴³. La prorogation s'apparente en ce sens à une révision consensuelle du contrat, telle qu'elle ressortirait d'un avenant. En outre, la doctrine affirme, pour écarter le fondement de la novation, que « *la tacite reconduction vise en effet la période qui suit l'expiration du contrat, l'après-contrat, contrairement à la novation qui atteint un contrat en cours* »¹²⁴⁴. Toutefois, cet argument a ses limites, dans la mesure où il prend précisément pour critère la durée du contrat, laquelle a été écartée par la jurisprudence. Il s'inférerait en effet de cette affirmation que si la reconduction ne peut reposer sur la novation, la prorogation pourrait quant à elle en relever. De plus, la novation se définit spécifiquement à partir de l'extinction de l'obligation remplacée. Toutefois, la subtilité réside dans le fait que la novation a pour effet d'éteindre l'obligation à laquelle elle se substitue. Or, la reconduction fait suite à l'extinction sans pour autant la provoquer. Il en est autrement de la prorogation qui éteint le terme extinctif prévu et en crée un nouveau. Quoi qu'il en soit, la novation ne parvient pas à satisfaire le besoin de justification théorique de l'ensemble des mécanismes visés dans les nouveaux articles du Code civil. Comment rassembler alors la trilogie du nouveau chapitre relatif à la durée du contrat ?

264.- Promesse de stabilité. Il est possible de voir dans la prorogation, le renouvellement et la reconduction, des applications de modalités assortissant une promesse implicitement incluse dans l'acte initial. Il faut alors concevoir que les contrats à durée déterminés sont composés accessoirement et tacitement d'une promesse synallagmatique de stabilité¹²⁴⁵, laquelle a été consentie sous condition.

La prorogation serait alors le résultat de l'accomplissement d'une condition résolutoire. Le contenu de la promesse serait le suivant : le terme extinctif est résolu à la condition que les parties s'accordent, durant le contrat, sur un nouveau terme ultérieur. Il serait tout aussi possible d'imaginer que les parties prévoient plutôt une condition suspensive : l'effet du terme est alors suspendu dans les cas désignés par les parties, tels que la force majeure. En effet, la prorogation peut être automatisée, et consister alors en une suspension du contrat dépendant de la réalisation d'un événement entré dans le champ contractuel. Le terme est, en cas de réalisation, reporté d'autant de temps que dure la suspension¹²⁴⁶. Plusieurs

¹²⁴³ Cass. (req.), 8 nov. 1875, DP, 1876, 1, p. 438; Civ. 1^{ère}, 20 nov. 1967, Bull. civ. I, n° 335, pourvoi n° 66-10.966, D, 1969, jur. P. 321, note GOMM N.; Civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, Bull. Civ. I, n°122, pourvoi n° 01-00.212, RDC, 2003, p. 174, obs. GRIMALDI C.

¹²⁴⁴ CHOLET D., « La novation du contrat », RTD civ. 2006. 467.

¹²⁴⁵ Sur les promesses implicites de stabilité en matière de crédit et d'emploi, cf. ATIAS Ch., « Les promesses implicites de stabilité (crédit et emploi) », D. 1995. 125.

¹²⁴⁶ Comp. avec la clause de déchéance du terme, également appelée clause d'exigibilité immédiate, permet au créancier d'une obligation dont l'exécution est suspendue à l'échéance d'un terme d'en demander l'exécution anticipée en cas de survenance d'un événement désigné par les parties. Cf. BLOUD-REY C., *Le terme dans le contrat*, préf. GAUTIER P.-Y., PUAM 2003, n° 180 et s., p. 165 et s. ; DROSS W., *Clausier*, V° « Terme suspensif », Litec, 2008, p. 610 ; GHESTIN J., JAMIN Ch. Et BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 180, p. 221. SAVATIER J.,

exemples peuvent ainsi être donnés, en droit des contrats internationaux ou en matière de contrat de transport :

« Les obligations affectées par la force majeure sont prorogées automatiquement d'une durée égale au retard entraîné par la survenance de cas de force majeure »¹²⁴⁷

« Lorsque le Passager en possession d'un Billet en cours de validité se trouve empêché de voyager pendant la durée de validité de son Billet parce qu'au moment où il demande une Réservation sur un vol, le Transporteur n'est pas en mesure de confirmer la Réservation souhaitée par le Passager : (...) la validité de ce Billet sera prorogée (...). La prorogation visée ci-dessus ne débutera qu'au point où le voyage a été interrompu et vaudra pour un transport dans la classe du Tarif initialement payé »¹²⁴⁸.

La loi prévoit parfois des conditions de prorogations plus spécifiques, mais qui relèvent de la même logique. Ainsi, l'article L. 613-8 du Code de la propriété industrielle prévoit, dans son premier alinéa, la possibilité pour le Ministre chargé de la propriété industrielle de mettre en demeure les propriétaires de brevets d'invention d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale. Les titulaires disposent alors d'un délai d'un an pour s'exécuter (al. 2), mais ce délai peut être « prolongé » lorsqu'ils justifient d'excuses légitimes et compatibles avec l'économie nationale (al. 3).

Le renouvellement et la tacite reconduction seraient quant à eux la conséquence d'une promesse synallagmatique assortie d'une condition suspensive. Le contenu de la promesse donnant lieu à une tacite reconduction peut être le suivant : les parties s'engagent dans un nouveau contrat, identique au premier, à la condition que chaque contractant, au lendemain du terme extinctif, en poursuive l'exécution. La tacite reconduction, lorsqu'elle est prévue par une norme ayant pour but de la rendre automatique, peut néanmoins être assujettie à une condition résolutoire : les parties s'engagent dans un nouveau contrat, identique au premier, à la condition qu'aucune des parties ne dénonce le contrat dans les délais légalement ou conventionnellement prévus.

Pour le renouvellement, les parties s'engagent dans un nouveau contrat à l'issu du premier, sous condition de réitération du consentement. Comme dans le cas de la reconduction, le terme extinctif joue alors comme terme suspensif de la formation du nouveau contrat. Les contractants peuvent aménager les conditions de la promesse, en soumettant le renouvellement à une renégociation, ou à de nouvelles obligations préalablement définies.

« Le remboursement des prêts de l'employeur à un salarié en cas de rupture du contrat de travail », Dr. soc. 1994, p. 864 et s. ; PRIETO C., « Evénements affectant la personne de la société contractante », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 81 et s. ; MESTRE J. et RODA J.-Ch. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, p. 227 et s.

¹²⁴⁷ TROCHU M., « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *Mélanges offerts à Y. Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 386.

¹²⁴⁸ Conditions générales *Air France*.

265.- Promesses (suite). Dans tous les cas, il s'agit donc d'une promesse synallagmatique sous condition. La promesse relative à la prorogation promet la stabilisation du rapport en cours, tandis que la promesse relative au renouvellement ou à la reconduction promet de contracter. Il est également possible d'envisager le cas où une partie sait par avance qu'elle entend stabiliser la relation et laisse à son partenaire la possibilité de lever une option. Dans ce cas, il s'agirait d'une promesse unilatérale de stabilité. La levée de l'option par le cocontractant aura pour effet de pérenniser la relation. La question peut se poser de la sanction de l'inexécution de la promesse. En principe, la responsabilité contractuelle trouverait à s'appliquer et entrerait dans le champ de la sanction de l'abus du droit de ne pas renouveler¹²⁴⁹.

Le contrat renouvelé incarne à ce titre l'après-contrat le plus tangible et le plus formalisé : une nouvelle convention succède à l'ancienne. Se dessine ainsi une dichotomie entre les modes de réitération du contrat et celui de continuation du contrat. C'est le critère de l'interruption de la durée de la convention initiale qui permet de les distinguer. Ce qui les rassemble, en revanche, réside dans la **poursuite volontaire de la relation *inter partes***¹²⁵⁰ au-delà du terme initialement prévu, portée dans le cas de la prorogation, par une ancienne génération d'obligation, et, dans le cas du renouvellement et de la tacite reconduction, par une nouvelle génération d'obligations qui sont les répliques de celles formées par la génération précédente.

L'idée ici n'est certainement pas d'assujettir les mécanismes de continuation de la relation au régime juridique de la promesse. Il s'agit plutôt de souligner l'inspiration de ce régime à partir de la notion de promesse implicite de stabilité, déjà relevée par la doctrine¹²⁵¹, permettant de fédérer l'ensemble des notions en cherchant à en expliquer la dynamique des modes de continuation ; et ainsi, en poussant jusqu'au bout la logique de ce qu'est par essence une promesse, comprendre comment celle-ci pourrait bien s'exprimer et justifier que les modes de continuation de la relation soient désormais regroupés ensemble dans une division du Code civil. Les parties peuvent en outre choisir d'explicitier leur

¹²⁴⁹ Cf. *infra* n° 272 et s.

¹²⁵⁰ Cf. BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Contrats et conventions », 1993 (mise à jour 2015), n° 456 : « *Parce que la tacite reconduction a pour fondement la volonté des parties, elle ne peut s'induire que d'éléments concrets témoignant le maintien des anciennes relations contractuelles* ». V. ég. AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1969, n° 285 : « *le contrat initial n'est jamais prolongé au-delà du terme, mais la stabilité est obtenue par le biais d'un renouvellement du contrat [...]* », ajoutant que « *l'expression de prolongation des rapports juridiques nous paraît-elle préférable à celle de prolongation du contrat* ». Adde LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, n° 468 et 504 : « *[une simple nuance terminologique] ne saurait en rien s'opposer à la continuation, au-delà du terme initialement prévu, des rapports juridiques entretenus par les parties à l'acte* »

¹²⁵¹ ATIAS Ch., « Les promesses implicites de stabilité », D. 1995. 125 ; rapp. *infra* n° 291 et s.

engagement tacite à la stabilité au travers des stipulation spécifiquement dévolues à la gestion de la durée du contrat, ce qui, notamment, permettra de mieux interpréter l'intention des contractants.

B- L'INTERPRÉTATION DE L'INTENTION DES PARTIES

266.- Sonder les cœurs et les reins des contractants. La principale difficulté rencontrée dans la mise en œuvre des mécanismes de stabilisation réside en l'interprétation de la volonté des parties. C'est d'ailleurs tout l'intérêt du régime légal de la stabilisation que d'offrir une grille de lecture interprétative. Mais la casuistique montre que les situations contractuelles ne sont pas toujours dépourvues d'ambiguïté. La tacite reconduction, encore une fois, catalyse les enjeux de la matière, du fait qu'elle repose sur une expression implicite de l'intention. La situation postcontractuelle doit alors être analysée selon les circonstances. Mais construire une appréciation *in concreto* nécessite l'emploi d'outils d'interprétation. Tout d'abord, il est indispensable de mettre en valeur le principe qui commande l'expiration du contrat à durée déterminée, à savoir la liberté de ne pas renouveler le contrat (***a. La liberté de principe de ne pas renouveler le contrat***). Si interprétation il doit y avoir, elle doit donc se concentrer sur la recherche de la preuve d'une intention de déroger au principe. Ensuite, les parties pourront avoir eu recours à des stipulations (***b. Le recours aux stipulations***), pour prévoir les conditions de formation de l'après-contrat, précisément dans le but de dissiper le doute sur leur désir de stabilisation. Enfin, la question de l'interprétation de la volonté relèvera de la casuistique, au travers de l'observation du comportement des parties (***c. L'interprétation du comportement des parties***).

a) La liberté de principe de ne pas renouveler

267.- Sens et portée. Le point d'ancrage du régime du contrat à durée déterminée est sans aucun doute la liberté de principe de ne pas renouveler l'engagement. Il en va d'une conciliation indispensable entre les effets du terme extinctif et le régime de la stabilisation (***1. La conciliation entre les effets du terme extinctif et le régime de la stabilisation***). Cette conciliation doit garantir l'effectivité de la liberté de ne pas renouveler (***2. L'effectivité de la liberté de ne pas renouveler***), tout en encadrant l'abus dans l'exercice de cette liberté (***3. L'abus dans la liberté de ne pas renouveler***).

1. La conciliation entre les effets du terme extinctif et le régime de la stabilisation

268.- L'antinomie apparente de la pérennité et de la durée déterminée. Le nouveau Chapitre du Code civil, relatif à la « durée du contrat » semble bien dessiner les contours du régime de la stabilisation du rapport contractuel. La durée du contrat à durée déterminée en est nécessairement au

cœur, étant donné que la question de la stabilisation doit se poser naturellement en présence d'un engagement par nature éphémère. Néanmoins, il peut sembler difficile de créer un rapport clair entre le désir de pérenniser la relation contractuelle et celui de donner toute sa place au terme extinctif caractéristique du contrat à durée déterminée. Néanmoins, une analyse subtile du rapport entre l'extinction et la pérennité a notamment été proposée par Catherine Sévely-Fournié¹²⁵². Elle remarque en effet que l'acte extinctif rencontre un obstacle « *quasi-idéologique* » au travers de « *l'aspiration à la pérennité* », laquelle fait de l'acte extinctif un « *acte sulfureux, quasi sulfurique au sens où, comme l'acide du même nom, il dissoudrait l'intelligibilité du système juridique* ». Elle remet en cause ce « *postulat de la pensée juridique* » en relevant que valoriser la survie du contrat au nom de la pérennité peut être contre-productif si l'on raisonne en termes d'efficacité. L'arbitrage entre continuation et extinction du contrat peut en effet s'avérer salvateur lorsque la situation créée par l'acte est inefficace, sans pour autant être attentatoire à la pérennisation. En effet, le droit aspire-t-il à la pérennité des situations inefficaces ? L'auteur souligne alors le besoin de résistance à ce qu'elle désigne comme la « *tyrannie* » de la pérennité, prise comme abstraction et déconnectée de son utilité¹²⁵³. Elle retient alors qu'« *à partir du moment où la durée n'est valorisée et recherchée que lorsqu'elle est efficace, l'acte extinctif pourrait bien être un instrument au service de la pérennité dans la mesure où il est un moyen de faire disparaître les situations inefficaces ou désavantageuses* »¹²⁵⁴. Ajoutons toutefois que la nécessité de faire cesser une situation contractuelle improductive peut aussi relever d'un impératif rudimentaire de justice contractuelle. La loi prévoit par exemple que l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien¹²⁵⁵. Cet impératif a également poussé la jurisprudence à accueillir la possibilité, consacrée par le Code civil, de résolution unilatérale extrajudiciaire afin de permettre au créancier de

¹²⁵² SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif*, th. préc., pp. 7-10.

¹²⁵³ Rappr. LAVEFVE-LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, Bibl. de dr. privé, t. 447, LGDJ, p. 152 et 302 et s. Comp. *infra* n° 359.

¹²⁵⁴ SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif*, th. préc., pp. 7-10.

¹²⁵⁵ Art. 618, al. 1^{er} du C. civ. Le troisième alinéa du texte prévoit que les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser (Civ. 3^e, 12 mars 1970, D. 1970. 692). Par exemple, l'usufruitier d'un cheptel doit maintenir et restituer à la fin de l'usufruit la consistance de ce troupeau. C'est ainsi que les juges ont estimé qu'en mettant en vente les animaux donnés en usufruit sans le consentement des nus-propriétaires, l'usufruitier a abusé de son droit de jouissance (TGI Vannes, 7 juill. 1976, JCP 1977. II. 18638, note PILLEBOUT). De même, le fait pour l'usufruitier de consentir un bail commercial sur des lieux destinés à un autre usage constitue une altération de la substance de la chose donnée en usufruit, caractérisant un abus de jouissance susceptible de provoquer la déchéance de l'usufruit. (Civ. 3^e, 4 juin 1975, Bull. civ. III, n° 194, pourvoi n° 74-10.777 ; Soc. 10 févr. 1955, D. 1955. 379 ; Civ. 3^e, 5 déc. 1968, D. 1969. 274). Par ailleurs, l'usufruitier qui consent un bail doit assurer l'efficacité de l'extinction de ce bail. Ainsi, constitue un abus de jouissance le fait pour l'usufruitier de maintenir dans les lieux les occupants d'un domaine rural dont le bail a été annulé à la requête des nus-propriétaires (Civ. 3^e, 4 juill. 1978, Bull. civ. III, n° 276, pourvoi n° 77-10.210).

s'échapper du contrat rendu inintéressant par le fait du débiteur¹²⁵⁶. Les parties elles-mêmes peuvent encadrer leur relation par des stipulations déterminant les causes spécifiques de rupture, au travers de la condition résolutoire par exemple.

Mais ce qui nous intéresse ici, c'est qu'une telle analyse conduit à voir le terme extinctif du contrat à durée déterminée comme un rempart organisé contre une pérennité subie : « *le débat du temps et de la volonté se termine par le triomphe du temps, [...] le temps a le dernier mot* »¹²⁵⁷. C'est ainsi que le premier outil d'interprétation de la volonté des parties réside dans la prise en compte du caractère temporellement limité de l'engagement. Le régime de la durée du contrat instauré par la réforme indique donc de mettre en valeur, parmi les modes de stabilisation de la relation contractuelle, le principe central de la liberté de ne pas pérenniser le rapport obligatoire.

269.- La liberté naturelle de ne pas renouveler l'engagement. En effet, en accord avec la jurisprudence¹²⁵⁸, le nouvel article 1212, dans son second alinéa, dispose que « *nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ». Il est possible de voir en cela une certaine « *fragilité* »¹²⁵⁹ induite par la présence d'un terme extinctif : la fin semble sans appel. Ce principe est gouverné par la liberté contractuelle qui implique que celui qui ne s'engage qu'à temps ne peut être contraint d'aller au-delà de son engagement¹²⁶⁰. En principe, « *dès l'arrivée de l'échéance, chaque partie doit cesser de se prévaloir des droits prévus par le contrat et procéder, le cas échéant, aux restitutions nécessaires* »¹²⁶¹. Contracter une première fois ne signifie pas que la réitération est acquise, et en l'absence de manifestation de volonté de poursuivre l'exécution, « *le cocontractant peut, dès le lendemain [du terme], entreprendre les recours appropriés* »¹²⁶². C'est néanmoins cette même liberté qui permet aux parties de reconduire

¹²⁵⁶ Cf. *infra* n° 558 et s. (sur l'office du juge dans la résolution).

¹²⁵⁷ JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, Champs Essais, 1974, p. 13.

¹²⁵⁸ MESTRE J. et FAGES B., « Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu », RTD civ. 2002. 99 ; HELLERINGER G., « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », D. 2010. 2413 ; MOREAU F., « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles », D. 2002. 2725.

¹²⁵⁹ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 506, n° 588. Rappr. CHANTEPIE G., « La précarité des relations commerciales », JCP E 2012, 1605.

¹²⁶⁰ Com. 9 juill. 1952, RTD com. 1953.720, obs. HÉMARD J. ; 21 oct. 1970, J. C. p. 1971. II. 16798, note HEMARD J. ; Civ. 3^e, 14 févr. 2007, Bull. civ. III, n° 27, pourvoi n° 06-14.716 ; Paris, 26 janv. 2001, RTD civ. 2001. 362. *Adde* HENRI L. et MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations : théorie générale », par CHABAS F., Paris, Montchrestien, 1998, n° 1084, p. 1136.

¹²⁶¹ LLUELLES D., « Le renouvellement unilatéral et automatique, fondés sur une clause du contrat », *in Revue du Barreau*, t. 64, 2, 2004, p. 151.

¹²⁶² LLUELLES D., *ibidem*.

l'engagement, parce qu'elles le veulent ensemble¹²⁶³. Ainsi, la formation d'une nouvelle relation à la suite de la précédente obéit à un opportunisme légitime reposant sur l'autonomie de la volonté¹²⁶⁴.

Deux aspects du renouvellement sont néanmoins éclairés par la règle du nouvel article 1212. D'une part, la liberté de ne pas renouveler doit être effective. La question de l'effectivité se pose en matière de consommation, dans laquelle le recours aux clauses de tacite reconduction est très répandue. D'autre part, la liberté de ne pas renouveler ne doit pas être abusive.

2. L'effectivité de la liberté de ne pas renouveler

270.- Réunir les conditions de la liberté. À l'approche de l'échéance marquant le terme du contrat en cours, c'est parfois un devoir d'information qui pèsera sur le contractant professionnel. Le but est de permettre au consommateur de se voir notifier son droit de sortir de se désengager de la relation. En effet, l'article L. 215-1 du Code de la consommation¹²⁶⁵, issu de la *loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*¹²⁶⁶ impose au professionnel l'obligation de rappeler par écrit la possibilité, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de « résilier » le contrat¹²⁶⁷. La sanction du non-respect de cette règle est la possibilité pour le consommateur de mettre fin à la relation à tout moment, et gratuitement, dès l'intervention du terme. Dans ce cas, il a droit au remboursement des avances effectuées après la dernière date de reconduction. Il faut être néanmoins attentif au fait que la jurisprudence reconnaît la prise d'effet de la dénonciation du contrat à compter du jour où le droit de rupture est exercé : elle n'agit pas rétroactivement de manière à justifier le remboursement des versements effectués dans la période intermédiaire¹²⁶⁸. Il est ainsi intéressant de remarquer que le mécanisme de la tacite reconduction automatisée appelle des normes de régulation s'inscrivant dans un

¹²⁶³ Le renouvellement ne peut être en principe unilatéral. Pour un exemple en droit canadien : *Gestion Infopharm Inc. c. B.C.E. Emergis Inc.*, J.E. 2002-1002, par. 40 (C.S.) ; *Boréal Assurances Inc. c. Groupe d'assurances Liberty Mutuel*, [2000] R.R.A. 897, 903 (C.S.), énonçant que le renouvellement ne peut résulter d'une simple notification adressée au cocontractant. Une telle notification ne peut s'analyser qu'en une offre de renouvellement.

¹²⁶⁴ Pour une vue d'ensemble, cf. PENIN O., « Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction », RTD civ. 2015. 45.

¹²⁶⁵ Rappr. art. L. 216-2 du Code de la conso., issu de la [loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a introduit diverses dispositions d'ordre public intéressant l'obligation de livraison du professionnel et le transfert des risques](#).

¹²⁶⁶ La loi ne s'applique pas aux professionnels lorsque la prestation du contrat en question est en rapport direct avec leur activité : Civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, Bull. civ. I, n° 121, pourvoi n° 13-16.312, RLDC 2014/118, n° 5521, RLDA 2014/97, n° 5301.

¹²⁶⁷ GAUTIERP.-Y., « La tacite reconduction reçoit ses titres de noblesse, via l'obligation légale d'information », Rev. Lamy dr. aff. 2005, n° 80, n° 4982 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Une nouvelle loi pour faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles », RLDC 2005/15, n° 603 ; STOFFEL-MUNCK Ph., « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel », JCP G 2005, I, n° 665 ; MALLET-BRICOUT B., « Loi « Chatel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », Dr. & patr. 2005, n° 140, p. 38.

¹²⁶⁸ Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, Bull. civ. I, n° 76, pourvoi n° 12-18.556, RLDA 2013/83, n° 4640.

ordre public de protection, et dont l'effet est de produire un droit de rupture comparable à celui pouvant s'appliquer à un contrat à durée indéterminée¹²⁶⁹, bien que cette similitude ne soit qu'apparente¹²⁷⁰. En effet, le défaut d'information sur la reconduction se confond avec un défaut d'information sur la durée de la relation. C'est ainsi que le législateur octroie à la partie profane, présumée insuffisamment renseignée sur la portée de son engagement, de se comporter comme si le contrat était à durée indéterminée, alors même que cette dernière est déterminée. Ces dispositions sont bienvenues dans l'optique d'enrailer les pratiques abusives de certains professionnels qui auraient cru compter sur le manque de vigilance des usagers pour reconduire indéfiniment le rapport obligatoire, et constituer ainsi une clientèle captive¹²⁷¹.

271.- Les obstacles indirects. Il faut néanmoins souligner que l'effectivité de la rupture dépend des diligences accomplies par le professionnel. Sur ce point, les conséquences satisfaisantes de la dénonciation du contrat ne dépendent effectivement pas que du remboursement des versements transitoires. Elles s'attachent également à la délivrance de certains documents tels que la clôture de garantie lorsque le bénéficiaire souhaite changer d'assurance, ou celle des comptes bancaires. Or, les procédures internes sont parfois de nature à allonger les délais de liquidation de la dénonciation. L'établissement bancaire coopératif peut par exemple conditionner la clôture des comptes au rachat des parts sociales du titulaire ; rachat qui ne peut intervenir qu'à la suite de la réunion d'une commission semestrielle. En matière de couverture de santé, le prestataire doit également effectuer les démarches utiles à la radiation de sa télétransmission entre la Caisse primaire d'assurance maladie, sans quoi le nouveau prestataire ne pourra mettre en place sa propre télétransmission, empêchant ainsi le

¹²⁶⁹ BENABENT A., « La prolongation du contrat », préc., s'interroge ainsi : « à force de les renouveler, les multiples contrats à durée déterminée qui se succèdent ne viennent-ils pas, par une sorte de fusion dans le temps, à constituer un ensemble à durée indéterminée ? [...] car dans les faits, rien ne ressemble plus à la résiliation d'un contrat à durée indéterminée que le non-renouvellement d'un énième contrat à durée déterminée », relevant ensuite que « empiler les contrats à durée déterminée ne revient pas à construire un contrat à durée indéterminée ». La jurisprudence a déjà apporté une réponse négative à cette question : Com. 22 janvier 1980, Bull. IV, n° 36. Néanmoins, v. DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^{ème} éd., Paris, 2010, p. 217, n° 351 : « il peut donc y avoir une suite ininterrompue de contrats de durée déterminée : cette suite n'a pas pour effet de créer un seul et même contrat. La solution est contraire au droit du travail : le renouvellement du contrat de travail à durée déterminée n'est pas libre, et surtout indéfini ; parfois la poursuite de la relation salariale sur le fondement de contrats successifs (contrat à durée indéterminée ou intérim) peut conduire à la requalification de la convention en contrat à durée indéterminée ».

¹²⁷⁰ Il est important de bien distinguer par exemple le droit de ne pas former un nouveau contrat à la suite de l'extinction du précédent, et le fait d'être à l'initiative de la cessation de celui-ci. Le refus de renouvellement ne peut être assimilé à une rupture du contrat. Les enjeux peuvent être essentiels, comme l'a montré récemment un arrêt de la Cour de cassation en matière d'agence commerciale. Les Hauts magistrats ont effectivement affirmé que « l'agent commercial qui refuse de conclure un nouveau contrat à l'expiration du précédent n'a pas l'initiative de la cessation du contrat au sens du second texte susvisé, de sorte qu'il n'est pas privé du droit à indemnité prévu par le premier », in Com. 21 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 15-29.127.

¹²⁷¹ Rapp. *infra* n° 275, 359 et 360.

bénéficiaire d'être remboursé dans des conditions normales. De même, l'effectivité de la dénonciation peut dépendre de la levée des prélèvements automatiques. Il n'est pas inhabituel que les prélèvements se poursuivent après la rupture. Dans ce cas, c'est la vigilance du consommateur qui servira le mieux ses intérêts, en veillant à révoquer l'autorisation de prélèvement consentie initialement à son cocontractant. Or, il est courant qu'un établissement de crédit soit également le prestataire de l'assurance assortissant un emprunt. Dans ces cas, l'emprunteur se heurtant à des difficultés de résiliation sera particulièrement démuni si le prestataire persiste dans le prélèvement des paiements. Un autre problème est encore celui de l'exploitation des données personnelles nonobstant la résiliation du contrat, permettant ainsi au professionnel de maintenir un rapport commercial dans l'après-contrat¹²⁷². Le comportement du cocontractant faisant obstruction à l'effectivité de l'extinction devrait pouvoir entrer dans le champ du nouvel article 1102 du Code civil, sauf disposition spéciale¹²⁷³.

Si l'abus peut provenir du contractant qui subit la rupture, il peut également être commis par celui qui refuse le renouvellement.

3. *L'abus dans la liberté de ne pas renouveler*

272.- Le recours à la théorie de l'apparence. Le principe n'est pas absolu et le droit de ne pas renouveler est susceptible d'abus. La théorie de l'apparence est utile en la matière : l'abus tient dans le fait de provoquer ou d'entretenir la croyance en la poursuite de la relation¹²⁷⁴. Dans ce cas, la responsabilité est extracontractuelle et la charge de la preuve incombe naturellement à la partie qui invoque l'abus¹²⁷⁵. La preuve attendue doit être celle qui établit que le contractant fautif a suscité une

¹²⁷² L'article 38, alinéa 2, de la [loi n°2004-801 du 6 août 2004 - art. 5 JORF 7 août 2004](#) permet à toute personne physique le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. Rappr. sur le droit à l'oubli des personnes n'étant plus inscrites au RCS : CJUE 9 mars 2017, aff. C-398/15, *Camera di commercio, industria e agricoltura di Lecce c/ M.*, D. 2017. 647 ; Rev. sociétés 2017. 318, obs. LECOURT B. ; Paris, 24 janv. 2017, RG n° 16/15840; LECOURT B., « Droit à l'oubli des personnes inscrites au RCS », RTD com. 2017. 379 : il appartient aux États membres de déterminer si les personnes peuvent demander à l'autorité chargée de la tenue du de vérifier, sur la base d'une appréciation au cas par cas, s'il est exceptionnellement justifié, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à leur situation particulière, de limiter, à l'expiration d'un délai suffisamment long après la dissolution de la société concernée, l'accès aux données à caractère personnel aux tiers justifiant d'un intérêt spécifique à la consultation de ces données. Les bases de données peuvent néanmoins servir postcontractuellement dans la mise en œuvre des campagnes de rappel des produits défectueux par exemple : cf. *infra* Annexe.

¹²⁷³ Cf. *infra* n° 275.

¹²⁷⁴ Com. 3 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 140, pourvoi n° 77-13.747 ; 4 juin 1980, *ibid.* IV, n° 240, pourvoi n° 78-14.745 ; 9 févr. 1981, D. 1982.4, note SCHMIDT-SZALEWSKI J. ; Com., 18 déc. 2001, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 99-11.787 ; Civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, inédit, pourvoi n° 96-18.549.

¹²⁷⁵ Paris, 12 janv. 2005, JurisData n° 277027 ; 25 janv. 2006, RG n° 03/07941 ; Com. 5 juill. 1994, inédit, pourvoi n° 92-17.918.

attente légitime, et elle ne peut donc logiquement se confondre avec l'expression du refus¹²⁷⁶. La discussion ne peut pas non plus porter sur les mobiles du refus, étant donné que, par principe, le renouvellement n'est pas dû¹²⁷⁷. Ce qui doit être démontré, c'est véritablement « *l'illusion* »¹²⁷⁸ créée, nécessairement établie par un faisceau d'indices¹²⁷⁹. L'appréciation des juges du fond est donc déterminante dans une matière où la faute est déduite des éléments factuels¹²⁸⁰. C'est ainsi que la jurisprudence a estimé qu'en se comportant comme l'assureur du responsable d'un dommage, une compagnie d'assurance a accompli des actes manifestant sans équivoque sa volonté de renoncer à se prévaloir de l'expiration du contrat d'assurance à la date où les travaux, qui étaient à l'origine des désordres, avaient été réalisés¹²⁸¹. Toutefois, la loi organise parfois une présomption d'abus, dérogeant ainsi au principe de l'article 1212, allant même jusqu'à proscrire purement et simplement le droit de ne pas renouveler. Cette atteinte à la liberté est alors justifiée par des nécessités tenant au déséquilibre des forces dans la relation contractuelle, ou au fait que la stabilité participe directement à la nature du contrat. Tel est le cas de l'article L. 411-46 du Code rural qui prévoit que le preneur du bail a droit au renouvellement, nonobstant toutes clauses, stipulations ou arrangements contraire, à moins que le

¹²⁷⁶ Civ. 3^e, 3 juin 1998, inédit, pourvoi n° 96-22.518.

¹²⁷⁷ Com. 30 nov. 1982, Bull. civ. IV, n° 392, pourvoi n° 81-13.397 ; 11 janv. 1983, *ibid.* IV, n° 16, pourvoi n° 81-14.456; Civ. 2^e, 14 juin, inédit, pourvoi n° 04-18.250. De même, l'abus ne peut être constitué simplement parce que la relation déjà reconduite ne l'est plus (Com. 9 déc. 1969, Bull. civ. IV, n° 375 (pas de n° de pourvoi) ; Com. 3 déc. 1980, Bull. civ. IV, n° 410, pourvoi n° 77-15.918 ; 9 déc. 1986, inédit, pourvoi n° 85.13502), ou en raison de l'inégalité entre les parties (Paris, 9 juin 1994, Jurisdata n° 023433). Il nous semble néanmoins possible qu'une situation inégalitaire puisse former un élément d'appréciation du comportement des parties lorsque, par exemple, le contractant économiquement fort incite l'autre à des investissements jusqu'à le rendre économique dépendant du contrat. C'est alors l'incitation qui doit être regardée comme l'élément caractéristique de l'abus. Cf. par exemple, en matière de franchisage : Com. 29 janv. 2002, CCC, 3, 2002, p. 22 ; Trib. com. Paris, 14 févr. 1979, *Cahiers dr. entrepr.* 1979. 12. *Adde* MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Sirey, 3^e éd., 2015, spéc. n° 663 s. ; Com. 20 janv. 1998, CCC 1998, comm. n° 56, obs. LEVENEUR L. ; D. 1998. 413, note JAMIN Ch., 333, obs. FERRIER D., et 1999. 114, obs. MAZEAUD D.; JCP 1999. II. 10085, obs. CHAZAL J.-P. ; RTD civ. 1998. 675, obs. MESTRE J. ; RTD com. 1998. 661, obs. B BOULOC. ; 9 avr. 2002, RTD civ. 2002. 811, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; 5 oct. 2004, CCC 2005, comm. n° 1, obs. LEVENEUR L. ; JCP 2005. I. 114, obs. CHAGNY M. ; RDC 2005. 288, obs. STOFFEL-MUNCK Ph., et 384, obs. BEHAR-TOUCHAIS M. ; RLDC, janv. 2005. 5, note MAINGUY D. et RESPAUD J.-L. ; RTD civ. 2005. 127 et 128, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; D. 2005. 2836, obs. FAUVARQUE-COSSON B., et 2006. 512, obs. FERRIER D. ; RTD com. 2005. 407, obs. BOULOC B.

¹²⁷⁸ Com. 23 mai 2000, RJDA 2000, n° 973, p. 772 ; LPA, 8 mars 2001, n° 48, p. 18 ; RTD civ. 2001. 137, obs. MESTRE J. et FAGES B.

¹²⁷⁹ Échanges de courriers, élaboration d'objectifs à long terme, incitation à investissement dans la relation, renouvellements habituels et soudainement interrompus sans autre annonce (rapp. Rupture des relations commerciales établis, Com. 21 déc. 1981, D. 1982, I. R. 130), etc.

¹²⁸⁰ Com. 15 févr. 1982, Bull. civ. IV, n° 60, pourvoi n° 80-13004: une Cour d'appel ne peut condamner une société française chargée de diffuser en France les produits d'un fabricant étranger d'automobiles à payer à l'un de ses concessionnaires des dommages-intérêts au motif que cette société aurait mis fin avec brusquerie à la convention unissant les parties et ainsi commis un abus de droit sans répondre à des conclusions faisant valoir que sa lettre de résiliation n'avait pas en fait mis fin à leurs relations, que le contrat non renouvelable par tacite reconduction avait été conduit jusqu'à son terme, que les objectifs arrêtés par les parties avaient été atteints et que si les commandes supplémentaires n'avaient pas été satisfaites c'était indépendamment de la volonté de la société concédante que se trouvait tenue par le contingentement imposé par le fabricant. Cf. GARINOT J.-M., « Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat ? », D. 2014. 2014.

¹²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1992, RGAT 1992. 377, note BEAUCHARD.

bailleur ne justifie de l'un des motifs graves et légitimes prévus par la loi¹²⁸². Le droit à la pérennité intrinsèque à l'utilité du bail permettant l'exploitation est même étendu au conjoint ou partenaire qui poursuit l'activité après le départ de l'autre¹²⁸³.

En matière commerciale, les articles L. 145-8 et suivants du Code de commerce prévoient également un droit au renouvellement au profit du preneur. C'est certainement l'exemple le plus représentatif de l'impératif de stabilisation imposé par la loi¹²⁸⁴. Ce droit au renouvellement a une importance essentielle en ce que l'interruption éventuelle de la location a pour conséquence une interruption de l'exploitation – justifiant ainsi le fait que le droit au renouvellement a une valeur économique forte¹²⁸⁵. La cessation du bail peut donc avoir un impact pénalisant pour le locataire exploitant. C'est pourquoi on a pu relever à juste titre que le droit au renouvellement du bail commercial est instauré « *dans le souci d'assurer la stabilité du fonds de commerce* » et « *d'inciter le locataire à procéder aux investissements nécessaires* »¹²⁸⁶ à l'activité¹²⁸⁷. Ainsi, si le bailleur ne peut être contraint de consentir au renouvellement en faveur de son preneur, il est néanmoins dans l'obligation de justifier sa décision par un motif légitime ou, à défaut, de verser une indemnité d'éviction. Toutefois, afin de mettre les chances du côté du locataire et de favoriser le renouvellement du bail, un droit de repentir reste ouvert au bailleur qui, après avoir refusé la demande, peut échapper à l'obligation d'indemnisation en y consentant finalement¹²⁸⁸.

¹²⁸² Par exemple : défauts de paiement du fermage après mise en demeure, agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds (art. L. 411-31), ou congé pour reprise (art. L. 411-57 et s.).

¹²⁸³ Art. L. 411-46, al. 2.

¹²⁸⁴ Ce droit est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger conventionnellement (toute clause contraire est frappée de nullité – art. L. 145-15 du C. de com.) : Civ. 3^e, 3 nov. 1971, Bull. civ. III, n° 526, pourvoi n° 70-11.511.

¹²⁸⁵ Ce qui montre la différence de circonstances entre la primo-formation du bail commercial et son renouvellement : « *avant la formation du bail, le preneur n'est pas dans les lieux ; alors qu'il l'est au moment du renouvellement. Et précisément, ce n'est pas la même chose de ne pas former le contrat, en interdisant les lieux au locataire, et de refuser de le renouveler en devant l'expulser* », in LIBCHABER R., Defrénois 2006. 1236 et s.

¹²⁸⁶ (Coll.), *Gestion immobilière, Memento pratique Francis Lefebvre*, Levallois, 2014-2015, p. 806, n° 57000.

¹²⁸⁷ Civ. 3^e, 8 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 16-24.045, D. 2017. 1248 : quelle que soit la durée du bail dérogatoire ou du maintien dans les lieux, si le preneur reste et est laissé en possession au-delà du terme contractuel, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est régi par les articles L. 145-1 et suivants du code de commerce.

¹²⁸⁸ La Cour de cassation estime que le preneur à un bail dérogatoire ne pouvait se prévaloir de son occupation antérieure à la formation de bail (en tant que sous-locataire) pour bénéficier du droit au renouvellement prévu par le statut des baux commerciaux, in Civ. 3^e, 30 mars 2017, inédit, pourvoi n° 16-10.786 : l'occupation antérieure en qualité de sous-locataire n'avait conféré aucun droit au regard du statut des baux commerciaux. De même, lorsque les parties ont convenu de former un bail dérogatoire à la suite d'un premier bail statutaire, le bailleur ne peut refuser la restitution des clés à l'issue de l'acte dérogatoire, invoquant la présence antérieure du preneur et ainsi le statut du bail commercial, in Com. 2 mars 2017, inédit, pourvoi n° 15-28.068 : l'entrée dans les lieux du preneur énoncée à l'article L. 145-5 du code de commerce, vise la prise de possession des locaux en exécution du bail dérogatoire, peu important que le preneur les ait occupés antérieurement en vertu d'un autre titre depuis expiré. V. DUMONT-LEFRAND M.-P., « Baux commerciaux », D. 2017. 1572

En définitive, la liberté de ne pas renouveler le contrat a des contours partagés avec la notion de confiance. Tandis que le droit encadre l'abus de la confiance dans le but d'entraver la liberté de sortie du rapport contractuel, il régule, en creux, le même abus lorsque celui-ci atteint au contraire la stabilité.

b) *Le recours aux stipulations*

273.- L'utilité des clauses de renouvellement. Les clauses de renouvellement sont également appelées *roll-over clauses*, *evergreen clauses*¹²⁸⁹ ou encore *automatic renewal provision*. Elles incluent en ce sens les clauses dites de tacite reconduction. Or, la combinaison de la notion de tacite reconduction avec sa prévision dans une clause stipulée au contrat peut paraître antithétique. Le fait pour les parties d'anticiper la reconduction prive celle-ci de son caractère tacite du fait que la volonté des parties est expressément exprimée ; ce qui fait de l'expression « clause de tacite reconduction » une « *erreur de langage* »¹²⁹⁰. Toutefois, il n'est pas certain que les deux mécanismes soient incompatibles dans leur sens profond, l'idée d'une « *tacite reconduction expresse* »¹²⁹¹ n'étant pas en soi impossible.

En effet, la stipulation visant à instaurer une tacite reconduction n'annule pas nécessairement le caractère tacite de la volonté. Elle a pour effet de lever l'ambiguïté quant au comportement des contractants à la fin du contrat. Sans imposer une reconduction – laquelle dépendra en temps voulu de la volonté des parties désireuses ou non de dénoncer le contrat¹²⁹² – la clause de tacite reconduction peut s'apparenter à une clause d'interprétation qui donne un caractère univoque à l'intention des parties qui poursuivraient l'exécution du contrat après sans son terme sans pour autant formaliser un nouvel accord. Ainsi, la clause donne corps à la présomption de volonté déduite des faits¹²⁹³ (le silence des contractants continuant l'exécution) ; et elle va même au-delà puisqu'elle transforme cette présomption

¹²⁸⁹ PRIVES P. G., « Evergreen clauses: be aware of the pitfalls », in *Business Law and Governance, A publication of the American Health Lawyers Association, Business Law and Governance practice group*, Vol. 6, Issue 1, 2013, p.1: « as a general concept, an evergreen clause provides that the term of an agreement will automatically renew for some period of time unless one party provides the other party with notice before the end of the current that it does not wish to renew the term of the agreement. An example of such a clause is as follows: The initial term of this Agreement shall be one year commencing as of the date hereof. Thereafter, the term of this Agreement shall automatically renew for successive one-year terms unless one party provides written notice to the other party at least ninety days in advance of the end of the then existing term that it does not wish to renew the term of this Agreement ».

¹²⁹⁰ PAGET M., *De la tacite reconduction expresse*, th. Paris, 1926, p. 18. *Contra* LARROUMET Ch., *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, op. cit., p. 177, n° 206. V. en outre LITTY O., th. préc., p. 395, n° 502.

¹²⁹¹ PAGET M., *De la tacite reconduction expresse*, th. préc.

¹²⁹² En effet, les clauses prévoient en principe les conditions de mise en échec de la tacite reconduction : cf. MESTRE J. et RODA Ch. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, p. 883.

¹²⁹³ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1965, D. 1965, jur. P. 472 ; Civ. 3^e, 16 mai 1973, Bull. Civ. III, n° 348, p. 252, pourvoi n° 72-11.698 : la tacite reconduction d'un bail repose sur une présomption de volonté des parties, dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond ; Civ. 1^{ère}, 20 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 87, p. 59, pourvoi n° 94-14.737 : la tacite reconduction d'un contrat de location de véhicule, reposant sur une présomption de volonté des deux parties, est exclue dans le cas où le maintien en possession du preneur est contredit par l'expression de la volonté du bailleur d'obtenir la restitution du bien loué.

en certitude déduite du contrat. Les parties ayant recours à la stipulation font preuve d'une anticipation qui a pour effet de faciliter le travail d'interprétation autant qu'elle résout la question de la preuve du consentement à la reconduction. Certaines de pouvoir reconduire le contrat sans avoir à réitérer leur consentement en vue d'un renouvellement, les parties ne font rien d'autre que circonstancier leur silence. Au lieu de « *dessiner une attitude susceptible d'interprétation* »¹²⁹⁴, les contractants dessinent directement l'interprétation retenue. Ainsi, lorsque la tacite reconduction est alléguée à l'encontre d'une partie dont le comportement est passif ou ambivalent la présence ou l'absence d'une clause de tacite reconduction est un indice d'interprétation précieux de son intention¹²⁹⁵. Les parties peuvent même être contraintes d'y avoir recours lorsque la loi écarte le principe de la reconduction tacite, comme pour le contrat d'assurance¹²⁹⁶, ou en matière d'indivision visée par l'article 1873-3, alinéa 3 du Code civil, disposant qu' « *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* ». C'est pourquoi l'utilité de la clause réside tant dans la pérennité qu'elle instaure que dans une certaine forme de sécurité juridique. Les juristes américains expriment à ce titre que l'utilité de la clause réside principalement dans une « *peace of mind for both parties* »¹²⁹⁷.

274.- L'utilité des clauses de renouvellement (suite). De plus, les clauses de reconduction contribuent à l'efficacité économique de la relation destinée à s'inscrire dans un projet à long terme, justifiant ainsi qu'elles soient un enjeu de discussion dès la négociation du premier contrat¹²⁹⁸. Il n'est pas exclu non plus que des contractants, ne souhaitant pas renouveler leur relation autrement que par une

¹²⁹⁴ CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, coll. Thémis, 21^e éd., 1998, n° 32, p. 81.

¹²⁹⁵ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, préc., n° 459, donnant pour exemple du bailleur qui continue de percevoir les sommes versées du locataire mais dont on ne détermine pas si elles sont acceptées au titre d'un loyer ou d'une indemnité d'occupation.

¹²⁹⁶ LITTMAN M.-J., *Le silence et la formation du contrat*, th. préc., p. 465. Cf. *Lamyline Droit des assurances*, 2016, n° 618 « Fin du contrat et renouvellement » ; Civ. 1^{re}, 2 mars 1994, Bull. civ. I, n° 87, p. 67, pourvoi n° 92-10.796, RGAT 1994. 458, note MAURICE R. : la survenance du terme extinctif, en l'absence de clause de tacite reconduction, permet d'acquiescer de plein droit l'effet extinctif. En l'espèce, a justifié légalement sa décision la cour d'appel qui a décidé qu'un assureur n'était pas tenu de verser un capital-décès après avoir, d'une part, constaté que les polices avaient une durée limitée à un an, qu'elles ne comportaient aucune clause expresse de tacite reconduction, que chaque renouvellement avait donné lieu à l'établissement de clauses particulières, d'autre part énoncé que la survenance du terme mettait fin aux obligations des parties sans même qu'une résiliation soit nécessaire, enfin constaté qu'au terme de la dernière année d'assurance aucun accord n'était intervenu entre les parties pour établir un nouveau contrat, de sorte qu'à **la date du décès de l'assuré qui était intervenu postérieurement**, aucun contrat d'assurance en cas de décès n'était en vigueur.

¹²⁹⁷ « *Paix de l'esprit pour chaque partie* », in PRIVES P. G., « Evergreen clauses : be aware of the pitfalls », in *Business Law and Governance, A publication of the American Health Lawyers Association, Business Law and Governance practice group*, Vol. 6, Issue 1, avr. 2013, p. 2.

¹²⁹⁸ SHIP A., « Common law treatment of renewal rights in commercial agreements: a special look at franchises, distributorships and the duty of good faith », in *Canadian Business Law Journal*, Vol. 54, p. 177.

formalisation expresse, intègrent dans leur accord une clause excluant expressément la tacite reconduction. On peut ainsi remarquer que la principale différence entre la tacite reconduction légale et celle conventionnelle tient en ces deux phrases : dans le cas où le contrat est reconduit légalement « *la poursuite de la relation contractuelle n'est pas alors la conséquence de la volonté silencieuse des parties. Elle cristallise au contraire la volonté affirmée du législateur* »¹²⁹⁹. C'est donc le caractère de prévisibilité qui révèle le mieux l'intérêt de la clause de tacite reconduction, ou de non-reconduction, dont les « *vertus [sont] informatives* »¹³⁰⁰ de sorte à mieux maîtriser le « *piège* »¹³⁰¹ des échéances. De plus, les clauses de renouvellement ont un intérêt pratique essentiel : elles permettent aux parties de mieux maîtriser les conditions de la réitération.

Mais, c'est surtout la durée du nouveau contrat qui se situe au cœur de l'utilité des stipulations relatives à la reconduction. Elles peuvent par exemple faire le choix que la reconduction sera tacite mais aménager le dispositif légal en décidant que le contrat né de la reconduction aura une durée déterminée. Une telle pratique aura parfois pour effet de répliquer à l'identique le contrat initial, y compris dans sa temporalité, donnant naissance à une succession dans le temps de contrats à durée déterminée. Elles peuvent également prévoir une limite au nombre de reconductions ou au temps durant lequel la clause aura vocation à s'appliquer. Lorsque le contrat prévoit une clause de tacite reconduction mais que les parties ne prévoient pas de durée assortissant le nouveau contrat, celui-ci est réputé à durée indéterminée, ce qui donne aux parties le droit de rompre unilatéralement la relation nouvelle¹³⁰². La Cour de cassation a effectivement établi une présomption selon laquelle les parties souhaitent renouveler leur engagement pour une durée indéterminée¹³⁰³, estimant que « *la tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée,*

¹²⁹⁹ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, p. 883. Comp. GODE P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. PATARIN J., PUF 1977, p. 33 et s., pour qui la tacite reconduction ne relève pas d'une présomption légale mais du comportement factuel des parties qui permet de rendre notoire « *l'intention de voir la convention de survivre* ». Toutefois, il nous semble que l'idée d'une présomption n'est pas inconciliable avec cette analyse qui ne fait qu'offrir la grille d'interprétation qui sous-tend la présomption légale et l'application de cette dernière par le juge.

¹³⁰⁰ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, p. 884. Lorsque la stipulation précise que le contenu du contrat

¹³⁰¹ MESTRE J., « Tacite reconduction et sort du cautionnement », RTD civ. 1992. 556.

¹³⁰² Soc., 5 mai 1961, Bull. civ., IV, n° 468 (pas de n° de pourvoi); Civ. 1^{re} civ., 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, p. 345, pourvoi n° 02-21.366, Contr., conc., consom. 2006, comm. 43, p. 11, note LEVENEUR L.; D. 2006, p. 587, note MEKKI M.; RTD civ. 2006, p. 114, obs. MESTRE J. et FAGES B. : Sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat à 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. Une cour d'appel qui, après avoir constaté la commune intention des parties de poursuivre leurs relations contractuelles à l'issue du terme du premier contrat, a relevé l'échec ultérieur de leurs négociations sur les nouvelles conditions, a pu en déduire que la rupture unilatérale par l'une des parties avait été exempte de toute méconnaissance de l'article 1134 du Code civil.

¹³⁰³ En ce sens AZEMA J., th. préc., n° 297; AMAR-LAYANI B., « La tacite reconduction », D. 1996. 143, p. 147; PAGET M., *De la tacite reconduction*, th. Paris, 1926, p. 21 et p. 34; RADOUANT J., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V « Tacite reconduction », 1955, n° 20 : « *la transformation qu'entraîne un le passage d'un contrat à l'autre se marque essentiellement au point de vue de sa durée. Le contrat nouveau n'est pas d'une durée déterminée, égale à celle du contrat primitif ; il est un contrat à durée indéterminée* ». Rapp. *supra* n° 248.

dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée et dont les éléments ne sont pas nécessairement identiques »¹³⁰⁴.

275.- Limites légales. Le recours aux clauses de tacite reconduction, qui est courant dans les baux mais aussi dans les mandats immobiliers et les contrats de louage de service, met donc en exergue le caractère supplétif des régimes organisant la poursuite de la relation contractuelle après son terme. Des limites existent néanmoins : la loi exclut le recours à la reconduction pour les baux emphytéotiques¹³⁰⁵, à construction¹³⁰⁶, ou pour le crédit-*revolving*¹³⁰⁷. Dans ce dernier cas, un impératif de protection des consommateurs éclipse celui de la stabilité, montrant que la reconduction n'est pas toujours « un instrument de protection »¹³⁰⁸ ; cette dernière pourrait en effet jouer contre les intérêts de l'emprunteur qui pourrait être, dans une certaine mesure, incité à l'endettement. En matière de bail commercial, il convient également de souligner que le droit au renouvellement dont bénéficie le preneur est d'ordre public, ce qui exclut le recours aux stipulations. Parfois, la loi ne limite pas le recours à la reconduction mais seulement la durée du nouvel accord. L'article L. 113-15 du Code des assurances plafonne à un an la durée de chaque reconduction et oblige l'assureur à faire mention de cette limite impérative dans la police. Dans une autre mesure, en matière sociale ou d'agence commerciale, la loi impose que la poursuite de la relation soit analysée en une prorogation, nonobstant l'éventuelle présence d'une clause de reconduction¹³⁰⁹. Concernant la protection du salarié, le jeu des requalifications sera d'ailleurs au cœur du régime de la durée. En ce sens, en vertu de l'article L. 1245-2 du Code du travail, le juge doit prononcer d'office la condamnation de l'employeur à verser une indemnité au salarié dont le contrat à

¹³⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, préc. pourvoi n°02-21366.

¹³⁰⁵ Art. L. 251-1 C. rural et de la pêche maritime.

¹³⁰⁶ Art. L. 521-1 C. de com.

¹³⁰⁷ Art. L. 311-9 C. de la conso.

¹³⁰⁸ AMAR-LAYANI B., « La tacite reconduction », art. préc. ; LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préc., p. 405 et s. ; MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil, Les obligations, Les sources*, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988, p. 97. En l'occurrence, ces auteurs évoquent la tacite reconduction comme outil de protection des locataires et des assurés. Le mécanisme peut effectivement jouer de façon automatique, de façon à ne pas laisser la personne protégée sans titre d'occupation ou couverture des risques à l'expiration du contrat initial. V. sur la question spéc. LITTY O., th. Préc., p. 405-417.

¹³⁰⁹ Art. L. 1243-11 du Code du trav. et art. L. 134-11 du Code de com. Rappr. n° 285.

durée déterminée est requalifié en contrat à durée indéterminée¹³¹⁰. De plus, le fait qu'un contrat à durée indéterminée succède à un contrat à durée déterminée ne purge pas ce dernier de ses vices éventuels. La requalification ne fait donc pas obstacle à ce que le salarié puisse demander la requalification de la convention précédente en contrat à durée indéterminée, et donc bénéficier de l'indemnité au titre de la requalification du premier contrat¹³¹¹.

276.- Formalisme. Le principe du renouvellement est celui du consensualisme. Le simple fait que la loi prévoit elle-même la possibilité d'une tacite reconduction permet d'affirmer que le renouvellement se forme *solo consensu*. Mais il existe néanmoins des tempéraments. En effet, lorsque l'écrit est une condition *ad validitatem* de l'acte, il va de soi que la reconduction ne peut être tacite. Pour que le nouvel engagement ait une force exécutoire, il doit alors également répondre au formalisme de la solennité. Ce formalisme réitératif est déterminant de l'avenir de la relation et parfois même de la légalité de certaines pratiques. L'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet d'une concession devant être constatée par écrit, à peine de nullité. C'est ainsi que la tacite reconduction est exclue en la matière, imposant un parallélisme des formes pour le renouvellement de la concession. De même, la location-gérance étant soumise à des formalités de publicité, son renouvellement devrait répondre aux mêmes exigences. La jurisprudence s'est néanmoins montrée partagée¹³¹², ce qui pousse à préconiser une publicité de précaution.

277.- L'acte authentique, garantie de stabilité. Lorsque l'engagement contenu dans le contrat a pour effet de mettre à la charge des contractants des obligations dont l'exécution doit avoir lieu ultérieurement, certaines mesures d'optimisation peuvent s'imposer en vue d'offrir des garanties au créancier de l'obligation. Ce créancier peut être un tiers à la convention. Tel est le cas de figure en présence d'un acte de vente d'un bien immobilier en cours de location¹³¹³. En effet, l'acquéreur va pouvoir s'engager à proroger, après la vente, le contrat de bail qui lie le vendeur et le preneur. Le bénéficiaire de cette obligation postcontractuelle n'est donc pas le cocontractant mais le locataire qui est

¹³¹⁰ Soc., 28 nov. 2000, Bull. Civ. V, n° 390, p. 298, pourvoi n° 98-42.999: les dispositions de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, selon lesquelles la juridiction prud'homale doit d'office condamner l'employeur à verser au salarié l'indemnité prévue par ce texte, lorsqu'elle fait droit à une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, sont applicables dans le cas où le terme du contrat à durée déterminée n'a pas été respecté et que, la relation contractuelle s'étant poursuivie, ce contrat est devenu un contrat à durée indéterminée en vertu de l'article L. 122-3-10 du Code du travail. Soc., 13 déc. 2000, inédit pourvoi n° 98-45.843 ; Soc., 7 mai 2002, inédit, pourvoi n° 00-42.325 ; Soc., 10 juin 2003, Bull. civ. V, n° 191, p. 187, pourvoi n° 01-40.808 : lorsqu'elle fait droit à la demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée formée par le salarié, la juridiction saisie doit d'office condamner l'employeur à payer au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. Soc., 29 oct. 2003, inédit, pourvoi n° 01-45.291 ; Cass. soc., 29 sept. 2004, inédit, pourvoi n° 02-40.927.

¹³¹¹ Cass. soc., 25 juin 2011, Bull. V, n° 170, pourvoi n° 10-12.884.

¹³¹² Com. 13 déc. 1971, D. 1972. 421.

¹³¹³ V. (Coll.), *Gestion immobilière*, Memento pratique Francis Lefebvre, Levallois, 2014-2015, p. 974, n° 65160.

un tiers à la vente. Or, si l'acquéreur prend cet engagement, l'obligation qui en découle doit être reprise dans l'acte authentique de vente, lequel doit viser expressément les preneurs concernés. Le point de départ de la prorogation coïncide donc avec celle de la vente par acte authentique, tandis que le terme interviendra au sixième anniversaire de la date à laquelle la vente a été signée chez le notaire. Si les textes n'imposent pas que la prorogation doive résulter d'un avenant, il reste néanmoins utile d'y recourir afin de clarifier la date exacte d'échéance du bail, dans un but d'information des parties.

Dans certains contextes¹³¹⁴, si l'acquéreur ne prend pas cet engagement au moment de la vente, il pourra tout de même, une fois la vente réalisée et en tant que nouveau propriétaire du bien, être confronté à une demande de prorogation émanant du locataire qui pourra valablement agir en nullité du congé nonobstant une demande concomitante de prorogation¹³¹⁵. En effet, si le congé pour vente a été délivré moins de deux ans avant le terme du bail par le loueur, une prorogation de droit est accordée au preneur sur simple demande. Elle doit être établie par écrit au plus tard quatre mois avant l'expiration du bail en cours. Le but est ici de permettre au locataire de jouir du logement occupé pendant une durée de deux ans à compter de la notification du congé¹³¹⁶.

c) L'interprétation du comportement des parties

278.- Le contexte juridique, indicateur de l'intention des parties. L'observation de l'attitude des parties est un élément qui permet d'éclairer le juge dans son appréciation des faits. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'analyse se fait au vu du contexte : le comportement des parties est mis en relation avec la situation juridique et factuelle dans laquelle le contrat s'inscrit. De façon globale, une influence du contrat passé est donc la principale source d'interprétation de la relation nouvelle¹³¹⁷. Mais il est possible de prendre trois exemples servant à illustrer l'appréciation de la volonté des parties par la jurisprudence : l'interprétation en présence d'une consigne donnée par le législateur (**1. L'application d'une consigne donnée par le législateur**), en présence d'une stipulation dont la portée doit être

¹³¹⁴ Cf. Art. 15 de la loi du 31 déc. 1975 et art. 11-1 de la loi du 6 juill. 1989. La mesure concerne la vente par lots de plus de dix logements dans le même immeuble, affectant des baux à usage d'habitation mais également les baux à usage mixte d'habitation et professionnel. Est visé le secteur locatif désigné aux alinéas 4 et 5 de l'art. 41 *ter* de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986.

¹³¹⁵ Civ. 3^e, 18 janv. 2012, Bull. civ. III, n° 12, pourvoi n° 11-10.389 : la renonciation à un droit ou à une action ne pouvant se présumer, la cour d'appel a pu retenir que le seul fait pour des locataires d'avoir sollicité que le bail fût prorogé à compter de la date prévue pour son terme ne pouvait faire obstacle à la recevabilité de leur demande tendant à faire constater que l'offre de vente et le congé qui leur avaient été délivrés.

¹³¹⁶ Il sera possible pour le nouveau bailleur (dans l'espèce citée, un organisme d'habitations à loyers modérés) de modifier le montant du loyer et appliquer à certains locataires un supplément de loyer de solidarité, en application des art. L. 353-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation : Paris, 17 janv. 2012, JurisData n° 2012-00694 et *ibid* 27 mars 2012, JurisData n° 2012-007565.

¹³¹⁷ Rappr. *infra* n° 291 et s.

appréciée (*2. L'appréciation de la portée d'une stipulation*), et en cas de poursuite volontaire du lien nonobstant la présence d'une clause évinçant le principe de la reconduction (*3. La poursuite volontaire de la relation nonobstant l'éviction par les parties du principe de la reconduction*).

1. L'application d'une consigne donnée par le législateur

279.- L'utilité des textes spéciaux. En l'absence de stipulation, c'est la règle de la casuistique qui s'applique : il faut s'intéresser au comportement des parties, et ainsi se saisir des faits. Toutefois, nombre de dispositions spéciales prévoient soit le principe du renouvellement, soit les éléments matériels constitutifs une reconduction. Par exemple, l'article L. 112-2, alinéa 5, du Code des assurances illustre comment le législateur interprète le comportement des parties en certaines circonstances. Le texte prévoit en effet que la proposition faite par lettre recommandée, de prolonger ou modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, est considérée comme acceptée si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue. Le silence de l'assureur vaut en conséquence acceptation.

Mais les situations de fait ont parfois des contours difficiles à appréhender. La question peut par exemple se poser de déterminer si l'offre de renouvellement formalisée postérieurement à l'échéance du terme doit prendre effet à compter de cette formalisation, laissant alors un temps de carence entre le terme extinctif du premier contrat et la formation du nouveau, ou si le renouvellement a pris effet dès la cessation de l'acte antérieur. L'enjeu pratique est important en cas de survenance d'un risque durant la période de « flottement ». En effet, si la couverture est présumée s'être interrompue, le risque n'est pas pris en charge. Le mécanisme de renouvellement étant naturellement orienté vers la stabilisation du rapport en voie d'extinction, il semble cohérent de retenir la reconduction ininterrompue de la garantie. La jurisprudence est allée dans ce sens, en s'appuyant sur des éléments d'appréciations tels que le paiement de la prime à l'échéance suivant l'intervention du terme¹³¹⁸. Réciproquement, l'absence de paiement de la prime permet d'indiquer la volonté de ne pas reconduire le contrat, nonobstant l'émission entre-temps d'une attestation de garantie par l'assureur¹³¹⁹.

¹³¹⁸ Civ. 1^{ère}, 26 juin 1984, Bull. civ. I, n° 207, pourvoi n° 83-12.219, RGAT 1985. 361, note BIGOT J., D. 1985. 192, obs. BERR C.-J. et GROUDEL H.

¹³¹⁹ Civ. 2^e, 20 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-12.845, RGDA 2008. 317, note LANDEL J., Resp. civ. Et assur. 2008, comm. 208, note GROUDEL H.

2. L'appréciation de la portée d'une stipulation

280.- Le contenu du nouvel engagement. La jurisprudence doit parfois interpréter la portée d'une clause de tacite reconduction, alors même que les parties ont choisi dans un premier temps de ne pas la mettre en œuvre¹³²⁰. En l'espèce, la Chambre commerciale avait dû s'intéresser aux relations suivant la résiliation d'un contrat de référencement. À l'instar de ces couples qui se séparent sans jamais parvenir à se quitter, les parties, après dénonciation du contrat, avaient continué leurs relations. Il est intéressant d'observer que le référenceur, dénonciateur du contrat, a assigné son partenaire en paiement des rémunérations dues au titre des prestations poursuivies au-delà de l'échéance, mais qu'il demandait aussi une requalification de sa qualité de référenceur en celle de courtier. La demande était accueillie par les juges d'appel, approuvés par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'occurrence, la résiliation a été privée de ses effets par le jeu de la clause. La poursuite de rapports postérieurs à la dénonciation du contrat a donc suffi à manifester la volonté des parties¹³²¹. Cependant, bien que la nature du contrat initial ait changé, les magistrats ont estimé que l'absence d'un nouvel accord écrit n'affectait pas la validité de ce nouveau rapport, ni le droit à rémunération du référenceur pour ses prestations de courtier. Le fournisseur ne pouvait ainsi prendre prétexte du défaut de mandat ou de contrat de commission pour échapper à l'exécution de ses engagements, ni même l'absence de protestation du référenceur. En effet, compte tenu des relations commerciales établies entre les parties et de la clause de tacite reconduction, le silence circonstancié des parties valait acceptation de la poursuite de leurs obligations respectives. C'est pourquoi le fournisseur restait redevable de commissions sur le montant du chiffre d'affaires généré postérieurement à la résiliation.

Ainsi, le juge use de son pouvoir d'appréciation afin de déduire du comportement des parties leur volonté de pérenniser leur relation contractuelle, d'interpréter les faits afin de déterminer la nature du contrat, ainsi que de chiffrer, à défaut d'accord *inter partes*, le montant des rémunérations dues postérieurement à la dénonciation du contrat. Il faut néanmoins remarquer qu'en l'espèce, la reconduction avait donné lieu à un changement du contenu du contrat, puisque l'activité antérieure a été étendue par celle du courtage. La reconduction ne limitait donc pas à une réplique du premier contrat mais faisait naître une nouvelle génération d'obligations. L'intervention salvatrice des juges ne semble pas tant consister en un sauvetage de la stabilité, qu'en la préservation d'une cohérence ainsi qu'une justice contractuelle ; peut-être au détriment, proportionné semble-t-il, d'une certaine prévisibilité.

¹³²⁰ Com. 17 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 53, p. 54, pourvoi n° 01-10.103.

¹³²¹ Rappr. Civ. 1^{ère}, 20 sept. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-12.906.

281.- Une configuration parfois originale. Les clauses de stabilité existent aussi sous des formes plus inattendues. En effet, comment définir l'accord tripartite dans lequel un salarié et deux employeurs prévoient les modalités par lesquels un employé quitte le premier pour se mettre au service du second ? La Cour de cassation a eu à connaître de la question¹³²². En l'espèce, la convention prévoyait la cessation de la relation entre un salarié et son employeur, et l'embauche par un autre employeur (du même groupe) avec reprise d'ancienneté, sans période d'essai et une classification supérieure. La Haute juridiction a retenu qu'en l'occurrence, il n'est pas utile d'appliquer les règles relatives aux ruptures conventionnelles, du fait que l'acte en question avait pour but d'organiser la poursuite de l'activité du salarié et non les effets de la rupture du premier contrat de travail¹³²³.

3. La poursuite volontaire de la relation nonobstant l'éviction par les parties du principe de la reconduction

282.- Interprétation en cas d'éviction expresse de la tacite reconduction. Une configuration plus difficile est celle de la continuation ou de la reprise des relations contractuelles alors que les parties ont conventionnellement écarté le jeu de la reconduction. Dans ce cas, il est encore une fois possible de considérer que la stipulation vaut comme une clause d'interprétation. Le juge devrait alors être tenu d'apprécier le comportement des parties à l'aune de leur accord. Ainsi, si une partie prétend que l'engagement a été reconduit alors que l'autre, par exemple, invoque le contraire, affirmant la précarité de la relation nouvelle, la reconduction ne devrait pas pouvoir être constatée. En effet, la volonté déclarée doit en principe primer, donnant à voir la règle d'interprétation choisie par les parties. Lorsque les parties poursuivent volontairement une relation, celle-ci doit être qualifiée de précaire, et ne formalise pas un nouvel engagement. En cas de litige postcontractuel portant sur le principe de la reconduction, la stipulation doit par principe écarter cette qualification. Par exemple, le fait pour un distributeur de passer commande auprès d'un fournisseur après l'intervention du terme extinctif ne signifiera pas que les parties sont liées par un nouveau contrat de distribution. La commande s'inscrit dans un rapport ponctuel. Toutefois, les commandes répétées peuvent constituer dans leur ensemble des relations commerciales établies, exposant alors les contractants à une sanction en cas de rupture brutale¹³²⁴. En revanche, si les parties ayant poursuivi l'exécution connaissent un différend ne tenant qu'au contenu de l'accord et non au principe d'une reconduction, il devrait être possible d'en déduire

¹³²² Soc. 8 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-17.555, D. 2016. 1258, et 1588, chron. F. DUCLOZ ; Dr. soc. 2016. 650, étude TOURNAUX S., *ibid* p. 779, obs. MOULY J. :

¹³²³ V. LOKIEC P. et PORTA J., « Droit du travail : relations individuelles de travail », D. 2017. 840.

¹³²⁴ Cf. *infra* n° 296, 300 et s., 397, 501.

qu'elles ont ensemble renoncé à la clause écartant la reconduction¹³²⁵, sauf si une disposition légale permet de suppléer la volonté des parties¹³²⁶. Il faut néanmoins admettre que la jurisprudence a rendu difficile l'appréciation de la nouvelle situation depuis qu'elle a affirmé que la reconduction ne donne pas lieu à un contrat ayant nécessairement le même contenu que le précédent¹³²⁷. La portée de cette interprétation de la reconduction tend à faire se confondre relations postcontractuelles précaires et stabilisation de l'engagement – laquelle, *ipso facto*, n'en a plus que le nom. En effet, si la reconduction, on l'a vu, donne en principe lieu à un nouvel engagement à durée indéterminée, écartant ainsi la durée du champ du renouvellement, et ne préserve pas non plus le contenu du contrat, que reste-t-il de la substance même de l'institution et de la stabilité censée y être attachée ? Le mécanisme ne se différencie assurément plus des simples relations de fait. C'est pourquoi, sur ce point, la jurisprudence est critiquable. Il faudrait donc distinguer, en définitive, selon les situations : ***en l'absence de toute clause relative à la reconduction (3.1), en présence d'une clause de stabilisation (3.2), en présence d'une clause écartant la stabilisation (3.3).***

3.1 En l'absence de toute clause relative à la reconduction

283.- Les parties discutent le principe de la reconduction. Dans ce cas, le principe devant s'appliquer est celui de la liberté de ne pas reconduire le contrat, sauf disposition légale contraire. Toutefois, si les deux parties se sont spontanément exécutées à la suite de l'extinction du contrat initial, aucun des contractants ne peut de bonne foi écarter le jeu du nouvel article 1215 du Code civil. Si l'une des parties n'a pas poursuivi l'exécution après le terme, mais que l'autre invoque un abus du droit de ne pas renouveler le contrat, celle-ci devra apporter la preuve d'une faute extracontractuelle consistant en la création d'une attente légitime¹³²⁸.

¹³²⁵ BENABENT A., « La prolongation du contrat », préc.

¹³²⁶ Cf. Civ. 3^e, 8 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 16-24.045, D. 2017. 1248. En l'espèce, un bail dérogatoire contenait la stipulation suivante : « *les parties ont entendu contracter pour une durée de quatre mois, de manière irrévocable, sans que cette durée soit prorogée ou révoquée* ». Or, le preneur s'était maintenu dans les lieux après le terme extinctif, sans opposition du bailleur. Ce dernier invoquait la formation d'un bail soumis au statut des baux commerciaux, tandis que le locataire prétendait à une reconduction d'un bail dérogatoire. Faisant application du régime légal en présence de la clause d'éviction de reconduction, estimant que « *quelle que soit la durée du bail dérogatoire ou du maintien dans les lieux, si le preneur reste et est laissé en possession au-delà du terme contractuel, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est régi par les articles L. 145-1 et suivants du code de commerce* ».

¹³²⁷ Même si une clarification de principe est amenée par le nouvel article 1214 du Code civil qui dispose que le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. Sur la jurisprudence antérieure, cf. MEKKI M., « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction » D. 2006. 587, obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 nov. 2005, préc. *Adde* RLDC 2005/23, n° 946, obs. LE GALLOU C. ; RTD civ. 2006. 114, obs. MESTRE J.

¹³²⁸ Cf. *supra* n° 272.

284.- Les parties discutent le contenu de la reconduction. Dans ce cas, l'article 1215 du Code civil doit s'appliquer de plein droit, du fait que le principe de la reconduction est acquis. Mais dans une logique de stabilité, c'est le même contenu qui devrait constituer le nouvel engagement¹³²⁹. Toutefois, si ce contenu est discuté par les parties dans un temps proche de l'extinction, il est possible de considérer que ce contenu doit être renégocié. Les parties entendent se réengager à des conditions mieux adaptées aux besoins, évaluées au moment de la formation du nouveau contrat. Si le contenu est discuté dans un temps éloigné de l'intervention du terme extinctif, il y a alors deux cas de figure : lorsque le comportement des parties dans le temps intermédiaire s'est montré identique à celui sur lequel reposait l'exécution antérieure, le contenu de l'engagement est présumé identique ; lorsque le comportement d'une partie a changé (extension d'activité, modification tarifaire) et que l'autre s'est abstenue de toute renégociation, le nouveau contenu est présumé accepté.

3.2 En présence d'une clause de stabilisation

285.- Les parties discutent le principe de la reconduction. La présence de la clause de stabilisation doit indiquer que le renouvellement a eu lieu. Ainsi, une partie désireuse de sortir de l'engagement devra rompre la nouvelle relation contractuelle, laquelle est en principe à durée indéterminée. Si la stipulation prévoyait une durée de réengagement, la rupture anticipée du nouveau contrat ne peut se faire sans engager la responsabilité contractuelle du contractant sortant, à moins que ce dernier entende se prévaloir d'une clause résolutoire¹³³⁰.

286.- Les parties discutent le contenu de la reconduction. Si la clause ne prévoit pas les modalités de la reconduction, le contenu reste en principe le même. L'appréciation de la continuité du contenu doit alors se faire suivant la même logique qu'en l'absence de clause.

¹³²⁹ Le nouvel article 1214 du Code civil prévoit que le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.

¹³³⁰ Civ. 3^e, 27 avr. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-13.625, D. 2017. 976 ; Dalloz actu. 2 mai 2017, obs. ROUQUET Y. ; JCP N 2017, 511 ; RTD com. 2017. 291, obs. MONEGER J. : « attendu qu'ayant relevé que la clause résolutoire avait été stipulée au seul profit du bailleur et que celui-ci demandait la poursuite du bail, la cour d'appel a exactement déduit, de ces seuls motifs, sans dénaturation, que la locataire ne pouvait se prévaloir de l'acquisition de la clause » ; ce qui impliquait que le preneur restait redevable des loyers ayant continué à courir après le commandement de payer, puisque le bail ne s'était pas interrompu. Rapp. KENDERIAN F., « La clause résolutoire du bail commercial », JCP E 2017, 1258. Rapp. Civ. 3^e, 24 mars 1999, Bull. civ. III, n° 76, pourvoi n° 96-20.590, AJDI 1999. 909, obs. BLATTER J.-P. ; RDI 1999. 470, obs. DERRUPPE J. ; Defrénois 1999. 1209, note DUPLAN-MIELLET S. ; 3 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 99-20.110, AJDI 2001. 511. Comp. Paris, 2 oct. 2002, n° 2000/13705, AJDI 2002. 853 (où le locataire a pu se prévaloir de la résiliation car le bailleur avait renoncé, dans le commandement de payer, à l'alternative).

3.3 En présence d'une clause écartant la stabilisation

287.- Les parties discutent le principe de la reconduction. Lorsque les parties ont spécifiquement évincé la reconduction, celle-ci doit être écartée même si les parties poursuivent spontanément l'exécution. Il s'agit alors de relations précaires et aucune des parties ne peut exiger l'exécution d'obligations qui ne trouveraient leur fondement que dans le contrat antérieur.

288.- Les parties discutent le contenu de la reconduction. Le contenu de la nouvelle relation n'est pas nécessairement identique au précédent, étant donné que la reconduction a été écartée. Si les parties ne discutent que le contenu de la nouvelle relation, il est aussi possible d'envisager, à la lumière des faits, qu'elles ont renoncé à la clause d'éviction de la reconduction.

289.- Le régime de la durée, représentatif de l'après-contrat. Finalement, il n'est guère étonnant que le régime de la stabilisation du contrat se montre particulièrement représentatif des intérêts de la période postcontractuelle. En effet, la question de la stabilisation du rapport en présence d'un terme extinctif invite à mettre en évidence les liaisons entre la durée du contrat et le temps qui lui est extérieur. D'ailleurs, c'est certainement à ce titre qu'on a pu affirmer que « *la tacite reconduction apparaît (...) comme une constitution générale de la théorie de l'après-contrat* »¹³³¹.

Toutefois, si le prolongement de la relation contractuelle au-delà du terme est une manifestation particulièrement visible de l'après-contrat, ce dernier ne s'y limite pas pour autant, rappelant que « *les énoncés des règles juridiques ne sont pas une réalité complète et indépendante, que l'on pourrait étudier en elle-même et pour elle-même* »¹³³².

D'abord, parce que les mécanismes de renouvellement de la relation sont par essence dédiés aux contrats à durée déterminée. *Ipsa facto*, borner la théorie de l'après-contrat à ce seul type d'acte est réducteur : les parties peuvent être amenées à rechercher la stabilité également à la suite d'un contrat à durée indéterminée¹³³³.

Ensuite, il convient également de noter que tous les rapports succédant à l'extinction ne procèdent pas nécessairement du renouvellement ou de la tacite reconduction. Les parties peuvent effectivement être amenées à se rapprocher de nouveau, sans pour autant reconduire le contrat antérieur¹³³⁴.

¹³³¹ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Contrats et conventions », août 1993 (actu. avr. 2015), n° 454.

¹³³² AMSELEK P., « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *in* *Revue de Métaphysique et de Morale* n° 3/1990, p. 380, spéc. p. 396.

¹³³³ Cf. *infra* n° 291 et s.

¹³³⁴ Cf. *infra* n° 291 et s.

Enfin, parce que l'après-contrat peut également être contractualisé, dans un seul but de régulation des comportements, et non de poursuite de la relation contractuelle, comme c'est le cas en présence de clauses postcontractuelles. Ces dernières sont un marqueur très important de l'après-contrat, de sorte qu'il est impossible d'étudier le sujet sans qu'elles prennent une part importante. Ce qui ressort de tout cela doit mettre en doute l'idée qu'une constitution générale de la théorie de l'après-contrat repose sur un unique régime juridique. L'observation **des mécanismes de continuation de la relation après le terme** mérite sans aucun doute sa place dans l'après-contrat, notamment parce qu'elle en offre un exemple formalisé. Mais la phase postcontractuelle a un contenu trop varié pour se limiter à la tacite reconduction, la force du lien entre les parties peut se manifester autrement que par un renouvellement de l'acte.

290.- La force du lien antérieur. Alors que, par ailleurs, les clauses postcontractuelles illustrent une formalisation partielle de la période postcontractuelle¹³³⁵, la continuation du rapport *inter partes* consiste en un suivi de la relation après son extinction de sorte que l'après-contrat apparaît lui-même comme un contrat. Mais cette configuration de suivi peut être exclusive d'une reconduction. Ce n'est pas pour autant que les parties ne subiront plus une certaine force d'attraction en provenance du passé contractuel. Même en l'absence de clauses spécifiques, leur comportement pourra être en quelque sorte scruté à la lumière de leurs antécédents, et cette dernière pourra même influencer les tentatives de nouvelles coopérations. C'est ainsi que, même sans recourir au régime de la tacite reconduction, force est de constater l'influence de l'ancienne relation sur l'après-contrat.

¹³³⁵ Cf. Partie 2.

SECTION 2 L'INFLUENCE DE L'ANCIENNE RELATION

291.- Le voile du contrat sur l'après-contrat. « *L'engagement peut avoir son sillage ; après son extinction, ses suites demeurent* »¹³³⁶. Le contrat n'a pas toujours besoin d'être reconduit pour laisser persister, après son extinction, une « *résonance* »¹³³⁷. La relation hante en quelque sorte les parties, autant que l'on peut considérer que l'après-contrat est le contenant de réminiscences du passé ; peu importe l'image qu'on y joint, l'expérience contractuelle ne laisse pas la relation indemne. Malgré le jeu de l'extinction, la relation ancienne poursuit parfois les parties et continue d'influencer le temps postcontractuel. Le rapport obligatoire projette alors son ombre sur l'après-contrat, si bien que le temps postcontractuel, normalement dédié au retour à la liberté, va se trouver régulé par la subsistance de certains effets contraignants. « *L'obligation a ainsi, par nature, des effets de traîne* »¹³³⁸, à l'instar du temps présent qui laisse sur son passage un dégradé de souvenirs, comme « *une queue de comète* »¹³³⁹. L'extinction est en ce sens porteuse des effets estompés du contrat, allant du trait le plus affirmé, en partant des circonstances de la rupture, au plus subtile, en s'éloignant du moment de l'extinction. La disparition du contrat appelle un contre-effet de l'extinction qui réside en une certaine régulation. En effet, le besoin de continuité et de prévisibilité, formant le halo de sécurité juridique qui par nature entoure la convention, va pousser à la recherche d'optimisation du droit de l'extinction (**§1. La recherche d'optimisation du droit de l'extinction**). Or, compte tenu de la disparition de l'acte juridique, la période postcontractuelle est externe au contrat, ce qui pose un problème d'identification des obligations auxquelles se raccrocher pour ancrer la stabilité. C'est particulièrement le comportement des parties qui sera l'indicateur de la stabilité, au stade de l'extinction comme dans les suites de celle-ci. Appréhender les comportements ne peut se faire qu'à l'aune de principes généraux, susceptibles de s'appliquer indépendamment du contenu obligationnel. La lecture de la jurisprudence le confirme, permettant de mettre en valeur le rayonnement de la bonne foi en dehors de la durée du contrat (**§2. Le rayonnement de la bonne foi en-dehors de la durée du contrat**).

§1) La recherche d'optimisation du droit de l'extinction

292.- Optimiser les suites de l'extinction en stabilisant la rupture. Pour entrer dans l'après, il faut aller de l'avant, chose qui n'est pas toujours dépourvue de complexité, notamment lorsque le rapport obligatoire a longtemps duré. Si la fin du contrat est le sort naturel du processus de l'engagement, la

¹³³⁶ ATIAS Ch., « Les promesses implicites de stabilité », D. 1995. 125.

¹³³⁷ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Contrats et conventions », août 1993 (actu. avr. 2015), n° 474.

¹³³⁸ ATIAS Ch., « Les promesses implicites de stabilité », préc.

¹³³⁹ Cf. *supra* n° 12..

rupture du lien doit composer avec la conscience du passé. C'est peut-être pour ces raisons que rompre son contrat peut parfois être vécu comme « *un art périlleux tant il apparaît difficile de dénouer des relations engagées* »¹³⁴⁰. Si bien que démêler les liens et maintenir simultanément les liaisons entre le temps de l'exécution et celui de la postérité répond à un besoin d'évaluer la force de l'engagement et d'en inventorier les vestiges. Un besoin d'optimisation du droit de l'extinction rejoint alors celui d'une stabilisation dans une période par nature en proie aux perturbations : « *tout l'enjeu consiste ici à déterminer la juste compensation ou le juste prix de la rupture : à savoir "pour les uns le prix de la liberté et pour les autres l'assurance de ne pas sombrer dans une vie misérable"* »¹³⁴¹¹³⁴². Ainsi, la recherche de stabilité doit se faire autant dans les circonstances de l'extinction (**A. La stabilité dans les suites de l'extinction**) que dans *ses suites* (**B. La stabilité dans les suites de l'extinction**).

A- LES CIRCONSTANCES DE L'EXTINCTION

293.- Sécuriser la rupture. Lorsque l'extinction s'impose, elle est entourée d'un contexte. Alors que le régime du contrat à durée déterminée permet en principe d'anticiper le moment de l'extinction, la relation s'inscrivant dans une durée indéterminée laisse la liberté aux parties de sortir de l'engagement à tout moment. Toutefois, cette liberté n'est pas absolue. L'encadrement du droit de rompre (**a. L'encadrement du droit de rompre**) est effectivement rendu nécessaire par d'autres valeurs à protéger (**b. Les valeurs protégées**).

a) L'encadrement du droit de rompre

294.- Le comportement du cocontractant. C'est au travers d'une prise en compte incontournable du comportement de chaque partie que le droit trouvera la réponse susceptible de marier sécurité et liberté, dans un moment de désunion des parties. Le comportement de l'auteur de la rupture doit être analysé, pour identifier le bien-fondé de son acte. Le comportement du cocontractant qui subit la rupture doit également être observé, dans une mise en perspective, afin d'identifier une faute susceptible de justifier les circonstances de la rupture. La Cour de cassation, reprenant les appréciations des juges du fond, a pu ainsi user du critère du *dynamisme* dans l'évaluation du comportement d'un partenaire

¹³⁴⁰ LE GAC-PECH S., « *Rompre son contrat* », RTD civ. 2005, p. 223. *Adde* : le moment de la rupture est un temps juridiquement « *délicat, celui d'espérances déçues, d'investissements soudain improductifs, de difficultés liées à la perte d'un crédit ou d'une clientèle [...] de restitutions complexes qui tentent de liquider les comptes entre d'anciens partenaires qui, après avoir collaboré pendant des années, s'entre-déchirent fréquemment à l'occasion de leur séparation* » in MESTRE J., « *Avant-propos* », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires, Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996*, PUAM 1997, p. 1. Cf. *infra* n° 299 sur le sens de l'optimisation recherchée.

¹³⁴¹ PIWNICA D., « *Les méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire* », JCP éd. G, 2011, p. 68.

¹³⁴² ANTONINI-COCHIN L. et BEURGAUD-BONADA N., « *L'évaluation de la prestation compensatoire* », in *Le prix de la rupture, op. cit.*, p. 72.

commercial¹³⁴³. En l'espèce, un constructeur automobile avait, à la suite d'une fusion, réduit les objectifs de vente de ces concessionnaires sur certains produits amenés à disparaître par la suite. Un concessionnaire avait ainsi été contraint de cesser son activité, ce pour quoi il demanda réparation au constructeur. Suivis par la Haute juridiction, les juges du fond avaient alors retenu que « *si les [concessionnaires] avaient fait preuve de dynamisme, ils auraient pu, grâce à la commercialisation conjointe des modèles Talbot et Peugeot par l'effet des contrats d'agences croisées, maintenir leur activité malgré le déclin de la marque dont ils étaient les concessionnaires* ». Le reproche d'un manque de dynamisme ne résidait pas, en l'espèce, en un refus des contrats d'agences croisées par les concessionnaires, mais en leur acceptation jugée tardive (signature en mars d'une offre exprimée en janvier). L'exigence des juges du fond n'aurait certainement pas été la même si le constructeur avait été l'auteur de la rupture. En l'occurrence, la rupture étant opérée par les concessionnaires, la juridiction se devait d'analyser leur comportement. Or, ceux-ci ne pouvaient se prétendre victime d'une cessation d'activité, alors que le maintien du contrat a été menacé par leur propre manque d'adaptation aux circonstances. Le manque de dynamisme est alors évalué au travers de la réaction et de la participation du contractant aux moyens d'éviter la cessation de l'activité : *nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans*¹³⁴⁴. Il faut noter également que le manque de diligences précontractuelles peut fonder la sanction du créancier de l'indemnité de rupture. Tel est le cas de la privation d'indemnisation pour le constructeur qui ne présente pas de garantie livraison¹³⁴⁵ au moment de la formation du contrat ou avant le commencement effectif des travaux¹³⁴⁶.

295.- Découverte de la faute postérieurement à l'extinction. Un autre exemple de prise en compte des circonstances peut être mis en résonance avec l'arrêt précité. Il s'agit de la faute commise par un contractant avant l'extinction mais découverte dans l'après-contrat. Cette hypothèse a notamment été traitée en matière d'agence commerciale par la jurisprudence interne¹³⁴⁷. Les magistrats français se

¹³⁴³ Com. 9 mai 1990, inédit, pourvoi n° 88-19215.

¹³⁴⁴ *Nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes*. Rapp. n° 176, 294, 333, 334, 336.

¹³⁴⁵ Conformément à l'art. L232-1, g, du Code de la construction et de l'habitation, la justification de la garantie de livraison doit intervenir au plus tard à la date d'ouverture du chantier.

¹³⁴⁶ Civ. 3^e, 12 févr. 2014, Bull. civ. III, n° 19, pourvoi n° 12-28.902, obs. GARCIA F., Dalloz Actu. 14 mars 2014 ; Gaz. Pal. 6 mars 2014, n° 65, p. 27.

¹³⁴⁷ Com. 1 juin 2010, inédit, pourvoi n° 09-14.115 ; Pau, ch. civ. 1^{ère}, 11 mars 2008, RG n° 06/04021 ; Lyon, 3 avr. 2008, RG n° 06/05522. Rapp. (droit social belge) Cass. 6 nov. 1974, Pas., 1974, I, p. 85 : « *les manquements d'une partie après l'extinction d'un contrat de travail ne peuvent plus entraîner la résiliation de la convention* ». Ainsi, invoquer un motif qui, en raison de sa gravité, rendrait impossible la poursuite du contrat n'a plus de sens lorsque celui-ci a déjà effectivement pris fin. À ce principe, il convient d'apporter une précision et une réserve. D'abord, il ne s'applique que si les relations ont cessé de façon effective. Pendant l'écoulement du préavis, le contrat continue d'exister ; il peut donc encore être rompu pour motif grave, ce qui modifiera les modalités de la rupture (Cass., 25 nov. 1991, Pas., 1992, I, p. 230 et note, JTT, 1992, p.73). Ensuite, les faits qui n'ont été connus qu'après la cessation effective du contrat ne sont pas inutiles en ce qu'ils peuvent

sont fondés sur l'article L. 134-12 du Code de commerce en opérant une interprétation stricte des textes à l'égard de l'agent commercial. C'est ainsi qu'il a été décidé que le mandant a la possibilité d'invoquer la faute grave de l'agent commercial, même postérieurement à la rupture. L'agent ne peut donc opposer au mandant l'absence de mention de la faute dans la notification de rupture. Cette affirmation vaut même en cas de retard du mandant dans le versement des commissions dues¹³⁴⁸.

Or, cette logique a été remise en question par le juge de l'Union. En effet, le cas de la faute découverte postérieurement à la rupture – ou à l'engagement du processus extinctif – a fait l'objet d'un examen de la CJUE¹³⁴⁹. C'est sur le fondement de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, aux termes de son article 18, sous a), que la Cour admet le droit à indemnité de l'agent malgré la découverte par le mandant, durant le délai de préavis, d'un manquement susceptible de causer la rupture sans délai du contrat. L'interprétation de la volonté du législateur réside dans l'idée suivante : la volonté de rompre du mandant doit être directement causée par le comportement fautif de l'agent. En d'autres termes, si la notification de la rupture intervient préalablement à la découverte de la faute, celle-ci est inopposable à l'agent, pour la simple raison qu'elle n'est pas à l'origine d'une cessation des relations. En effet, cette dernière serait intervenue, peu importe l'existence d'un manquement. Cette interprétation des textes est de nature à durcir les conditions d'exonération du mandant de la charge indemnitaire de fin de contrat. Une telle approche se montre profitable au statut de l'agent commercial, et laisse penser qu'elle a vocation à s'appliquer dans la période strictement postcontractuelle. Il convient toutefois de remarquer que tout n'est peut-être pas perdu pour le mandant. En effet, la directive visée par la CJUE prévoit, aux termes de son article 17.2.a), que « *le paiement de cette indemnité est*

permettre de prouver au besoin le motif grave invoqué précédemment. La Cour de cassation belge a ainsi décidé que « *le motif grave peut être établi par toutes voies de droit et notamment par la preuve des faits dont la partie qui a rompu le contrat n'a eu connaissance qu'après la rupture* » (Cass. 13 oct. 1986, Pas. 1986, p. 164). Ils peuvent alors servir à préciser les faits invoqués comme motif grave ou à apprécier leur gravité. Cf. WANTIEZ Cl., VOTQUENNE D., *Le licenciement pour motif grave*, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 114 ; LIGOT J., BATTARD O. et VANBOSSELE F., *Les pratiques loyales*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 531.

¹³⁴⁸ V. not. Lyon, 3 avr. 2008, RG n° 06/05522 : « *attendu qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur les faits délictueux qui auraient été commis par la société Boss protection pendant l'exécution du contrat, mais n'auraient été découverts par la société ADT France que postérieurement à la rupture des relations contractuelles, susceptibles de justifier la résiliation du contrat pour faute grave qui étaient invoqués par la mandante, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* », arrêt dans lequel la faute reprochée à l'agent était un manquement au devoir de loyauté prévu par l'article L.134-3 du Code de commerce.

¹³⁴⁹ CJUE, 1^{re} ch., 28 oct. 2010, aff. C-203/09, *Volvo Car Germany GmbH c/ Autohof Weidensdorf GmbH*, telle était la question préjudicielle posée à la Cour : « *a commercial agent is not entitled to an indemnity in the event of contractual termination of the contract by the principal if a serious ground for immediate termination of the contract because of the agent's default existed at the date of contractual termination but was not the cause of the termination?* » ; Europe 2010, comm. 423, obs. RIGAUX A.; CCC mars 2011, comm.. 65, obs. MATHEY N.

équitable, compte tenu de toutes les circonstances ». Il devrait donc être possible d'équilibrer les obligations et droits respectifs après la découverte d'une faute de l'agent, en adaptant le montant de l'indemnité « *aux circonstances* » auxquelles le comportement de l'agent participe nécessairement. Cette solution est souhaitable afin de préserver un régime plus juste de la rupture du contrat d'agent commercial, en évitant une surprotection de l'agent. La question qui peut alors se poser est celle du délai postcontractuelle durant lequel la faute peut être invoquée. Par mesure de cohérence, il est possible d'aligner ce délai sur celui durant lequel l'agent doit pour sa part réclamer le versement de l'indemnité, à savoir une année. En conséquence, la règle reviendrait à permettre au mandant d'invoquer la faute jusqu'à une année après la prise d'effet de la rupture du contrat.

296.- La brutalité dans la rupture. La fin du contrat a pu être décrite comme un temps juridiquement « *délicat, celui d'espérances déçues, d'investissements soudain improductifs, de difficultés liées à la perte d'un crédit ou d'une clientèle [...] de restitutions complexes qui tentent de liquider les comptes entre d'anciens partenaires qui, après avoir collaboré pendant des années, s'entre-déchirent fréquemment à l'occasion de leur séparation* »¹³⁵⁰. Lorsque la rupture des relations est brutale, elle peut créer des pertes lourdes pour un partenaire autant qu'elle peut lui faire manquer des gains escomptés, voire causer sa disparition. C'est pourquoi, attribuant une valeur patrimoniale à l'engagement, la perte du contrat a été associée à une perte économique¹³⁵¹. L'article L. 442-2, I, 5° du Code de commerce prévoit ainsi qu'engage la responsabilité de son auteur 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* ». Ces mêmes dispositions ne font toutefois 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*. L'intervention législative en matière commerciale n'est pas sans lien avec l'irrévocabilité des conventions. Mais le rapport au temps contractuel est le véritable pivot de la rupture brutale envisagée par le Code de commerce, plus que l'opportunité de rompre en elle-même.

En effet, une rupture brutale n'est pas nécessairement abusive. Le Code de commerce distingue entre la rupture brutale et la résiliation-sanction de l'inexécution. Lorsqu'est évoquée la brutalité de la rupture, l'analyse ne s'attache pas tant à l'opportunité de la résiliation qu'au *modus operandi*. On

¹³⁵⁰ MESTRE J., « Avant-propos », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996, PUAM 1997, p. 1.

¹³⁵¹ MESTRE J., *ibid.*

observe ainsi une différence entre l'abus dans le droit de rompre¹³⁵² et les « bonnes manières » de la rupture. La durée de la relation est ainsi un critère déterminant de l'identification de la *relation commerciale établie*. La définition d'une telle relation n'est pas pour autant aisée, tant les termes en sont vagues¹³⁵³. Il est certain qu'elle se caractérise par la qualité des parties, prévue à l'article L. 442-2 du Code de commerce¹³⁵⁴. L'article L. 410-1 du Code de commerce prévoit pour sa part que « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services...* ». La nature commerciale de la relation doit être entendue de manière large, c'est ce que la jurisprudence a déduit des dispositions précitées, en retenant dans le domaine des textes le régime des sociétés mutuelles d'assurances¹³⁵⁵, par exemple. Il faut d'emblée souligner qu'est visée par les textes une « relation » commerciale, sans mention d'un *contrat*. Là encore, le champ d'application des textes doit être entendu de manière large. L'absence de convention formalisée n'est pas un obstacle à la caractérisation de la « relation ». La définition de la notion n'est pas pour autant exprimée par les textes et l'absence de référence à un contrat semble indiquer qu'un acte juridique en cours n'est pas requis. La Cour de cassation délimite ainsi les cas visés par la notion : « *la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* »¹³⁵⁶. Le langage économiste, voire financier, des rapporteurs mérite d'être souligné.

297.- Une approche socio-économique de la relation. Il est question d'un « flux d'affaires », concept empreint d'une certaine « immatérialité »¹³⁵⁷, censée éclairer une autre notion en mal de définition. Le rapport de la Cour précise néanmoins qu'il est possible de démontrer « l'anticipation raisonnable » par l'existence d'un contrat en cours ou **échu**. Il faut en conclure que la Cour ne réduit pas l'expression du rapport économique à l'outil contractuel. C'est une vision moderne qui se dégage

¹³⁵² Com., 25 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 98-22.199 : où la Cour rappelle que non renouvellement d'un contrat à durée déterminée n'a pas à être motivé : « *la société B. n'avait pas à donner de motifs au non renouvellement du contrat passé avec la société AF, que ceux-ci, fussent-ils fallacieux ou non sérieux, ne pouvaient constituer un abus et que l'examen des motifs de rupture invoqués par la société B. était inutile* ». Cf. obs. MESTRE J., RTD civ. 2002. 99 ; MAZEAUD D., D. 2001.3237.

¹³⁵³ Cf. not. sur la notion MATHEY N., J-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 300 : « Rupture brutale des relations commerciales établies », 2012 ; STRICKLER Y., « Les rapports d'affaires », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse* 1995, pp. 27-57 ; VOGEL J. et VOGEL L., *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Bruylant, 2^e éd., 2017 ; IGNATOFF M., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », AJ contrat 2017. 203.

¹³⁵⁴ « *Tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ».

¹³⁵⁵ Com. 14 sept. 2010, Bull. civ. IV, n° 135, pourvoi n° 09-14322, obs. BERLAUD C., Gaz. Pal. 30 sept. 2010, n° 273 ; D. 2010. 2540.

¹³⁵⁶ Rapport annuel pour 2008, p. 307 : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf

¹³⁵⁷ V° « Immatérialité », in Ortolang, CNRTL : qualité de ce qui est immatériel, c'est-à-dire qui ne repose pas sur quelque chose de tangible, sur de la matière.

de la relation commerciale caractérisée autant par le modèle contractuel que par un modèle coopératif non formalisé : l'acte juridique n'est pas toujours la « matière » qui supporte le lien contractuel. Cette approche doit donc prendre en compte impérativement **le temps de la coopération et l'intention des parties**. La relation commerciale prend ainsi les allures d'une institution, dont les caractéristiques sont précisément la durabilité et la solidité¹³⁵⁸. Malgré la dispense faite de formalisation contractuelle, il doit être possible de voir en cette définition celle des contrats relationnels¹³⁵⁹. En effet, « *une dimension sociale entoure toute transaction, et (...) la compréhension des transactions requiert la prise en compte de cette dimension sociale* »¹³⁶⁰. La nature contractuelle de la relation ne se limite pas à l'existence d'un seul contrat, ou d'un contrat formalisé ; inversement, c'est la nature relationnelle des contrats qui permet d'envisager l'unicité d'une relation au travers de plusieurs actes, de sorte qu' « *une transaction ne peut pas, le plus souvent, être appréhendée séparément de celles qui l'ont précédée ou de celles qui*

¹³⁵⁸ Rapp. *supra* et *infra* n° 257, 343, 388.

¹³⁵⁹ MANDARD M., « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises, Autour de l'œuvre de Ian MacNeil », *Annales des Mines, Gérer et comprendre*, 2012/3, n° 109, p. 13, spéc. n° 8 : « *le caractère discret d'un contrat provient de son caractère parfaitement ponctuel et délimité. Ponctuel, il l'est du fait que l'identité des parties n'entre pas en ligne de compte et que la transaction est entièrement séparée de toute autre transaction passée, présente, ou future. Autrement dit, la transaction a lieu entre de parfaits étrangers qui ne seront pas amenés à se revoir. (...) Cette approche a été cependant rapidement critiquée. (...) Le fonctionnement de la firme, cet arrangement institutionnel alternatif au marché, est basé sur un autre type de contrat, généralement de long terme et très incomplet. Il faudra attendre les années 1970 pour assister à l'émergence d'une perspective innovante qui remet véritablement en cause les fondements de la théorie classique. Qualifiées de théorie des contrats relationnels, cette perspective proposée par Ian MacNeil remet notamment en question le caractère sous-socialisé de la théorie classique des contrats en soulignant que tout échange comporte une dimension relationnelle. À l'instar de Stewart Macaulay (1963), c'est en observant la réalité des comportements contractuels que Ian MacNeil s'aperçoit de l'irréalisme des hypothèses de travail de la théorie classique* ». Cf. OST F., « Temps et contrat, critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001, p. 162 ; LAITHIER Y.-M., « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006. 1003 ; MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001, p. 169 ; ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 60 et s. ; JAMIN Ch., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », D. 2005. 2343 ; BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, th. Nantes, 2004. Sur l'aspect économique, cf. WILLIAMSON O. E. « Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations », *Journal of Economic Perspectives*, 1993, 103-8 (Winter) ; HART O. et HOLMSTROM B., *The theory of contracts*, 1985, version dactyl. corrigée 1986, Massachusetts Institute of technology, Yale School of organization and management and graduate School of business, Stanford University, p. 2 ; BAZZOLI L. et KIRAT Th., « A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson », *Economie appliquée*, t. 56, 2003, n° 3, pp. 171-179 ; ESEINBERG M. A., « Why there is no law of relational contracts », Berkeley Law Scholarship Repository, vol. 94, n° 3, Nw. U. L. Rev., p. 805, 1999 ; GOETZ C. J. et SCOTT R. E., « Principles of relational contracts », vol. 67, Va. L. Rev., 1981, p. 1089 ; FEINMAN J. M., « Relational contract theory in context », *Academic Journal article, Northwestern University Law Review*, vol. 94, n° 3, selon qui les obligations de coopérations sont un contrepoids de l'acception individualiste des rapports juridiques qu'a nourri la doctrine classique et néoclassique (sur l'école classique, cf. SMITH A ; sur l'école néoclassique, cf. KEYNES J. M.). Sur l'apport au droit des doctrines politiques et économiques, cf. CARBONNIER J., *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1995 ; SUPIOT A. « La fonction anthropologique du droit », in *Entre la loi et le contrat*, Esprit, févr. 2001, p. 151 et s. ; LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009 ; BRAY J.-E., « Du tout-Etat au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise du législateur ? », Dr. soc. 2000, p. 574 ; POUGHON J.-M., « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits*, vol. 12, 1990, p. 47. Rapp. *infra* n° 343, 388.

¹³⁶⁰ MANDARD M., art. préc., n° 14.

la suivront »¹³⁶¹. La relation repose sur un complexe d'actes¹³⁶², et ne cesse pas d'exister si l'un de ces actes n'est plus en cours. C'est pourquoi il est possible de reconnaître les traits de la théorie du contrat relationnel dans la décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Cette dernière a retenu que la relation commerciale devait être intégralement prise en compte par le juge, période postcontractuelle incluse¹³⁶³. Ainsi, la continuité de la relation commerciale est préservée dans les rapports effectifs entre les agents économiques : malgré l'intervention de la rupture de la convention, se maintient un *animus cooperandi*¹³⁶⁴. La seule volonté de coopérer, accompagnée de la coopération effective (examinée dans son caractère *suivi, stable et habituel*) permet de réunir les éléments constitutifs tant d'une *relation contractuelle* que d'un *contrat relationnel*¹³⁶⁵.

298.- La force du lien des contrat relationnels. À ce titre, le développement des contrats relationnels, dont le succès repose sur des partenariats de longue durée et dont la valeur économique est liée à la pérennité de l'engagement, attire assurément l'attention sur la prévenance nécessaire au moment de la rupture intervenant après une relation prolongée. L'Autorité de la concurrence s'y est d'ailleurs intéressée, au travers des pratiques dans les relations d'affiliation entre commerçants affiliés et les groupes de distribution¹³⁶⁶. Le rapport était d'ailleurs rapidement établi entre la durée prolongée de

¹³⁶¹ MANDARD M., art. préc., n° 14.

¹³⁶² GOLDBERG V. P., « Relational exchange. Economics ans complex contracts », *American behavioral scientist*, vol. 23, n° 3, jan./féb. 1980, p. 337 et s.

¹³⁶³ Com. 24 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 07-19248 : doit être cassé pour violation de la loi, l'arrêt d'une Cour d'appel qui ne prend pas en compte l'intégralité de la relation commerciale, et qui décide « *que si de nouvelles relations ont pris naissance après la rupture du contrat, nécessairement sur de nouvelles bases, en tous cas dans un contexte entièrement différent de celui du contrat de franchise, leur durée doit seule être prise en compte pour mesurer le préavis que Ame aurait dû laisser à Carré Blanc avant de prendre l'initiative de rompre ; que la société Ame ayant passé des commandes à la société Carré Blanc distribution jusqu'à la fin janvier 2004, les relations commerciales établies à prendre en compte pour l'application de l'article L. 442 6, I, 5° du code de commerce ont donc duré cinq mois* ».

¹³⁶⁴ MAGERAN B., *Les relations d'affaires en droit des obligations*, préf. LOQUIN E., PUAM, 2003, p. 135 : « *l'affection contractuelle est comparable à l'affectio societatis en matière de sociétés. Il développe un devoir de collaboration nécessaire à la réalisation nécessaire de tout contrat, devoir qui est aussi dénommé animus cooperandi* ». Adde THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997. 362 ; RENUCCI J.-F., « L'identité du contractant », RTD com. 1993. 362 ; MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 51 ; BAZIN E., « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000, n° 4, p. 1393 ; LE BARS B., « La résiliation du contrat pour cause d'intérêt légitime », D. 2002. 381 ; PUIG P., « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », LPA 2009, n° 46, p. 93 ; DIESSE F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », ADP 43, 1999, p. 302. Adde MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986. 101 ; PICOD Y., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I, 3318 ; MORIN G., « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique », DPCI, 1980, T. 6 p. 9 et s.

¹³⁶⁵ Les contrats relationnels sont « *ceux qui permettent à des agents d'organiser une collaboration durable* », d'après BOUTHINON-DUMAS H., « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », RIDE, 2001/3, t. 15, 3, p. 339. V. aussi sur la notion BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005. Sur la distinction entre les contrats dits *classiques*, considérés comme *statiques* (« *the static nature of classical contract law* ») et les contrats *relationnels* : v. not. EISENBERG M. A., « *Why there is no law of relational contracts* », in 94 Nw. U. L. Rev. 805 (1999), Berkeley Law Scholarship Repository, p. 807, p. 812 et s. ; MACNEIL I. R., « *Relational contract: what we do and we do not know* », in HeinOnline 1985, Wis. L. Rev. 1985, not. p. 487.

¹³⁶⁶ Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-26 du 7 déc. 2010.

la relation et le lien de dépendance qui peut en naître. L'étude portait en l'occurrence sur « *la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers* »¹³⁶⁷, ainsi que l'impact sur la mobilité entre les réseaux. Les critères de la durée des contrats et des difficultés de sortie de cette durée se sont avérés déterminants. Il a ainsi été observé une faible mobilité des agents économiques, du fait que les groupes de distribution ont empêché, par le recours à des aménagements contractuels, les commerçants affiliés de quitter les réseaux. L'avis relève alors que les groupements coopératifs présentent des durées d'engagement pouvant aller jusqu'à trente ans. Sur ce point, il faut noter que la jurisprudence de la Cour de cassation a estimé que l'obligation d'adhésion au groupement pour une durée minimale de trente ans n'est pas contraire au droit coopératif¹³⁶⁸. De plus, plusieurs enseignes insèrent des clauses pénales dues en cas de rupture anticipée des conventions et dont l'indemnité s'élève au montant des cotisations restant jusqu'au terme du contrat¹³⁶⁹. Cette contrainte apparaît excessive, en ce qu'elle annihile l'effectivité du pouvoir de rompre : la clause pénale organise de façon détournée, bien que l'obstacle soit direct, une prohibition de sortir de la relation. La quête de stabilité du réseau a été exprimée par les groupes de distribution alimentaire¹³⁷⁰. La question de la multiplication des contrats entre mêmes opérateurs peut poser difficulté. En effet, la succession dans le temps de différents contrats, dont l'extinction n'est pas interdépendante, crée des engagements de durées différentes, qui maintiennent ainsi la relation commerciale malgré la rupture du contrat initial¹³⁷¹. C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence a préconisé une limitation de la durée des contrats

¹³⁶⁷ *Idem*, n° 113, p. 34.

¹³⁶⁸ Com., 22 févr. 2000, Bull. civ. IV, n° 35, p. 29, pourvoi n° 97-17.020, obs. CHEVRIER E., D. 2000.153 ; PIMONT S., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Clause pénale », n° 13 ; GHILAIN F., *Gaz. Pal.* 16 mai 2000, n° 137.

¹³⁶⁹ PARLEANI G., « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 74, spéc. n° 38 et s. ; Com., 22 févr. 2000, pourvoi n° 97-17.020, D. 2000, AJ, p. 153, obs. CHEVRIER E.

¹³⁷⁰ Sur régulation dans le droit de rupture : BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, Mélanges. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 et s. ; AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008, spéc. n° 12, 20, 28 ; STERLIN C., *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, th. Lille 2, 2003, spéc. pp. 57-91. *Adde* (sur la protection du déséquilibre) : LICARI F.-X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 58, Litec, 2002 ; DISSAUX N. et LOIR R. (dir.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan, 2009 ; BOUVIER A., *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015, n° 439 et s. ; TQUANT O., « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », *LPA*, 22 juin 2010, n° 123, p. 11 ; DISSAUX N., « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », *RDC*, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1072 ; FERRIER D., « L'obligation d'informer le futur franchisé », *RDC*, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1068 ; MESTRE J., obs. sous Com., 25 févr. 1986, *RTD. civ.* 1987, p. 85, (parlant d'un devoir de méfiance à l'égard du concédant) ; (devoir d'assistance) Com., 30 janv. 1996, *JCP G* 1996, 1, 3929, obs. JAMIN Ch. ; Douai, 6 sept. 2007, *RG n° 06/01777* ; (devoir de bonne foi renforcé du franchiseur) Versailles, 29 oct. 1992 ; Douai, 6 oct. 1992 ; Paris, 3 févr. 1994, *D.* 1995, somm. p. 75, obs. FERRIER D. *Rapp. infra* n° 416.

¹³⁷¹ CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 : « le contrat successif prête le flanc à cette instabilité ; mais il est aussi un refuge contre elle ».

d'affiliation à cinq années¹³⁷², ainsi qu'une harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation¹³⁷³.

b) Les valeurs protégées

299. – Stabiliser et moraliser pour optimiser. L'action qui consiste à optimiser est spontanément associée à l'idée de rendement. La volonté d'optimiser s'accorde avec une politique qui construit ses choix en fonction des données qui lui sont soumises, et dans le but de produire le meilleur résultat compte tenu de ces données. Une forte idée de maîtrise et de contrôle ressort de cette démarche. L'objectif revient ainsi à mobiliser les meilleurs moyens possibles, pour accéder au meilleur résultat possible. Le rapport entre les moyens disponibles et le résultat réalisable rend compte de la tâche à accomplir. C'est dans cette logique que le droit a pour mission de satisfaire au mieux chaque enjeu porté par le développement de l'après-contrat, afin que chaque valeur du droit puisse produire son effet optimal¹³⁷⁴. Un principe d'optimisation de la rupture consiste donc à évaluer l'opportunité de la rupture, afin d'en déduire utilement les effets. L'optimisation peut par exemple orienter le juge dans la permission donnée à un contractant de jouir, après la rupture, de certains droits nés du contrat. Tel est le cas de l'autorisation d'exploitation, après la cessation du contrat de travail, de l'image d'un salarié ayant participé à une campagne de promotion de son entreprise¹³⁷⁵. L'utilité de la rupture et celle de

¹³⁷² Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-26 préc., n° 119-122, p. 35.

¹³⁷³ Cf. L'article L. 341-1 du Code de commerce, issu de la réforme dite « Macron », disposant que l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants visés par le texte, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune. **La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.**

¹³⁷⁴ Sur la mission du droit de gérer un conflit de valeurs important, au sujet de la théorie de l'imprévision, v. BOUTHINON-DUMAS H., « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », RIDE, 2001/3, t. 15, 3, p. 339-373 : « *D'un point de vue moral, l'équité est en balance avec le respect de la parole donnée ; d'un point de vue économique, la flexibilité est en balance avec la sécurité des transactions commerciale* ». Une autre illustration d'optimisation, par la maximisation de l'utilité du contrat et de la rupture, réside dans la politique de maintien de certains actes, malgré l'effet rétroactif d'une résolution. Tel est le cas du maintien des actes d'administration relatifs à l'objet du contrat résolu, alors que disparaissent par ailleurs les actes de disposition relatifs au même objet. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation est venue limiter le poids des obligations de restitution, en dispensant, suite à la résolution de la vente, le détenteur de la chose à en indemniser l'utilisation (Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2014, Bull. civ. I, n° 26, pourvoi n° 12-15.520, Dalloz Actu., 25 févr. 2014, obs. COUSTET Th. : *par l'effet de la résolution, le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant*). La jurisprudence en la matière prévoyait pourtant une distinction entre les effets de l'action rédhibitoire et ceux de l'action née du défaut de conformité. Pour cette dernière, l'acheteur était débiteur d'une indemnité compensatrice de l'usure de la chose (Civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, Bull. civ. I n° 165, p. 146, pourvoi n° 02-19.236, obs. BOULOC B., RTD com. 2006. 906 ; BRUN Ph., RDC, 1^{er} oct. 2006, n° 4). Pour sa part, l'action rédhibitoire ne créait pas pareille créance, puisqu'elle ne permettait pas la diminution du prix pour cause d'usure (Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, pourvoi n° 07-16876 ; D. 2008. 2503 ; obs. BOULOC B., RTD com. 2009.201). Cet allègement témoigne d'une prise en compte certaine des limites de l'effet rétroactif lié à la résolution, tout en sanctionnant le destinataire de la restitution du bien. L'optimisation de l'effet rétroactif réside ici dans l'absence d'enrichissement et d'appauvrissement corrélatifs, qui seraient causés par la résolution. Rappr. *supra* n° 161.

¹³⁷⁵ Toulouse, 6 sept. 2013, RG n° 11/05160 ; Chambéry 5 sept. 2013, RG n° 12/01442

l'expérience partagée doivent être accordées. Des valeurs se trouvant ainsi en concurrence doivent être optimisées, c'est-à-dire chacune mise en œuvre autant que possible

C'est pourquoi la stabilité n'est pas un but à atteindre en soi. Elle est une valeur parmi d'autres. Elle participe à l'efficience du droit, en concours avec des valeurs telles que l'équité ou la liberté. Le droit doit donc se saisir de chacune de ces valeurs mais il doit également les concilier. De même, si la stabilisation des intérêts des parties est importante, elle doit servir les intérêts de chaque partie, non pas en conflit l'une avec l'autre mais en complémentarité¹³⁷⁶. Cet équilibre à atteindre répond à un besoin d'optimisation, c'est-à-dire, on l'a dit, de rechercher le meilleur résultat possible. Mais cette quête d'un superlatif exprime simultanément l'idée d'un résultat *optimum* et la considération des circonstances. En conséquence, l'optimisation préconise la recherche d'un objectif fixé en fonction du milieu dans lequel il s'inscrit. Il s'agit donc d'un enjeu qui touche à l'adaptabilité mais aussi à la casuistique : la protection des valeurs doit être ramenée à la rationalité pratique. Une logique de cohérence et d'efficience dicte en cela la recherche de stabilité par l'application d'un principe d'optimalisation. C'est aux conditions de cette logique que le moment de la rupture se révèle comme une interface d'harmonisation entre la durée du contrat et les suites du contrat. Le développement de l'après-contrat est ainsi déterminé par les circonstances de la rupture, autant qu'il est soumis au défi de l'équilibre dans les turbulences de l'extinction. De plus, l'interface de la rupture s'inscrit dans un mode de gestion utilitariste des effets du contrat, conformément à l'idée d'optimisation.

Sécuriser le droit de rompre nécessite ainsi de prendre en compte des valeurs concurrentes à la liberté induite par le contrat à durée indéterminée : la stabilisation passe alors généralement par la moralisation. La loyauté et l'équité ont notamment été identifiées dans le droit de rupture au sein des relations commerciales (**1. La loyauté et l'équité dans les relations commerciales**). Elles forment ainsi la base d'une stabilité au service d'une optimisation du droit de l'extinction (**2. La stabilité au service d'une optimisation du droit de l'extinction**).

¹³⁷⁶ DIESSE F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in APD, t. 43, 1999, p. 260 : « Avant la formation du contrat, en effet, les intérêts des parties sont plus ou moins différents. Mais ces intérêts sont destinés à se transformer en quelque chose qui constitue pour chacune des parties son besoin principal et qui fait de ces intérêts, non pas le but à atteindre, mais le moyen d'atteindre ce but. La formation du contrat qui réalise cette transformation se fait, et ne peut se faire qu'à un moment où chaque partie incarne pour l'autre l'espoir, la confiance et la conviction d'obtenir la satisfaction recherchée, évidemment parce que leurs intérêts au départ comme à l'arrivée ne constituent plus que le moyen pour chaque partie d'atteindre son objectif, un objectif qui peut ne pas être connu de l'autre. Ainsi la différence entre les intérêts des parties n'est pas forcément une source de conflit ou d'opposition, elle peut être au contraire facteur de complémentarité ».

1. La loyauté et l'équité dans les relations commerciales

300.- Les valeurs à protéger. La question de la caractérisation d'une rupture brutale a été posée dans un litige opposant la société *E-Kanopi* à *Google*, devant l'Autorité de la concurrence¹³⁷⁷. *E-Kanopi* alléguait la brutalité de la rupture, prétendant que les stipulations formant les conditions générales des contrats concernés « permettent à *Google* de rompre le contrat unilatéralement, sans motif et sans préavis » et que, « dans la mesure où *Google* se trouve en position dominante sur le marché pertinent, et même en position quasiment monopolistique, de telles clauses, et leur mise en application brutale, constituent un abus de cette position dominante »¹³⁷⁸. L'autorité saisie rejette la demande relative à la rupture brutale et en profite pour rappeler que la rupture anticipée d'une relation commerciale exclusive appartient au contentieux commercial, et que la compétence de l'Autorité de la concurrence s'applique si la rupture brutale de la relation commerciale a un objet ou des effets anticoncurrentiels, ce qui en l'espèce n'était pas démontré par le demandeur¹³⁷⁹.

301.- Le choix du législateur. Il convient tout de même de remarquer que l'article L. 442-6 du Code de commerce relatif à la sanction de la rupture brutale appartient à un CHAPITRE relatif aux *pratiques restrictives de la concurrence*, dans le TITRE IV du LIVRE IV relatif à *la liberté des prix et à la concurrence*. Mais l'origine du texte se trouve dans la *Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*. Il est donc utile d'observer à nouveau comment la stabilité est recherchée au travers d'un équilibre juste entre la liberté de la concurrence et la sécurisation des relations, notamment par l'outil de la bonne foi. L'obligation de respecter un préavis notifié par écrit a ainsi permis de lutter contre les pratiques de déréférencement abusif dans la grande distribution et donc de stabiliser le moment de la rupture de la relation commerciale, comme le constate un rapport public remis en 2004¹³⁸⁰. Mais ce même rapport remarque également que les dispositions du Code de commerce souffrent d'un manque de cohérence et d'« *inspiration d'ensemble* »¹³⁸¹. Le dénominateur

¹³⁷⁷ Autorité de la concurrence, Avis n° 13-D-07, 28 févr. 2013 relative à une saisine de la société *E-kanopi*.

¹³⁷⁸ *Idem*, p. 4, n° 16 et 17. Rapp. pour un aperçu en jurisprudence interne : MAZEAUD D., « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », D. 2010. 2178 ; Civ. 1^{ère}, 21 févr. 2006, CCC 2006, comm. n° 99, obs. LEVENEUR L. ; RDC 2006. 704, obs. MAZEAUD D. ; D. 2006. 2638, obs. FAUVARQUE-COSSON B., et 2007. 1453, obs. PENNEAU J. ; RDSS 2006. 751, obs. ARHAB F. ; RTD civ. 2006. 314, obs. MESTRE J. et FAGES B., et en matière de CDD, 30 oct. 2008, L'Essentiel Droit des contrats, déc. 2008. 5, obs. DESHAYES O. ; (intention de nuire de l'auteur de la rupture) Com. 3 juin 1997, D. 1998. 113, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 1997. 935, obs. MESTRE J. ; RTD com. 1998. 405, obs. BOULOC B. ; BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, spéc. n° 346.

¹³⁷⁹ *Idem*, p. 12, n° 77 et s.

¹³⁸⁰ Rapport CANIVET G., *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, oct. 2004, p. 32 : « ces règles apparaîtraient alors comme le pendant des principes destinés à assurer la liberté de la concurrence ».

¹³⁸¹ Autorité de la concurrence, déc. n° 13-D-07, préc., p. 97.

commun qui est alors identifié et proposé est celui du devoir de loyauté dans les pratiques commerciales, suggérant même de modifier le TITRE IV « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* », en le remplaçant par l'intitulé « *De la loyauté dans les pratiques commerciales* ». Une cohérence apparaîtrait alors dans le fait de promouvoir la coopération entre les acteurs¹³⁸², chose qui semble naturel dans les contrats relationnels¹³⁸³, au travers des enjeux économiques de telle sorte que le devoir de coopération ferait du « *contrat le véritable instrument juridique de satisfaction des besoins socio-économiques* »¹³⁸⁴. Toutefois, la préconisation n'a pas été suivie d'effet, alors qu'elle aurait clarifié l'intention du législateur, les outils d'appréciation de la rupture par le juge, et les règles de compétences juridictionnelles telles que rappelées par l'Autorité de la concurrence¹³⁸⁵.

Il semble donc que le maintien de l'intitulé exprimant l'idée de transparence soit le choix d'un vocabulaire marqué d'une forte identité économique et politique. Ce choix est pourtant moins lisible que celui, plus juridique, du recours à la notion de loyauté qui, quant à elle, se rattache directement aux principes directeurs de la théorie générale du droit des contrats¹³⁸⁶. De plus, la logique triangulaire d'une stabilité recherchée au travers de la liberté, de la sécurité et de la justice serait mieux exprimée par le recours aux notions de droit des obligations, dont les trois principes directeurs sont précisément formés de la trinité traditionnelle : tout d'abord, de l'impératif de liberté contractuelle, ensuite, de l'impératif de force obligatoire, et, enfin, celui de bonne foi. La notion de loyauté trouvait son fondement général dans l'alinéa troisième de l'article 1134 du Code civil, devenu 1104, est d'autant plus utile que les dispositions relatives à la rupture brutale concernent particulièrement ce qui a pu être désigné comme

¹³⁸² Cf. MAZEAUD D., « *Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution...* », D. 2013. 2617 : l'auteur rappelle que les circonstances et les conséquences de la rupture d'un contrat de distribution représentent un « **terrain sur lequel cette théorie [le solidarisme], contre laquelle on a proféré tant d'anathèmes, avait germé dans l'esprit de ses promoteurs. Car c'est bien à propos de ces contrats de dépendance, qui s'inscrivent dans la durée et qu'irrigue un intérêt commun, qu'une poignée d'auteurs solidaristes, qui sévissaient alors en doctrine..., avaient entrepris, non pas comme on l'a écrit de révolutionner l'univers contractuel de fond en comble, mais simplement d'élaborer, sur une base d'idéologie sociale, un régime qui tienne compte de leurs spécificités, lesquelles les rendent difficilement solubles dans le droit commun. En bref, dans ce domaine contractuel spécifique, des propositions avaient été émises qui reposaient conceptuellement sur un devoir de coopération (version hard du devoir de bonne foi) et qui se traduisaient par une série d'obligations, à la charge du contractant dominant et au profit de son partenaire dépendant, incorporées à tous les stades du processus contractuel, de la négociation jusqu'à la rupture de ces contrats (information, motivation, cohérence, renégociation, aide, réparation, etc.) ».**

¹³⁸³ En effet, la relation repose sur une « *forme de solidarité qui complète le contrat* », in MANDARD M., art. préc., n° 14.

¹³⁸⁴ DIESSE F., « *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat* », in APD, t. 43, 1999, p. 259.

¹³⁸⁵ Autorité de la concurrence, déc. n° 13-D-07, préc., p. 12, n° 77 et s.

¹³⁸⁶ V. not. sur les principes directeurs : DUPICHOT Ph., « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC 2013, p. 387 et s. ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd., Dalloz, 2008, n° 41 et s., p. 43 et s. ; CEDRAS J., « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in Rapport de la Cour de cassation 2003, p. 186 et s. ; MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 603 et s.

les « *contrats d'assujettissement* »¹³⁸⁷. D'ailleurs, il faut remarquer que la Cour de cassation a pu viser expressément le fondement de la bonne foi lorsqu'il s'agissait de retenir le droit au non-renouvellement d'un contrat de distribution exclusif à durée déterminée¹³⁸⁸ ou de retenir la longue durée de la relation pour caractériser la rupture fautive¹³⁸⁹. C'est à partir de ces fondements que l'obligation de respecter un préavis trouve sa place. Cette obligation vise à permettre au contractant passif dans la rupture, de préparer effectivement les conséquences économiques et matérielles de la cessation de la relation. Un enjeu classique des conséquences de la rupture est celui de la reconversion¹³⁹⁰.

302.- L'optimisation de la rupture. L'exemple du devoir de ne pas entraver la reconversion du partenaire commercial donne encore crédit à cette logique¹³⁹¹. La Cour de cassation a pu retenir que le fait pour un concédant de ne pas permettre à l'ancien concessionnaire de retirer la contrepartie du développement de sa clientèle est constitutif d'une rupture abusive¹³⁹². En l'espèce, le concessionnaire était en pourparlers avec un repreneur du fonds de commerce. Cette information était connue du concédant à la date de la notification de résiliation. Le concédant, qui avait précipité la résiliation (sans justifier de motif à cette précipitation), ne pouvait pas ignorer les difficultés causées à son cocontractant par l'impact de la rupture sur la valeur des éléments incorporels des fonds de commerce. Pour constituer l'abus dans la rupture, il a alors suffi de relever la connaissance par le concédant de l'entrave faite à la reconversion du concessionnaire, sans avoir à lui imposer une obligation d'assistance, ni faire valoir que la résiliation faisait obstacle à la cession. Or, « *de l'abus à la mauvaise foi, il n'y a qu'un*

¹³⁸⁷ CEDRAS J., préc.

¹³⁸⁸ Com., 27 mars 2001, inédit, pourvoi n° 98-19926, où le juge apprécie objectivement la cessation du contrat au travers des clauses prévues par les parties, mais également subjectivement au travers du comportement des parties : « *elle a encouragé et aidé la société Anker à évoluer dans le sens souhaité sans l'inciter à croire à un renouvellement automatique du contrat et qu'elle n'a pas abandonné brutalement un partenaire, dont l'envergure commerciale s'était amenuisée par ailleurs, puisqu'elle lui a offert, ce qu'elle n'était pas tenue de faire, de commercialiser une autre marque de champagne, certes de moindre notoriété, mais non négligeable, avec une période de transition comportant des conditions intéressantes, ce que la société Anker a cependant refusé* » ; *adde* Com. 6 mai 2002, Bull. civ. IV n° 81, n° 99-14093, obs. BEHAR-TOUCHAIS M., RDC 1^{er} déc. 2003, n° 1 : où la Cour estime que le délai de préavis suffit à permettre la reconversion du concessionnaire et exclut l'obligation d'assistance dans cette reconversion.

¹³⁸⁹ Com., 20 janv. 1998, bull. n° 40, pourvoi n° 96-18353, où la Cour censure une cour d'appel qui retient que le concédant « *en résiliant un contrat à durée indéterminée moyennant le préavis contractuel, ne commettait aucun abus de droit puisque la société SCAO connaissait, au moment de la conclusion du contrat, "la précarité des liens contractuels"* » alors que d'autre part les juges du fond constataient que les investissements et contrats entre les parties témoignaient d'une volonté de pérenniser le projet et que « *les parties avaient envisagé des relations contractuelles de longue durée* ».

¹³⁹⁰ V. encore Com. 6 mai 2002, préc.

¹³⁹¹ En revanche, ce n'est pas pour autant qu'il existe une obligation d'assistance dans cette reconversion : (critique) MAZEAUD D., « Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat », D. 2002. 2842. Rapp. Com. 25 avr. 2001, D. 2001, Somm. p. 3237, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Dr. et patrimoine juill.-août 2001, p. 109, obs. CHAUVEL P. ; D. 2002, AJ p. 1754, obs. CHEVRIER E.

¹³⁹² Com. 8 oct. 2013, pourvoi n° 12-22.952, préc., Rapp. Com. 16 déc. 2008, inédit, pourvoi n° 07-21.903 ; Com. 14 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 08-20.992. Rapp. (solidarité renforcée au moment de la reconversion) 11 févr. et 26 mars 1999, RTD civ. 2000. 114, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; JCP 1999, II, n° 10244, obs. CHAZAL J.-P.

pas »¹³⁹³. Ainsi, la société concédante ayant pourtant respecté le délai de préavis, n'avait pas satisfait à l'obligation de bonne foi dont elle était débitrice dans l'exercice de son droit de rompre. En l'occurrence, une fois encore, c'est sur le devoir de loyauté que repose la défense d'enjeux pragmatiques et économiques, à partir d'une appréciation subjective des circonstances de la rupture¹³⁹⁴. Ce caractère subjectif se retrouve ici dans l'identification de la mauvaise foi en la connaissance des circonstances par l'auteur de la rupture, mais également en son incapacité à justifier de la précipitation qui a formé la rupture. L'absence de motif n'est donc pas attachée à la rupture elle-même, mais aux raisons du rythme pressé dans lequel elle a eu lieu. C'est ainsi qu'à partir de la mesure du temps de la résiliation, et des informations disponibles au concédant, les juges ont pu interpréter l'intention d'entraver la reconversion. Les intérêts économiques en présence étaient, il convient de le remarquer, particulièrement importants puisque la rupture avait eu pour conséquence d'empêcher la cession du fonds, entraînant la cessation de l'activité et la perte du fonds du commerce. L'indemnisation avait alors consisté en la réparation de ce préjudice né de l'inexécution de l'obligation de bonne foi, et non pas de la perte des contrats de concession résiliés. Le contrat peut également être maintenu : le juge des référés peut par exemple décider de suspendre les effets de la rupture, de sorte à faire cesser la pratique abusive¹³⁹⁵.

303.- Les enjeux économiques postcontractuels. Tout aussi concret, se pose le problème du sort des stocks. En effet, la cessation de la relation commerciale impose la cessation de la commercialisation de la marchandise par un distributeur. Les parties peuvent alors prévoir une clause de reprise des stocks pour surmonter les difficultés liées au moment de la rupture. De même, une promesse de rachat, ou une clause autorisant le distributeur à écouler les stocks pendant une certaine durée après la cessation de la relation, peuvent être envisagées par les parties. Mais si de telles stipulations n'ont pas été prévues, le fournisseur n'a pas l'obligation de racheter les stocks restants au distributeur. Le droit considère ainsi

¹³⁹³ CHABAS C., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Résolution - Résiliation », 2010 (actu. juin 2016), n° 339.

¹³⁹⁴ Rappr. : Com. 29 nov. 2011, inédit, pourvoi n° 10-26.280, où « *le motif de la rupture, tiré du non-respect de l'obligation de non concurrence, avait été artificiellement invoqué pour tenter de donner une apparence de validité à une résiliation qui avait pour objectif d'écarter M. X... de cette association, la cour d'appel en a exactement déduit, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par le moyen, que la rupture anticipée du contrat présentait un caractère abusif* ». Cf. ég. PELLE S., « La réception des correctifs d'équité par le droit... », D. 2011. 1230.

¹³⁹⁵ Cf. *infra* n° 579 et s. V. PANCRAZI-TIAN M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 267 et s. ; MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286, pourvoi n° 99-18.576, D. 2001. Somm. 1137 ; MESTRE J., « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, n° 1, p. 99 ; HOUIN B., th. préc., n° III-113 s. ; JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », in Dr. et patr. mars 1998, n° 58 ; . SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance*, t. 3, Sirey, 1991, n° 1292 ; SALEILLES R., « De l'abus de droit », Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 335 et s. ; ANCEL P. et DIDRY C., « L'abus de droit : une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, 2001, PU Saint-Étienne, p. 60, n° 13. Civ. 3^e 11 mai 1976, D. 1978, Jur. p. 269, note TAISNE J.-J. ; Defrénois 1977, p. 456, note AUBERT J.-L.

que le risque d'inventu est une contingence inévitable qui a été acceptée par le distributeur au moment de la formation de la relation. Or, si le fournisseur rompt la relation de manière fautive, il peut être contraint par le juge au rachat des stocks¹³⁹⁶. Cette logique de réparation participe à un encadrement efficace de la rupture de la relation. En effet, le risque est supporté par le distributeur lorsque la rupture a été anticipée par les parties. Les conséquences de la rupture étant rendues prévisibles par le respect du délai de préavis, le distributeur a pu normalement cesser de se fournir en marchandises et ainsi limiter les pertes, pourvu toutefois que les formalités de rupture soient suffisantes à permettre une telle prévision. En revanche, lorsque la rupture est brutale, la bonne gestion des commandes et des stocks est rendue impossible par le fait du fournisseur. Les inventus ne sont donc plus un risque, mais le résultat d'une faute qui doit être réparée. Se dégage donc un besoin de prévisibilité et de certitude, propre à planifier l'après-contrat. Il peut faire son apparition en dehors du droit commercial, au travers de l'organisation de la rupture du contrat de bail par exemple.

304.- Un besoin de certitude. Une certaine efficacité est encore recherchée lorsqu'il s'agit de rendre effectif le droit de préemption des locataires. En effet, le bailleur doit permettre au locataire de faire valoir son droit de préemption, en respectant une procédure semblable à une action interrogatoire¹³⁹⁷, qui se veut à la fois protectrice des intérêts du preneur et garante d'une certaine célérité dans la détermination du sort de l'immeuble. Ainsi, le loueur a l'obligation de faire savoir au preneur, par la voie d'une lettre recommandée avec accusé de réception, le prix et les conditions de la vente. La notification comprend également le règlement de copropriété ainsi que les diagnostics obligatoires. De plus, elle est opposable de plein de droit au conjoint du preneur ainsi que tout occupant de bonne foi du lieu loué. L'offre est valable pendant une durée de quatre mois à compter de sa réception et si elle est suivie d'une acceptation, le preneur dispose d'un délai de deux mois pour réaliser la vente. L'encadrement de la fin du contrat et des changements susceptibles d'entraver la sécurité nécessite donc une optimisation du droit de l'extinction¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ Toujours sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil ; v. Com., 23 mai 2000, inédit, pourvoi n° 97-10.553 : « le caractère tardif de la notification de non-renouvellement constituait une faute de la société Roset dans le contexte exposé, l'arrêt constate que le contrat de concession imposait au concessionnaire un niveau de stock élevé, que l'absence de préavis a conduit la société Rehitim à s'approvisionner jusqu'au terme du contrat et que la présence à proximité immédiate du nouveau concessionnaire Ligne Roset a freiné l'écoulement du stock ; qu'ayant ainsi déterminé le préjudice complémentaire né de la faute commise, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de le réparer par la reprise par le concédant du stock restant ».

¹³⁹⁷ LAGARDE X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D. 2017. 715 ; FONTMICHEL M. (de), « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016. 1665 ; GRIMALDI C. et DESHAYES O., « Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence », RDC, 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 170.

¹³⁹⁸ Cf. MESTRE J., « Le juge peut-il compléter le contenu du contrat... lors de sa rupture ? », RTD civ. 1992. 390, obs.

2. La stabilité au service d'une optimisation du droit de l'extinction

305.- Le droit à indemnisation. L'optimisation de la rupture est nécessairement synonyme d'optimisation financière et économique. C'est d'ailleurs pour cette raison que certaines situations imposent des indemnités de fin de contrat, ou une obligation de renégociation à l'issue de la durée du contrat. La question de l'indemnisation des parties, causée par la cessation du rapport contractuel, a ainsi pu être regardée à la lumière de la notion d'économie du contrat¹³⁹⁹, notamment sur le pouvoir de modération par l'arbitre de l'indemnité due en cas de non-renouvellement de la convention par une des parties¹⁴⁰⁰. Le contrat d'agence commerciale est l'exemple le plus topique de l'engagement exigeant une indemnité de rupture quasi-automatique. Les franchisés ou les concessionnaires ont pu revendiquer le droit à une indemnité de fin de contrat comparable à celle de l'agent commercial¹⁴⁰¹. Le fondement de leur revendication était le constat qu'après la rupture de la convention, la clientèle a généralement tendance à suivre le nouveau distributeur de la marque. La perte de clientèle constituerait alors un préjudice pour celui qui a pourtant activement contribué à son développement. Le problème de droit qui s'est posé a été de déterminer si le contrat de concession était un contrat d'intérêt commun, tel le mandat d'intérêt commun qui fait peser sur le mandant une obligation d'indemniser son mandataire en cas de rupture unilatérale du contrat. À cette question, la jurisprudence a répondu par la négative, en refusant ce droit au concessionnaire exclusif d'un constructeur automobile. Par une décision de 1997, la Cour de cassation s'est fondée sur le principe de liberté qui gouverne le droit de résiliation du contrat à durée indéterminée, et du refus d'assimiler le régime applicable au mandataire à celui du concessionnaire qui, pour sa part, est titulaire de sa clientèle¹⁴⁰². En outre, elle a également refusé de reconnaître la perte de clientèle, du fait que le franchisé reste propriétaire du fonds de commerce, après la cessation du franchisage.

sous. Com. 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 236, p. 165, pourvoi n° 89-20.506, où le juge érige en « *faute à l'égard de son ancien mandant* » le fait pour le mandataire de garder le fichier client, et impose, malgré l'absence de toute stipulation prévue par les parties, une obligation postcontractuelle de non-concurrence.

¹³⁹⁹ ARSAC-RIBEYROLLES A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, th. Clermont I, 2005, n° 72 et s.

¹⁴⁰⁰ Paris, 6 mai 1988, *Société Unijet SA c/ SARL International Business relations Ltd (I.B.R)*, Rev. arb. 1989. 83, note LOQUIN E. : « *les arbitres, tout en respectant l'économie de la convention quant à l'octroi d'une indemnité de non-renouvellement à I.B.R. et à ses limites, et en se référant à la règle de droit pour rejeter certaines prétentions d'Unijet, ont réduit le montant de cette indemnité à 3600 000 F* ». Adde Paris, 19 avr. 1991, *Société Parfums Stern France c/ CFFD et autre*, Rev. arb. 1991. 673, obs. LOQUIN E. : « *la mission d'amiable compositeur donne à l'arbitre le pouvoir, notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité, en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties* ».

¹⁴⁰¹ Cf. art. L134-12 C. com.

¹⁴⁰² V. Com. 7 oct. 1997, Bull. Civ. IV n° 245, p. 212, pourvoi n° 96-10495.

Toutefois, les juges ont pu céder et accueillir la demande sur le fondement quasi-contractuel¹⁴⁰³. C'est effectivement dans l'article 1300 du Code civil que la Cour de cassation a trouvé le fondement de l'indemnisation du franchisé qui, débiteur d'une obligation postcontractuelle de non-concurrence, a perdu sa clientèle à la suite du refus de renouvellement de la convention par le franchiseur, après quatre années de relation¹⁴⁰⁴. En l'espèce, la cessation de la relation avait été suivie d'une liquidation judiciaire du franchisé, lors de laquelle le liquidateur avait demandé l'indemnité. Pour accueillir cette demande, la Cour a retenu l'enrichissement du franchiseur, fondé sur l'appauvrissement du franchisé contraint de renoncer à sa clientèle. Cette décision semble fortement teintée d'une intention de rétablir l'équité entre les contractants.

306.- Le quasi-contrat, fondement inapproprié. Mais l'opportunité d'un tel choix peut être discutée. En effet, le recours au fondement quasi-contractuel ne devrait pas être possible en l'espèce, du fait qu'un lien contractuel unit les parties. Or, la qualification de l'enrichissement injustifié s'opère normalement par l'absence d'obligation qui cause le paiement¹⁴⁰⁵. Il s'agit donc d'un régime subsidiaire, chassé en principe par le régime contractuel¹⁴⁰⁶. Même si la subsidiarité du régime quasi-contractuel est régulièrement atténuée par la jurisprudence¹⁴⁰⁷, les prévisions contractuelles de l'espèce font pourtant obstacle à la reconnaissance de l'enrichissement injustifié. Si un préjudice devait être retenu à la suite d'une rupture fautive, il se fonderait sur la bonne foi et la responsabilité contractuelle, et éventuellement sur les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La valeur protégée par la créance d'indemnité est celle de la loyauté et de l'équité. Une autre illustration de la créance indemnitaire se poursuivant après l'extinction du contrat est celle du salarié qui reste bénéficiaire de la couverture sociale plusieurs mois postérieurement à la cessation du contrat de travail.

307.- Un impératif de justice. En effet, la *loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (1)* est venue stabiliser l'après-contrat de travail en assurant la portabilité des droits à la complémentaire santé par la généralisation de leur maintien après la rupture du contrat de travail¹⁴⁰⁸. Cette portabilité dure au moins la moitié de la durée du contrat de travail, plafonnée à douze mois en cas de rupture intervenue après le 1^{er} juin 2014 et neuf mois avant cette date. La portabilité expire si

¹⁴⁰³ Com. 9 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 05-14118, obs. FERRIER D., D. 2008. 388 ; GAUTIER P.-Y., obs. *in* RTD civ. 2008. 119.

¹⁴⁰⁴ Com. 9 oct. 2007, pourvoi n° 05-14118, préc.

¹⁴⁰⁵ Art. 1300 et s. (nouv.) C. civ.

¹⁴⁰⁶ RAVEL D'ESCLAPON Th., « Enrichissement sans cause : caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* » D. actu. 26 mai 2017, obs. sous Civ. 1^{re} 4 mai 2017, à paraître, pourvoi n° 16-15.563.

¹⁴⁰⁷ Cf. not. LE TOURNEAU Ph., *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, V° « Quasi-contrat », 2014 (actu. Févr. 2017), n° 28.

¹⁴⁰⁸ Art. L. 911-8 du CSS. Le licenciement pour faute lourde fait perdre le bénéfice du maintien de la garantie au salarié.

l'ancien salarié retrouve un emploi, s'il cesse de s'acquitter de ses cotisations ou s'il est radié de Pôle Emploi¹⁴⁰⁹. Également, en droit d'auteur, le droit de suite constitue un bel exemple du principe d'optimisation qui doit accompagner l'après-contrat. En effet, l'article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit le droit, pour l'auteur d'une œuvre d'art graphique ou plastique originale, à percevoir un pourcentage sur le prix obtenu pour toute revente de cette œuvre¹⁴¹⁰. Ce droit permet également aux ayants droit de l'auteur de bénéficier de ce droit pendant un délai de 70 ans postérieur au décès de l'artiste. Les origines de ce mécanisme mettent en relief l'intention du législateur de promouvoir un impératif de justice : c'est en 1858, à la suite de la vente de l'*Angélus* de Jean-François Millet, que le droit de suite a été créé. La vente de l'œuvre avait permis à l'acquéreur de réaliser une opération très lucrative, alors que les héritiers de Jean-François Millet connaissaient une vie précaire¹⁴¹¹.

Une préoccupation étatique plus récente est comparable, si ce n'est qu'elle concerne des masses de contractants tels que les consommateurs. L'optimisation de la satisfaction des consommateurs n'est pas un enjeu ignoré du droit, bien qu'encore insuffisamment saisie par lui. Permettant d'« injecter un peu d'équité »¹⁴¹² dans le droit de l'extinction, différentes recommandations¹⁴¹³ ont conduit à considérer comme abusives les clauses limitant pour le consommateur les motifs légitimes de rupture anticipée des contrats à durée déterminée¹⁴¹⁴. L'article 8 de la *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* préconisait que, dans un délai d'un an à compter de sa promulgation, le Gouvernement doit remettre au Parlement un rapport étudiant les possibilités d'une modulation de l'éco-participation

¹⁴⁰⁹ V. not. CHAUCHARD J.-P., « Les équivoques de l'assurance maladie complémentaire en entreprise », RDSS 2016. 149 ; GINON A.-S., « Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », RDSS 2017. 456 ; BOURDOISEAU J., « La "généralisation" de la complémentaire santé : un bilan », RDSS 2017. 436. Comp. GAUDU F., « De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, Formation emploi », Rev. fr. aff. soc., 2008. 71 ; GUIOMARD F., « La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion », RDT 2013. 616.

¹⁴¹⁰ DUCHEMIN W., « Le droit de suite », RIDA 1974, n° 80, p. 5 ; du même auteur, « La directive communautaire sur le droit de suite », RIDA 2002, n° 191, p. 3 ; LINDON R., « Pauvre droit de suite », JCP 1976, I, 2779 ; NORDEMANN W., « Dix ans de droit de suite en Allemagne Fédérale », RIDA 1977, n° 91, p. 3 ; SCIARRIA-QUADRI A., « Le droit de suite en Amérique Latine », RIDA 1979, n° 102, p. 73.

¹⁴¹¹ BUEB. R., « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », LPA 6 déc. 2007, n° 244, p. 4 ; CARON Ch., « La propriété littéraire et artistique et les successions *ab intestat* », Defrénois, 15 oct. 2001, n° 19, p. 1112, n° 10 ; AZZI T. et AUGER S., « Les nouvelles règles de dévolution successorale du droit de suite (ou comment transformer une bonne idée en un mauvais texte) », D. 2016. 2416, n° 5.

¹⁴¹² PRAUD J.-L., « Les motifs légitimes de résiliation dans les contrats à durée déterminée », RTD com. 2017. 257.

¹⁴¹³ Recommandations n° 91-01 CCA (BOCCRF 6 sept. 1991) *concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement* (rapp. *infra* n° 626) ; n° 99-02 CCA (BOCCRF 27 juill. 1999) *relative aux contrats de radiotéléphones portables* ; n° 03-01 CCA (BOCCRF 31 janv. 2003) *relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet*.

¹⁴¹⁴ Versailles, 4 févr. 2004, RG n° 2004-232683, D. 2004. 635, obs. AVENA-ROBARDET V. ; CCE 2004, comm. 57, note STOFFEL-MUNCK Ph. ; TGI Paris, 5 avr. 2005, CCE 2005, comm. 104, obs. du même auteur ; Paris, 20 sept. 2012, RG n° 2012-022625 ; Colmar, 5 janv. 2015, RG n° 2015-000232 ; Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, pourvoi n° 06-14.23 ; Civ. 1^{re}, 8 déc. 2009, pourvoi n° 08-20.413 ; Civ. 1^{re}, 20 sept. 2012, pourvoi n° 11-30.395 ; Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, pourvoi n° 08-11.596, RDC 2009. 1426, obs. FENOUILLET D. ; Civ. 1^{re}, 13 déc. 2012, n° 11-27.766, Bull. civ. I, n° 260 ; D. 2013. 818, note LEMAY P. ; *ibid.* 945, obs. AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N. ; Defrénois 2013. 781, obs. SEUBE J.-B. ; Gaz. Pal. 2013, n° 51-52, p. 493, note. PIEDELIEVRE S. ; JCP 2013. 245, note PAISANT G.

en fonction de la durée de la garantie commerciale des produits, de la disponibilité des pièces détachées et du prix raisonnable de ces dernières. Bien que l'intégration de ces préoccupations dans le paysage juridique ait le mérite de donner une nouvelle impulsion au droit qui, pour être plus performant, se doit de créer des liens entre les différentes disciplines qui le composent, la publication de ce rapport est aujourd'hui encore attendue¹⁴¹⁵. Ainsi, ces liens, dépendant de la politique juridique dans laquelle s'inscrit le législateur, s'inscrivent encore dans une construction laborieuse de passerelles entre les pratiques commerciales, les stratégies industrielles, le droit de l'environnement, le droit de la concurrence, le droit de la consommation ; lesquelles sont nécessaires à l'amélioration du droit lui-même, mais également la performance des outils qu'il laisse à la disposition des agents. L'après-contrat est un temps durant lequel se crée un pluralisme optimisateur des suites de l'extinction. La fin du contrat est ainsi marquée par un fort besoin de régulation prenant le relai de l'acte juridique disparu ou en voie de disparition.

308.- « *Au milieu de cette instabilité de toutes choses, montrons au ciel la stabilité des meilleurs sentiments humains* »¹⁴¹⁶. Emerge alors l'idée selon laquelle le principe de stabilité qui accompagne la rupture, s'il exige la prise en compte de la liberté et de l'équité, doit être mis en perspective avec le besoin d'efficacité économique. Dès lors, c'est un principe d'optimisation des conditions de la rupture qui peut apparaître et guider la liquidation du rapport contractuel. Le sens d'une optimisation revient à traduire les conséquences de la rupture par une limitation des atteintes à la liberté postcontractuelle, et d'une maximisation dans le maintien des fruits du contrat passé. Encore une fois, un juste équilibre doit être trouvé afin de répartir opportunément la limitation et l'octroi des droits postcontractuels. Il s'agit du prolongement naturel de la stabilité dans la rupture, dont les vertus sont analysées d'après le maintien des effets économiques, patrimoniaux, matériels du contrat. Précisons toutefois que les seuls enjeux économiques ne sont pas concernés, bien qu'ils constituent un domaine de prédilection du besoin d'optimisation. Pour preuve, le droit prévoit l'obligation d'information postérieure à l'acte médical. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose effectivement que *lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver*. L'article L. 1111-7 du même Code accorde, en complément, le droit d'accès au dossier détenu par les professionnels ou les établissements de santé.

¹⁴¹⁵ *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, enregistré le 19 oct. 2016 à l'AN, présenté par ABAD D. et KEMEL Ph., p. 13 ; « Bilan de l'application des lois significatives du quinquennat au 31 décembre 2016 », <http://www.senat.fr/rap/r16-396/r16-3965.html>.

¹⁴¹⁶ LAMARTINE A., *Correspondance générale : t. 1 : 1830-1833*, Droz, Paris, 1943, p. 364.

Dans une sphère connexe à celle de la santé publique, les questions environnementales ne sont pas exclues de l'optimisation relative au temps postcontractuel. L'après-contrat peut effectivement, lorsque l'enjeu s'y prête, être régulé par des règles de police administrative. L'exemple est donné par l'obligation de dépollution des sols, à la suite de l'exploitation d'un site, par le dernier exploitant¹⁴¹⁷. En effet, l'article L. 512-17 du Code de l'environnement prévoit que « *lorsque l'installation est mise à l'arrêt définitif, son exploitant place son site dans un état tel qu'il ne puisse porter atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1¹⁴¹⁸ et qu'il permette un usage futur du site* ». Les valeurs protégées étant d'intérêt public, tout en intégrant des obligations à la charge des contractants, les interventions étatiques se sont imposées. Cette nécessité doit être précisément renforcée par la prise en compte du droit des obligations¹⁴¹⁹. Le dernier exploitant est le débiteur de l'obligation légale de dépollution et ne peut transférer cette dette par la voie du contrat : « *face aux obligations de police administrative, pénalement sanctionnées, le contrat est un spectateur nécessairement passif qui peut, au mieux, se résoudre à les évoquer !* »¹⁴²⁰. Mais le contrat sert aussi, sans que cela permette un transfert de la dette légale, à « *soulager financièrement et techniquement les débiteurs légaux et, incidemment, favorise l'effectivité de la dépollution* »¹⁴²¹. La technique contractuelle a notamment permis que la dépollution soit assurée dans les faits par le débiteur du débiteur légal. Tel est le cas lorsque la dépollution est mise à la charge de l'acquéreur du bien vendu¹⁴²², par une clause de garantie de passif environnemental, ou d'exonération

¹⁴¹⁷ Le dernier exploitant est le débiteur légal de cette obligation : CE 8 juill. 2005, *Aluisuisse-Lonza-France*, req. n° 247976, D. 2005. 3075, note QUIRINY B. ; AJDA 2005. 1829, chron. LANDAIS C. et LENICA F. ; RFDA 2006. 375, note PLESSIX B. ; LPA 2005, n° 190, p. 5, note BRAUD F. et MOUSTARDIER A. ; Civ. 3^e, 16 janv. 2013, Bull. civ. III, n° 4, pourvoi n° 11-27.101, D. 2013. 676, note SUTTERLIN O. ; 16 mars 2005, pourvoi n° 03-17.875, RTD civ. 2005. 389, obs. MESTRE J. et FAGES B., et 784, obs. JOURDAIN P. V. not. MEKKI M. et BOUTONNET M., « Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière », D. 2013. 1290.

¹⁴¹⁸ « *Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* ».

¹⁴¹⁹ PARANCE B., « Comment concilier le droit des contrats avec les obligations environnementales poursuivant la satisfaction de l'intérêt général ? », D. 2013. 647 ; GRIMONPREZ B., « La fonction environnementale de la propriété » RTD civ. 2015. 539 ; MEKKI M. et BOUTONNET M., art. préc.

¹⁴²⁰ MESTRE J. et FAGES B., « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », RTD civ. 2005. 389. Cf., sur la responsabilité délictuelle du débiteur légal : Civ. 3^e, 16 mars 2005, *Hydro Agri*, Bull. civ. III n° 67, p. 60, pourvoi n° 03-17.875, D. 2006. 50, note BOUTONNET M. ; JCP G 2005. II. 10118, note TREBULLE G. : l'acquéreur d'un terrain qui avait dû procéder à des études sur l'état de la nappe phréatique se prévalait d'une obligation de police administrative qui imposait, nonobstant tout rapport de droit privé, au dernier exploitant d'une installation classée de remettre les lieux en état sous peine de sanctions pénales, la cour d'appel en a exactement déduit que ce manquement invoqué contre le vendeur revêtait le caractère d'une faute délictuelle. *Adde* SUTTERLIN O., « Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués », D. 2013. 676.

¹⁴²¹ MEKKI M. et BOUTONNET M., art. préc.

¹⁴²² MARTIN G., « Les risques tenant à la pollution des sols », RDI 1997. 559 ; BOUTONNET M., J.-Cl. Environnement, Contentieux contractuel, fasc. 4965 ; MEKKI M. et BOUTONNET M., art. préc., en faveur d'une extension de la responsabilité délictuelle aux dépollueurs volontaires.

de garantie contre les vices cachés liés à la pollution des sols¹⁴²³. Mais, même lorsque le débiteur légal devient créancier de l'obligation de dépollution, il reste néanmoins seul redevable devant l'administration. Toutefois, depuis la loi *ALUR* n° 2014-366 du 24 mars 2014, l'article L. 512-21 du Code de l'environnement prévoit que lors de la mise à l'arrêt définitif d'une installation classée, ou postérieurement à cette dernière, un tiers « intéressé » peut demander à la Préfecture de se substituer à l'exploitant¹⁴²⁴. En outre, l'article L. 514-1 du Code de l'environnement oblige également le liquidateur judiciaire à pourvoir à la remise en état, durant la procédure collective.

En cas de défaillance de l'exploitant au moment de la cessation d'activité¹⁴²⁵, l'Etat pourra intervenir aux fins de sécurisation des populations et de l'environnement¹⁴²⁶. La prescription trentenaire attachée à l'obligation mise à la charge de l'exploitant suffit à exprimer l'ampleur des intérêts protégés, d'autant qu'une imprescriptibilité est reconnue lorsque les dangers présentés par le site ont été dissimulés par l'exploitant¹⁴²⁷. Aussi, en cas d'impossibilité d'identifier le débiteur, c'est au propriétaire que revient la charge de remise en état¹⁴²⁸, formant ainsi une sorte de « *propriété-garantie* »¹⁴²⁹. On voit donc que le domaine économique est une illustration typique du principe d'optimisation, qui n'est ici, en vérité, que la manifestation de valeurs plus universelles telles que la protection sanitaire des populations et celle de l'environnement. Les obligations poursuivant un objectif écologique sont

¹⁴²³ TREBULLE G., « Validité de la clause exonératoire des vices cachés stipulée par un vendeur non professionnel de l'immobilier », RDI 2005. 261, obs. sous Civ. 3^e, 4 nov. 2004, inédit, pourvoi n° 03-12.499 : en l'espèce, l'acte de vente stipulait qu'un rapport de dépollution avait été établi et que l'acquéreur s'était engagé à prendre le bien dans son état au jour de l'entrée en jouissance sans recours contre l'ancien propriétaire pour quelque cause que ce soit, et notamment à raison de fouilles ou d'excavations qui auraient pu être pratiquées. La pollution était nécessairement l'un des objets de la clause de garantie des vices cachés, laquelle avait vocation à s'appliquer, en présence d'un acquéreur en parfaite connaissance de l'historique du bien vendu. Comp. Civ.3^e, 16 mars 2005, JCP A 2005.717, note BILLET Ph. : l'acquéreur d'un ancien site d'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement ne peut se voir imputer les frais liés aux actes de vérification qui sont à la charge de l'ancien exploitant en vertu de l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977. Rapp. *supra* n° 199, 470.

¹⁴²⁴ Sur les limites de cette substitution et les obligations persistantes du dernier exploitant en cas de défaillance du tiers, cf. MEKKI M., « Le volet « sites pollués » de la loi « ALUR » n° 2014-366 du 24 mars 2014 et ses décrets d'application : la « substitution d'un tiers intéressé » (Décr. n° 2015-1004, 18 août 2015, et Arr. 29 août 2015) et la mise en place du secteur d'information sur les sols (Décr. n° 2015-1353, 26 oct. 2015) », RDI 2016. 68.

¹⁴²⁵ L'Etat dispose d'un délai d'action de trente ans contre le débiteur légal, à compter de la date de prise de connaissance par l'administration de la cessation de l'activité : CE 8 juill. 2005, *Alusuisse-Lonza-France*, req. n° 247976, D. 2005. 3075, note QUIRINY B. ; AJDA 2005. 1829, chron. LANDAIS C. et LENICA F. ; RFDA 2006. 375, note PLESSIX B. ; LPA 2005, n° 190, p. 5, note BRAUD F. et MOUSTARDIER A.

¹⁴²⁶ Cf. not. *Circulaire du 26/05/11 relative à la cessation d'activité d'une installation classée chaîne de responsabilités*.

¹⁴²⁷ CE, 8 juil. 2005, *Alusuisse-Lonza-France*, n° 247976.

¹⁴²⁸ Loi *ALUR* n° 2014-366 du 24 mars 2014, généralisant une solution dégagée par la jurisprudence, au travers d'un article L. 556-3 du Code de l'environnement : en l'absence de responsables légaux tels que le dernier exploitant, producteur des déchets ou leur détenteur fautif, le propriétaire du terrain pollué est un responsable subsidiaire s'il a fait preuve de négligence ou qu'il n'est pas étranger à la dégradation. CE, 26 juil. 2011, *Commune de Palais sur Vienne*, n° 328651 ; WERTENSCHLAG B. et GEIB Th., « Obligation de dépollution : mise en cause des propriétaires », AJDI 2012. 361 ; MARTIN G., « Problématiques contemporaines autour de la propriété des déchets », in *Volonté et biens. Regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 287 ; MEKKI M., « Le volet « sites pollués » de la loi « ALUR » n° 2014-366 du 24 mars 2014 et ses décrets d'application : la « substitution d'un tiers intéressé »... », préc.

¹⁴²⁹ GRIMONPREZ B., « La fonction environnementale de la propriété », préc.

particulièrement mises en relief dans le temps postcontractuel, du fait que la cessation de l'exploitation ou la vente du terrain marque une libération du responsable de la pollution. Cette libération doit être contrebalancée par une régulation afin que l'extinction d'une situation juridique ne laisse pas perdre une situation factuelle rendue intolérable par le préjudice qu'elle porte à la collectivité, à l'environnement, mais aussi à l'éventuelle cocontractant qui en a héritée¹⁴³⁰.

B- LES SUITES DE L'EXTINCTION

309.- Le fonctionnement de l'après-contrat. Lorsque le *statu postquam* est comparable à la situation contractuelle, l'influence du contrat agit nettement sur la mise en œuvre d'une responsabilité lorsque celle-ci « *puise sa source dans la prolongation de fait d'une situation contractuelle achevée* »¹⁴³¹. La convention passée pourra se présenter comme l'occasion de l'attitude dommageable, ou comme critère d'évaluation du comportement postcontractuel et du préjudice pouvant en résulter. Cette idée peut s'illustrer avec le droit des baux, dans lequel l'occupation de fait des lieux loués par l'ancien preneur est susceptible d'instaurer entre l'occupant et le propriétaire des relations qui ressemblent extérieurement à celles d'un bailleur avec son locataire. La doctrine note ainsi que bien que leur rapport ne soit plus de nature contractuelle, donc soumis à l'ordre extracontractuel, il existe des hypothèses où la loi organise elle-même le fonctionnement de la période postcontractuelle¹⁴³². Mais que se passe-t-il en l'absence d'organisation ? La jurisprudence a dû se référer tout autant aux circonstances qui ont conduit à la situation postcontractuelle.

310.- Casier contractuel¹⁴³³, libertés et contraintes postcontractuelles. Il est des situations où le souvenir de la relation contractuelle passée conditionne l'existence des rapports futurs, dans ce que la doctrine a pu décrire comme des « *cris du cœur* »¹⁴³⁴. Au moment de se quitter, les parties n'ont pas

¹⁴³⁰ Sur le préjudice subi par l'acquéreur du site pollué : Civ. 3^e, 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.318, D. 2012. 736, et 1208, chron. MONGE A.-C., GUILLAUDIEV R. et GOANVIC I. ; Civ. 3^e, 9 sept. 2009, pourvoi n° 08-13.050, D. 2009. 2976, note BOUTONNET M., et 2010. 2468, obs. TREBULLE G. ; 2 déc. 2009, pourvoi n° 08-16.563, D. 2010. 21, et 1103, chron. MONGE A.-C. et NESI F. ; Dr. sociétés 2010. Chron. TREBULLE F. G. ; SUTTERLIN O., « Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués », D. 2013. 676.

¹⁴³¹ LE STANC Ch., « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? préc., p. 296.

¹⁴³² Cf. par exemple art. L. 145-28 du C. com. V. ég. les conséquences du non-paiement de l'indemnité d'éviction par le bailleur et le droit au maintien dans les lieux du locataire, *supra* n° 89.

¹⁴³³ Comprendre par « casier contractuel » les antécédents contractuels, formant une sorte d'historique de la relation *inter partes*. Dans l'esprit des contrats relationnels, l'idée d'un casier contractuel permet de mettre en lumière le contenu de la « relation » dans le temps, en transcendant le « contrat » donnant l'occasion du litige ou de l'analyse. L'acte, mis en perspective avec l'ensemble de la relation, ce qui inclut les rapports antérieurs, permet d'apprécier et d'interpréter tant que le comportement que l'intention des parties. Il s'agit donc d'observer la convention dans son « milieu », et les parties dans leur parcours afin de déduire éventuellement l'existence d'une faute imputable à l'une d'elles.

¹⁴³⁴ DEPINCE M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD Civ. 2009, p. 259.

toujours « *la larve à l'œil* »¹⁴³⁵, mais plutôt le « *fusil à l'épaule* »¹⁴³⁶. Le souvenir plus ou moins positif d'un partenariat peut en effet influencer les rapports *inter (ex) partes*, comme si un casier contractuel poursuivait les anciens partenaires. L'illustration en est faite en matière de distribution automobile. En effet, les constructeurs automobiles usaient traditionnellement de contrats de concession exclusive. Mais les besoins évoluant, les constructeurs ont plébiscité un nouveau mécanisme de concession au travers des contrats de distribution sélective¹⁴³⁷.

311. - L'exigence prétorienne de critères objectifs. La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler la nécessité¹⁴³⁸, pour que les contrats soient licites, d'appliquer des critères de sélection objectifs des demandes¹⁴³⁹. En l'espèce, un ancien concessionnaire s'était vu refuser l'agrément pour la vente de véhicules neufs. Le constructeur justifiait ce refus par le mécanisme de distribution sélective. Or, les juges du fond ont établi qu'en l'espèce, ce refus était « *apparu discriminatoire et la responsabilité du fournisseur a été retenue* »¹⁴⁴⁰. Cependant, le droit à la conclusion d'un contrat de distribution sélective n'est pas pour autant acquis aux anciens partenaires. Ainsi, il a été admis que, en cas de demande d'agrément d'un contrat de concession d'un ex-distributeur, la demande présentant des défaillances pouvait être légitimement écartée¹⁴⁴¹. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de concession exclusive d'un distributeur qui avait été résilié par le commettant. C'est dans ces circonstances que l'ex-distributeur candidait en vue d'obtenir l'agrément pour la réparation et la distribution de la marque. L'agrément de distribution lui était refusé et le candidat éconduit introduisait une action en responsabilité délictuelle pour pratiques discriminatoires. Suite à sa condamnation par les juges du fond, le commettant formait un pourvoi en cassation. La Haute cour censurait la décision de la cour d'appel, au motif que les juges du fond se devaient de rechercher, comme ils y étaient invités, si la demande d'agrément n'avait pas été présentée de façon anormale ou de **mauvaise foi**.

312.- Légitimité du motif de refus. Il est possible de nuancer ces deux décisions. En effet, la prise en compte des relations contractuelles passées ne constitue pas la preuve de la réalité du motif discriminatoire en soi. Il semble même compréhensible que des ex-contractants se fondent sur l'enseignement de leur passé commun pour envisager une nouvelle relation, notamment lorsque la

¹⁴³⁵ *Idem.*

¹⁴³⁶ *Idem.*

¹⁴³⁷ Prévus par le règlement n° 1400/2002/CE.

¹⁴³⁸ Paris, Pôle 5, ch. 4, 16 juin 2010, RG n° 08/04444 ; CCC janv. 2011, comm. 11, obs. MATHEY N.

¹⁴³⁹ V. MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Université Sirey 2006, n° 218-223 ; LE TOURNEAU P. et ZOIA M., *Concessions. Concession libre : la distribution sélective* : J.-Cl. Contrats-Distributions, Fasc. 1020 ; Com., 26 janv. 1999, Bull. civ. IV, n° 23, pourvoi n° 97-11.084 ; Com. 26 nov. 2003, inédit, pourvoi n° 02-13034.

¹⁴⁴⁰ *Idem.*

¹⁴⁴¹ Com. 28 sept. 2010, inédit, pourvois n° 09-16.424 et 09-16.753, CCC déc. 2010, comm. 273, obs. MATHEY N.

relation s'est montrée décevante ou conflictuelle. Cette observation est d'autant plus recevable dans un contexte de contrats sélectifs. Le bon usage du contrat repose aussi sur un impératif de confiance¹⁴⁴². Il convient alors de se demander si la décision d'un constructeur de ne pas contracter avec un ex-partenaire ne résulte pas d'une « *perte de la confiance légitime* »¹⁴⁴³. Lorsque les parties ne sont pas des primo-contractants, la perte de confiance causée par l'antécédent contractuel est de nature à remettre en question l'opportunité d'un nouvel engagement, donnant ainsi lieu à un arbitrage nécessairement basé sur les antécédents de la relation¹⁴⁴⁴. La doctrine souligne ainsi très justement que « *l'après-contrat garde souvent en mémoire la relation passée et porte à exiger de l'un le respect des intérêts de l'autre* »¹⁴⁴⁵. L'image du casier contractuel indique à ce titre que la formation d'un engagement réitératif peut se faire *intuitu personae*, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat relationnel, et exprime l'idée que le refus de contracter, dont il faut tout de même rappeler qu'il procède par essence de la liberté contractuelle, peut être exercé *intuitu personae*, sans que les critères soient nécessairement dépourvus de toute objectivité. Il s'agit alors d'un opportunisme légitime. « *Chat échaudé craint l'eau froide* »¹⁴⁴⁶ en conclut la doctrine, au sujet d'une décision analogue dans laquelle la Cour de cassation a énoncé que « *le contrat de distribution sélective [ayant] été résilié pour inexécution par la société Ophée de ses obligations contractuelles, la cour d'appel a pu, sans devoir constater qu'elle ne remplissait pas les conditions d'agrément dans le réseau de distribution de la société Dior, rejeter la demande de la société*

¹⁴⁴² PARLEANI G., « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.* 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 74, spéc. n° 36 et s. ; MAROT Y., « Les relations franchiseur-franchise : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », *LPA* 5 févr. 1999, n° 26, p. 16 ; (sur la déontologie de la franchise), cf. not. MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, LMD, Universités, Sirey, 2015.

¹⁴⁴³ ALBARIAN A., *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie*, th. Aix-en-Provence, 2010 ; du même auteur, « La perte de confiance, « marqueur » de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *LPA*, 18 oct. 2013, p. 6. *Rapp. Rennes*, 19 oct. 2010, RG n° 09/5428, *JurisData* n° 2010-031184 : CCC, 2012, comm. n° 68, note MALAURIE-VIGNAL M. : « *La violation de la clause de confidentialité était de nature à ruiner la confiance du franchiseur à l'égard de son franchisé et à rendre impossible la poursuite des relations contractuelles, (...). La gravité du comportement de la société SMB [franchisée] justifiait donc que la société Valoris Développement rompe de façon unilatérale et immédiate le contrat de franchise, peu important que celui-ci, conclu pour une durée déterminée, ne fût pas arrivé à son terme ou qu'il comportât des modalités formelles de résiliation unilatérale imposant en principe le respect d'un délai de préavis. (...) la société Valoris Développement est (...) fondée à revendiquer l'application de la clause pénale (...)* ». *Adde* DEPRez J., « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 27, Paris, Librairie Dalloz, 1968, p. 29 : « *l'inexécution du contrat, c'est l'échéance non respectée, la livraison tardive, la perte d'une marchandise, la mort d'un passager transporté, c'est la négligence, la mauvaise foi, le préjudice dans les relations, c'est la rupture d'un équilibre fondé sur une confiance qui est, en définitive, trompée* ».

¹⁴⁴⁴ VAN MEERBEEK J., « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ*, 2016, p. 76 ; du même auteur, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la CJUE*, Bruxelles, Anthémis, Public. De l'Université Saint Louis, 2014, pp. 189-632.

¹⁴⁴⁵ LOISEAU G., note sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, *Bull. civ. III*, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, *JCP* 2005. II. 10173

¹⁴⁴⁶ BEHAR-TOUCHAIS M., « Chat échaudé craint l'eau froide » : le fournisseur peut refuser d'agréer l'ancien distributeur dont le contrat de distribution a été résilié pour inexécution, *RDC* 2007, p. 417. *Adde* RANDOUX D., « Droit d'agréer et liberté contractuelle », *Rev. sociétés* 2010. 511.

Ophée »¹⁴⁴⁷. C'est ainsi que l'après-contrat porte encore les traces de la convention passée ; même si la situation a pu être liquidée, un passif subsiste toujours sur le plan relationnel. Il s'agit là d'une observation originale de l'effet chronique de la convention, qui s'exprime encore plusieurs années après l'intervention de l'extinction. Toutefois, une telle position jurisprudentielle tendrait-elle à défendre ce qu'il reste d' « *îlots d'absolutisme individuel* »¹⁴⁴⁸ constitués par les droits discrétionnaires »¹⁴⁴⁹ du contractant ? Le commentateur s'interrogeant sur la faiblesse des motivations de la Chambre commerciale, se demande s'il n'est pas préférable « *de considérer qu'il existait dans tout réseau de distribution sélective un critère d'agrément tenant à l'absence de faute antérieure du distributeur ayant entraîné la résiliation d'un précédent contrat, plutôt que de permettre un refus d'agrément non justifié par l'irrespect des conditions d'agrément ?* »¹⁴⁵⁰. La pertinence de cette remarque peut être mesurée en opérant un raisonnement par analogie : qu'en serait-il si la même configuration s'était posée en matière de contrat de vente, ou de consommation ? Le cas serait par exemple celui d'une facilité de paiement accordée par un commerçant à un client. Ce dernier manquerait alors à son obligation de paiement, ou l'exécuterait avec retard. Plusieurs années après il convient de s'interroger sur la possibilité pour le commerçant, à l'instar du constructeur automobile, de refuser de contracter avec son ex-débiteur. La question serait ainsi de savoir si le motif de ce refus de vente est légitime¹⁴⁵¹. L'existence d'un après-contrat peut-elle accroître ou affaiblir la force de « *la motivation et le pouvoir contractuel* »¹⁴⁵² ?

313.- Les clauses de *ambush marketing*. Les parties elles-mêmes peuvent répondre à cette question, notamment par anticipation. L'exemple peut être donné en droit du sport, au sujet des clauses « *anti ambush marketing* »¹⁴⁵³, visant à sanctionner l'opportunisme postcontractuel, ou encore en matière de contrat de parrainage. Premièrement, les clauses spécifiques d'*anti ambush marketing* permettent d'interdire à des partenaires ponctuels de contracter dans le futur, et pour une période déterminée, avec des entreprises habituées à pratiquer du marketing sauvage. Deuxièmement, en matière de contrat de

¹⁴⁴⁷ Com. 19 sept. 2006, inédit, pourvoi n°04-15.025, RDC 2007, p. 417, note BEHAR-TOUCHAIS M.

¹⁴⁴⁸ GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 773.

¹⁴⁴⁹ FAGES B., « Des motifs de débats... », RDC 1^{er} avr. 2004 n° 2, p. 563.

¹⁴⁵⁰ *Idem*.

¹⁴⁵¹ Hypothèse à rapprocher des dispositions relatives à la vente internationale de marchandises, prévoyant que « *si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer celui-ci résolu* », aux termes de l'art. 72 de la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

¹⁴⁵² FAGES B., « Des motifs de débats... », préc.

¹⁴⁵³ « *De façon très large, l'ambush marketing, marketing sauvage ou encore le marketing à l'embuscade s'entend comme une association à un événement - souvent sportif et d'ordre mondial - et aux valeurs qu'il incarne, sans l'autorisation de l'organisateur. Bien évidemment, le but recherché est de profiter de l'impact médiatique de la manifestation sans la parrainer donc sans bourse délier* », ARCELIN-LECUYER L., *De la difficulté d'appréhender l'opportunisme commercial : l'exemple de l'ambush marketing*, Rec. D. 2008, p. 1501.

parrainage, les rédacteurs de la convention peuvent être encouragés à stipuler des clauses comportementales à vocation postcontractuelle¹⁴⁵⁴, telles que l'obligation de non communication postcontractuelle, dont la source va puiser dans des considérations quasi-disciplinaires « *venant sanctionner les manquements à la morale professionnelle et commerciale* »¹⁴⁵⁵. Plus encore, les rédacteurs seraient même invités à former un contrat autonome dressant la liste des comportements indiqués en cas d'annulation du contrat principal, afin de limiter la liberté recouvrée dans « *des conditions douteuses incompatibles avec les règles de la morale commerciale* »¹⁴⁵⁶. Sur le fondement de la liberté contractuelle, laquelle implique le droit de ne pas contracter, l'expérience antérieure décevante ou litigieuse doit être regardée comme un motif légitime du refus de renouveler la relation¹⁴⁵⁷.

314.- La poursuite de relations précaires. S'il peut arriver que les parties gardent parfois un mauvais souvenir de leur partenariat, et évitent alors tout nouveau contrat plusieurs années après le terme de la convention précédente¹⁴⁵⁸, il peut aussi arriver que des parties peinent à se séparer, jusqu'à poursuivre leurs échanges malgré l'extinction du contrat et l'exclusion d'une reconduction. Cette bipolarité s'illustre notamment en matière de contrats commerciaux dont l'extinction est parfois suivie de relations commerciales précaires. Il est possible d'observer la poursuite de commandes de fournitures, de production ou d'exploitation¹⁴⁵⁹, le maintien des enseignes pour le franchisé, ou encore d'un compte dans une banque du groupe du concédant¹⁴⁶⁰. Lorsque le renouvellement est exclu par la convention, et que ces relations précaires succèdent aux relations contractuelles, le fournisseur a la possibilité de rompre à tout moment le nouveau lien, sans engager sa responsabilité¹⁴⁶¹. Il est alors bénéficiaire d'un double avantage : d'une part, en poursuivant des rapports qui, initialement insuffisants, lui semblent prometteurs, il pourra alors former un nouvel accord-cadre en cas de progrès fructueux ; d'autre part, si les résultats se montrent insatisfaisants, il pourra alors cesser toute

¹⁴⁵⁴ MARMAYOU J.M. et RIZZO F., *Contrats de sponsoring sportif*, LGDJ, Les Intégrales, 2014, p. 135. Cf. ég. *infra* 352 et s.

¹⁴⁵⁵ VIRRASSAMY G.J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com. et dr. éco.*, 1988, t. 41, p. 213.

¹⁴⁵⁶ *Idem.*

¹⁴⁵⁷ Cf. *supra* n° 312. *Adde* PRAUD J.-L., « Les motifs légitimes de résiliation dans les contrats à durée déterminée », *RTD com.* 2017. 257, montrant que la notion de motifs légitimes est en plein essor, permettant d'offrir, dans les contrats à durée déterminée, « *une marge de manœuvre* » autre que l'invocation de la force majeure.

¹⁴⁵⁸ Cf. *infra* n° 310.

¹⁴⁵⁹ Desquelles est déduite « *la volonté non équivoque de la [société] de poursuivre une relation d'affaires* », *Com.*, 24 mai 2011, inédit, pourvoi n° 10-11.736.

¹⁴⁶⁰ *Com.* 30 nov. 1993, inédit, pourvoi n° 90-13.273, *Lamyline droit économique 2010*, « Maintien des relations commerciales après l'expiration du contrat », n° 4011.

¹⁴⁶¹ *Com.* 8 déc. 1987, inédit, pourvoi n° 86-13.843 ; *Com.* 10 juill. 2001, inédit, pourvoi n° 97-19.075, *Lamyline Droit économique 2011*, partie 3, « Relations commerciales précaires après expiration du contrat en présence d'une clause excluant la tacite reconduction », n° 4031.

activité avec le distributeur décevant. L'après-contrat se présente alors sous les traits d'une période d'essai. Aussi est-il nécessaire de rappeler que dans cette configuration, la poursuite des relations après le terme extinctif ne reproduit pas les conditions établies par l'accord initial : « *le respect de la loi du contrat impose la disparition du contrat initial* »¹⁴⁶². Cette affirmation vaut même en cas de nouvel accord fixant le sort des commandes en cours. Il s'agira de relations ponctuelles, pouvant ainsi être moins avantageuses que celles accordées aux distributeurs sous contrat. En pareilles circonstances, a déjà été exclue la constitution de pratiques discriminatoires¹⁴⁶³. Les relations antérieures ne conditionnent donc pas de plein droit les conditions fixées par les accords postérieurs. Cependant, des contradictions apparaissent dans la position des magistrats.

315.- Une dimension relationnelle forte. En effet, certaines décisions sont venues renforcer les obligations postcontractuelles nées de relations ponctuelles ou précaires – ou faut-il parler d'une limitation des libertés postcontractuelles ? Tel est le cas de la faculté pour le fournisseur de rompre à tout moment la nouvelle relation. Cet avantage a parfois été purement écarté par la jurisprudence condamnant « *la mauvaise foi d'un concédant qui poursuit des relations commerciales, après la fin du contrat, [donne] de faux espoirs, pour rompre ensuite brutalement...* »¹⁴⁶⁴. En l'espèce, les relations *inter (ex) partes* n'ont de « précaires » que le nom. Dès lors, il est possible d'avancer que la cessation des relations postcontractuelles est susceptible d'abus. Le fournisseur devrait ainsi faire preuve d'univocité dans son comportement, ou du moins, se soumettre à une obligation de bonne foi postcontractuelle, alors même que la Cour de cassation a énoncé, certes postérieurement à l'arrêt précité, que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* »¹⁴⁶⁵. Or, cette condition d'exigibilité de l'obligation de bonne foi avait été dégagée au sujet d'une promesse de vente anéantie par le jeu d'une condition résolutoire. En présence d'un contrat relationnel, l'espèce relative au contrat de distribution semble au contraire montrer que « *la durée d'efficacité des obligations comportementales* » peut se prolonger au-delà du moment de l'extinction, impliquant que « *l'obligation générale de bon comportement, déclinaison de l'obligation de bonne foi, continuera de produire effet dans l'après-contrat* »¹⁴⁶⁶. Il semblerait ainsi que l'après-contrat ne permette pas toujours de jouir des libertés équivalentes à celles présentes dans l'avant-contrat, en ce que la liberté postcontractuelle est « *gênée*

¹⁴⁶² MESTRE J., « Des relations post-contractuelles », RTD civ. 1987, p. 311, n° 4.

¹⁴⁶³ V. not. Com. 15 oct. 1985, Bull. civ. IV, n° 240, p. 202, pourvoi n° 83-15.911.

¹⁴⁶⁴ Paris, 8 déc. 1978, RJ com. 1980, p. 201, note LE TOURNEAU P. ; V. aussi Com. 22 juin 1993, inédit, pourvoi n° 91-16.298, *Lamyline Droit économique 2010*, « Maintien des relations commerciales après l'expiration du contrat », n° 4011 ; Com. 23 janv. 2007, bull. IV, n° 12, pourvoi n° 05-13.189, RDC 1^{er} juill. 2007, n° 3, p. 697, obs. LAITHIER Y.M.

¹⁴⁶⁵ Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, pourvoi n° 04-10.856, Rec. D. 2006, p. 761, note MAZEAUD D. ; Dr. Et patr. 2006, p. 144, p° 144, p. 87, obs. AYNES L.

¹⁴⁶⁶ MARMAYOU J.M. et RIZZO F., *Contrats de sponsoring sportif*, Lamy, Coll. Axe droit, p. 135.

par un obstacle qui, pour n'avoir pas été dénoncé dans le premier contrat, n'en était pas moins effectif, et qui n'était autre que ce premier contrat lui-même, dissout, résilié sans doute, mais qui, précisément parce qu'il est aujourd'hui résilié, a évidemment existé et dont il est impossible de faire abstraction »¹⁴⁶⁷.

316.- L'ombre du passé contractuel. La Chambre commerciale s'est également montrée sensible à l'histoire contractuelle des ex-contractants, et encline à promouvoir la bonne foi dans un domaine où les affaires reposent tant bien sur l'efficacité économique des échanges, que sur la pérennisation de la confiance entre partenaires, de telle sorte que « *ce que l'on a fait pour exécuter le contrat, il ne faut pas au terme de celui-ci aussitôt le défaire par son comportement* »¹⁴⁶⁸. Il s'avère alors intéressant d'observer le rôle du juge dans l'appréhension de la période postcontractuelle. Dans ce dernier exemple, les magistrats sont intervenus postérieurement à l'extinction, dans une démarche sanctionnatrice, comme pour rappeler que la situation de fait qui succède à la cessation des relations commerciales ne consacre pas « *le règne du non-droit* »¹⁴⁶⁹. Force est effectivement de constater que la conclusion d'accords ponctuels ne saurait « *occulter le passé contractuel* »¹⁴⁷⁰. Ainsi la jurisprudence a pu énoncer que, malgré quatre ans de relations ponctuelles, le distributeur pouvait encore prétendre à son indemnité de clientèle non réclamée au moment de la rupture du contrat initial¹⁴⁷¹. Ainsi, un souvenir fort de la relation passée révèle le caractère durable des effets de l'acte concerné, et donc une phase postcontractuelle particulièrement sous influence de la période de l'exécution¹⁴⁷².

317.- L'optimisation par la régulation. En définitive, tant l'extinction que ses suites sont optimisées et régulées de manière à apporter une certaine stabilité dans un temps marqué par le changement. Quels que soient les outils juridiques employés (mécanismes de reconduction, prorogation, régulation des relations postcontractuelles précaires, encadrement des circonstances de la rupture), le comportement des parties est au cœur de l'appréciation jurisprudentielle. Le regard des autorités se porte particulièrement sur la loyauté, interprétant notamment les faits par le prisme de l'abus de droit. Il n'y a donc finalement qu'un pas à faire vers l'identification d'une obligation de bonne foi postcontractuelle. La jurisprudence a su montrer la pertinence du devoir de bonne foi dans l'encadrement de la rupture et la prise en compte incontournable d'une influence du passé contractuel

¹⁴⁶⁷ JOSSERAND L., *op. cit.*, p. 208 et s.

¹⁴⁶⁸ FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., 1996, spéc. n° 589 et 591.

¹⁴⁶⁹ MESTRE J., « Des relations post-contractuelles », préc., p. 313.

¹⁴⁷⁰ MESTRE J., *ibid.*

¹⁴⁷¹ Com. 26 mars 1979, pourvoi n° 77-15.084, *Lamyline Droit économique 2011*, « La clause d'indemnité clientèle », n° 4097.

¹⁴⁷² Rapp. spéc. *infra* n° 360.

sur le temps postcontractuel : la bonne foi, notion « conquérante »¹⁴⁷³, se maintient dans l'après-contrat par la continuation d'un droit subjectif antérieur. Le travail législatif reste encore à fournir pour aboutir à la reconnaissance du rayonnement de la bonne foi en dehors de l'avant-contrat et de la durée du contrat.

§2) Le rayonnement de la bonne foi en-dehors de la durée du contrat

318.- Le contrat en cours, support facultatif de la bonne foi ? Si la notion de bonne foi est souvent considérée, à l'instar de la sécurité juridique, comme faisant partie des concepts « refuges » du droit¹⁴⁷⁴, la géométrie variable de son contenu n'a certainement d'égale que son aura¹⁴⁷⁵ ; c'est d'ailleurs ce qui lui offre toute sa valeur complétive¹⁴⁷⁶. C'est certainement parce qu'elle fait partie du noyau dur qui forme la matière contractuelle, mais aussi les fondements du droit en générale. Elle appartient ainsi à un socle fondamental qui permet, en l'absence de contenu obligationnel, de rattacher l'application du droit à des principes généraux. Pourtant, et malgré les manifestations de la notion en dehors du contrat, l'existence d'une obligation postcontractuelle de bonne foi a encore quelque chose de tabou. Il semble bien pourtant que la pertinence de la bonne foi dans l'après-contrat soit indéniable (**A. La pertinence d'une obligation de bonne foi postcontractuelle**), indiquant le besoin de consacrer son existence en droit français, comme l'ont déjà fait d'autres pays. Il reste néanmoins, pour achever l'observation de la

¹⁴⁷³ MESTREJ., « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD civ. 1993. 124.

¹⁴⁷⁴ Il s'agit de concepts dans lesquelles des obligations diverses peuvent entrer. La bonne foi en fait assurément partie : elle est un devoir qui sert de source au contenu du contrat, implicite comme explicite, et d'instrument correctif pour le juge dans son appréciation de la situation contractuelle, de la constitution de la faute à l'équilibre dans le contrat. Cf. not. VOUIN R., *La bonne foi. Notions et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939, not. n° 243, parlant d'une notion n'ayant pas de « contenu réel » ; RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., 2000, 1949, n° 157 ; FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. Nouv. Bibl. de thèses, 2012, p. 9, n° 10 ; URBAN Q., La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail, *Le droit social - Le droit comparé*, Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, n° 6, Presses universitaires de Strasbourg, p. 339 ; DELEBECQUE Ph., « Clauses d'allègement des obligations », J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 2002, pt. 86 ; ROUVIERE F., *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, p. 183, n° 217 ; FESSARD B., *Les obligations non matérialisées dans les contrats*, th. Montpellier, 2015, n° 39 ; DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992 ; AMIC L., *La loyauté dans les relations de travail*, th. Avignon, 2014, n° 1 ; VIGNEAU Ch., « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », Dr. Soc. n° 718, p. 706, évoquant une notion « féconde ».

¹⁴⁷⁵ La bonne foi est vue comme un « pilier clair-obscur » du droit, « que tout le monde croit bien connaître, mais qui s'avère de plus en plus insaisissable, du moins dans son ensemble, au fur et à mesure qu'on s'avance vers lui », selon ABI-SAAB G. (Préf.), in KOLB R., *La bonne foi en droit public international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Publications de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales - Genève, PUF, 2001.

¹⁴⁷⁶ BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, University of Trento - Faculty of Law, 2000, p. 337 ; CAFAGGI F., « Complementarità istituzionali e modelli organizzativi nella riforma del diritto societario », in *Mercato concorrenza regole*, v. 4, 2002, p. 34 ; CRISCUOLO F., « Adeguamento del contratto e poteri del giudice », in *Il nuovo diritto dei contratti, Scritti in memoria di Mario Buoncrisitano*, Jovene, Napoli, 2002, p. 195 ; PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *rass. Dir. Civ.*, 2000, p. 545 ; GERGEN M. P., « A defense of judicial reconstruction of contracts », 71 ind. L.I. 45, 1995, p. 47 et 77 ; GERGEN p., « The use of the open terms », *Berkeley Law, Colum. L. Rev.*, 1992, p. 1069.

régulation des suites de l'extinction par l'outil de la bonne foi, de réserver un développement au cas semble-t-il plus ardu de l'anéantissement rétroactif (**B. La bonne foi dans les suites de l'anéantissement rétroactif**).

A- LA PERTINENCE D'UNE OBLIGATION DE BONNE FOI POSTCONTRACTUELLE

319.- **Le besoin de consacrer la portée postcontractuelle de la bonne foi.** La limitation des comportements postcontractuels opportunistes, qu'elle s'opère par la loi (exemple de la garantie d'éviction) ou par le contrat (clauses restrictives postcontractuelles), a pour but d'encadrer le recouvrement de la liberté extracontractuelle. Les dispositions concernées n'ont finalement d'autre but que d'imposer une obligation directement déduite du devoir de bonne foi. Elles en sont des applications variées. Mais la consécration d'un devoir général invocable dans la période postcontractuelle aurait pour effet de suppléer à l'absence d'aménagement spécial. L'illustration peut en être donnée par la clause de confidentialité. Dans le cas où le contrat ne prévoit pas une telle clause, est-ce pour autant que la divulgation opportuniste par un ancien contractant d'informations sensibles ne constitue pas une faute postcontractuelle ? Le droit social ne le tolère pas, laissant survivre un devoir de loyauté à l'extinction de la convention¹⁴⁷⁷. Le droit commercial et le droit commun, sous d'autres aspects, régulent également les comportements postcontractuels¹⁴⁷⁸. C'est ainsi qu' « *ayant retenu que deux parties étaient liées par un mandat d'intérêt commun et que le mandataire avait commis une faute à l'égard de son ancien mandant en conservant le fichier de la clientèle après la rupture de leurs relations contractuelles, une cour d'appel a pu mettre à sa charge une obligation de non-concurrence limitée dans le temps et dans l'espace* »¹⁴⁷⁹. Le comportement pourrait ainsi être sanctionné lorsqu'il est contraire à la bonne foi¹⁴⁸⁰. La théorie de l'abus de droit peut alors être un capteur de l'attitude préjudiciable et offrir une grille de

¹⁴⁷⁷ TEYSSIE B., *Les relations individuelles de travail*, Litec, 1992, n° 642 ; BLANC-JOUVAN G., *L'après contrat, Etude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, 2003, spéc. p. 267, note 2.

¹⁴⁷⁸ Sur le droit commercial, cf. *supra* n° 416. Sur la régulation par le recours à des clauses postcontractuelles, cf. Seconde partie.

¹⁴⁷⁹ Com. 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 236, p. 165, pourvoi n° 89-20.506, D. 1992. 2. 249, note BATTEUR A. ; MESTRE J., « Le juge peut-il compléter le contenu du contrat... lors de sa rupture ? », RTD civ. 1992. 390 : (associant l'aménagement de l'obligation postcontractuelle avec l'idée d'efficacité de l'acte) « *il n'appartient normalement pas au juge de préciser le contenu du contrat, et en particulier de déterminer lui-même un élément sur lequel les parties n'auraient pas pu se mettre d'accord... pas plus d'ailleurs qu'il ne lui revient de modifier les termes de l'acte conclu. Il reste que, exceptionnellement, cette réserve s'estompe quelque peu, ne serait-ce que pour donner une pleine efficacité à un acte manifestement voulu par les deux parties mais qu'un grain de sable extérieur vient perturber* » ; Rapp. (optimisation du droit de l'extinction), *supra* n° 292 et s. 299 et s., *Adde* FESSARD B., *L'obligation non matérialisée dans le contrat*, th. Montpellier, 2015, n° 36 et s., pour qui la bonne foi est une obligation accessoire inhérente au contrat.

¹⁴⁸⁰ MAZEAUD D., « Bonne foi », RDC 1^{er} oct. 2007, n° 4, p. 1110 ; Civ. 3^e, 14 sept. 2005, préc., CCC 2006, comm. N° 1, obs. LEVENEUR L., D. 2006, p. 761, note MAZEAUD D., JCP G 2005, II, 10173, obs. LOISEAU G., RTD civ. 2005, p. 776, obs. MESTRE J. et FAGES B.

compréhension de l'abus commis dans l'après-contrat¹⁴⁸¹. Il s'agirait pour une partie d'agir de manière à nuire à son ancien cocontractant, ou de tirer profit de l'extinction ou de l'acquis contractuel au préjudice de l'autre. Se profile ainsi la nature dolosive de la faute postcontractuelle. Un autre exemple peut être celui du vendeur qui révoque le mandat immobilier pour ensuite contracter avec un acquéreur présenté par le mandataire du temps du contrat¹⁴⁸². Ainsi, « *l'empreinte du passé contractuel légitim[e], au nom de la bonne foi, cette atteinte à la liberté contractuelle* »¹⁴⁸³. Il est aujourd'hui nécessaire d'admettre le rôle que doit jouer la bonne foi à toutes les étapes de la relation contractuelle. C'est ce que devrait commander naturellement la place de la bonne foi en droit des contrats (**a. La place de la bonne foi en droit des contrats**). De plus, un tel choix ne serait en rien excentrique ; en témoigne l'existence actuelle de la bonne foi postcontractuelle dans les droits étrangers (**b. La bonne foi postcontractuelle dans les droits étrangers**).

a) *La place de la bonne foi en droit des contrats*

320.- Le principe de bonne foi. Comparé à une « *petite braise* » que même les ouragans ne parviennent à éteindre, ou au parfum de la fleur dont on ne sait d'où il vient¹⁴⁸⁴, le principe de bonne foi tire sa puissance de sa ténacité et de sa nature expansionniste : sa place est *ubique et nusquam*, il irrigue l'esprit du droit en général, et sert de « *baromètre* »¹⁴⁸⁵ à l'appréciation des comportements relevant tant de la responsabilité contractuelle que délictuelle¹⁴⁸⁶. D'ailleurs, les historiens du droit observent que « *la notion a fait un peu tâche d'huile, allant toujours en s'étendant, depuis le début de l'époque classique jusqu'à Justinien* »¹⁴⁸⁷ ; ce qui a certainement contribué à en faire finalement un principe directeur¹⁴⁸⁸. L'institution a en effet un rayonnement auquel il est difficile d'échapper. On évoque ainsi l'

¹⁴⁸¹ STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, L'essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibl. de dr. priv., 2000, p. 85, n° 85.

¹⁴⁸² Cf. *infra* n° 442 et s.

¹⁴⁸³ MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006. 761, n° 5 : « *pas de contrat, pas de bonne foi !* »

¹⁴⁸⁴ LE TOURNEAU Ph. et POUMARÈDE M., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Bonne foi », janv. 2017, n° 1.

¹⁴⁸⁵ VINCENT K., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », in *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 41, n° 3, 2000, p. 467.

¹⁴⁸⁶ Cf. not. GARDNER D. et MOORE B., « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 48, 2007, p. 543.

¹⁴⁸⁷ LEVY J-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 722. Adde CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, PUF, 1990, n° 139 et s., parlant d'une « *coutume d'origine savante* » et d'une idée en « *suspension dans l'esprit de notre droit* ».

¹⁴⁸⁸ MEKKI M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015. 816.

Cf. déjà Loysel, pour qui « *tous contrats sont de bonne foi* » ; DOMAT J., *Les lois civiles*, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, 1697, Première partie, Livre 1^{er}, Titre 1^{er}, Section 3 : « *il n'y a aucune convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous ses effets que l'équité peut y demander, tant dans la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toute les suites* ».

« *expansion* »¹⁴⁸⁹ d'une notion « *indomptée* »¹⁴⁹⁰, mais dont les fonctions ont été « *domestiquées* »¹⁴⁹¹, n'empêchant pas qu'elle soit toujours « *controversée* »¹⁴⁹². La discussion doctrinale est notamment due à sa « *portée incertaine* »¹⁴⁹³, faisant presque passer l'institution pour un *credo* auquel tout le monde croit, tout en se revendiquant de parois plus ou moins modérées¹⁴⁹⁴, tenant d'un côté les « *maximalistes* »¹⁴⁹⁵ et de l'autre la branche « *minimaliste* »¹⁴⁹⁶. Parce qu'elle offre un « *moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit* »¹⁴⁹⁷, la bonne foi met ainsi en exergue différentes sensibilités juridiques. Sa portée temporelle est nécessairement affectée, selon l'idée plus ou moins libérale¹⁴⁹⁸ ou solidariste¹⁴⁹⁹ que l'on se fait du contrat. Dans une acception restrictive, elle est davantage vue comme une obligation enfermée dans le contrat¹⁵⁰⁰, tandis que, dans une vision objective, elle passe pour une norme comportementale plus générale, susceptible d'aller au-delà du contrat circonscrit à sa stricte durée¹⁵⁰¹. Dans ce dernier cas, la bonne foi est placée « *au-dehors du droit, dans un contexte d'ensemble et comme en position de surplomb, [elle] fédère les diverses parties du droit et traverse les frontières qui les séparent* »¹⁵⁰². Or, si la bonne foi peut traverser le cloisonnement des disciplines juridiques, la question reste ouverte concernant les limites temporelles du contrat. Pourtant, « *en dépit de certaines apparences, le domaine de la bonne foi objective pourrait bien s'étendre également à l'après-contrat (...)*

¹⁴⁸⁹ CHANTEPIE G. et LATINA M., La réforme du droit des obligations, *op. cit.*, n° 102, p. 92.

¹⁴⁹⁰ BALAT N., « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », RDA, févr. 2006, p. 61.

¹⁴⁹¹ BALAT N., *ibid.*, p. 64.

¹⁴⁹² CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 102, p. 92.

¹⁴⁹³ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 102, p. 93.

¹⁴⁹⁴ GIDE A., *Journal*, t. 2, Gallimard, Paris, 1997, p. 191 : « *la bonne foi est une vertu essentiellement laïque, qui remplace la foi tout court* ».

¹⁴⁹⁵ Expression relevée in BALAT N., « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », RDA, févr. 2006, p. 63.

¹⁴⁹⁶ Expression relevée in MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006. 761 ; BALAT N., art. préc., p. 63. V. Dr. et patrimoine, janv. 2006, 87, obs. AYNÈS L.

¹⁴⁹⁷ F TERRE., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 439. V. ég. LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *op. cit.*, p. 723 : « *d'après l'équité canonique tous les contrats du monde sont de bonne foi* ».

¹⁴⁹⁸ V. de façon générale la prise en compte du devoir de bonne foi dans les contrats de service : LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2014, n° 3666 et s., spéc. n° 3667 ; BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, préf. MESTRE J., PUAM, 2010, n° 101 s.

¹⁴⁹⁹ MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 ; JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mél. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.

¹⁵⁰⁰ Comme pouvait l'inférer l'ancien article 1134 du Code civil, dans son troisième alinéa, semblant dans sa formule réserver la bonne foi à la seule « phase d'exécution ». Cf. cep. LOISEAU G., note sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, préc.

¹⁵⁰¹ Sur la nature de la bonne foi, envisagée comme une obligation ou un devoir, et les implications de l'une et l'autre hypothèse (également sur l'après-contrat) cf. MEKKI M., art. préc., n° 44 et 45. V. ég. MAZEAUD D., art. préc., n° 7 et s. ; TEYSSIE B., *Les relations individuelles de travail*, Litec, 1992, n° 642 ; LOISEAU G., obs. préc. ; Soc. 30 mars 2005, Bull. civ. V, n° 110 : « *pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté* » ; LE TOURNEAU Ph. et POUMARÈDE M., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Bonne foi », janv. 2017, n° 113.

¹⁵⁰² DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, p. 83.

Ne serait-il pas en effet hasardeux de considérer, sans nuance, que la fin de la période contractuelle marque la fin de l'exigence de bonne foi ? »¹⁵⁰³.

321.- Sur la portée postcontractuelle de la bonne foi. « *L'existence d'une bonne foi postcontractuelle a parfois reçu l'onction des juges* », c'est pourquoi « *il ne semble pas hérétique ou évangélique de considérer que l'existence passée d'un contrat puisse exercer une influence sur le comportement des anciens contractants* »¹⁵⁰⁴. Ces propos, antérieurs à la réforme opérée par l'ordonnance de février 2016, n'ont pas perdu de leur actualité. En effet, la bonne foi est un devoir prévu par le nouvel article 1104 du Code civil : « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Le texte se distingue de l'ancien article 1134, alinéa 3, en ce qu'il inclut expressément dans son domaine la période précontractuelle¹⁵⁰⁵, avec le renfort du nouvel article 1102, laissant penser que le législateur a clairement souhaité promouvoir une acception objective de la notion, capable de transcender les frontières temporelles du contrat. En cela, le codificateur rompt avec une conception restrictive que certaines décisions jurisprudentielles avaient entretenue en affirmant que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* »¹⁵⁰⁶. Toutefois, rien n'est formellement dit par la nouvelle disposition sur le temps de l'extinction et de ses suites. Or, si la normativité de la bonne foi est détachée du critère d'un contrat en cours, en quoi serait-il alors impossible de consacrer explicitement une bonne foi postcontractuelle ? Les commentateurs le remarquent précisément, relevant que « *bien que le texte ne le précise pas, on doit considérer que l'exécution vise les effets du contrat, ce qui devrait*

¹⁵⁰³ BALAT N., art. préc., p. 66.

¹⁵⁰⁴ MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », préc., n° 5.

¹⁵⁰⁵ Codifiant le droit jurisprudentiel constant : FAGES B., « L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », RTD civ. 2013. 109, obs. sous. Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, Bull. civ. I, n° 222, pourvoi n° 11-15.529 et Civ. 3^e, 18 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-28.251 ; AJDI 2013. 208. *Adde* Com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, pourvoi n° 70-14.154 ; Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 101, pourvoi n° 97-18.737, D. 2000. 574, note BEIGNIER B. ; RTD civ. 2000. 565, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 05-16.789, RTD civ. 2008. 676, obs. FAGES B. ; Civ. 3^e, 18 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-28.251 ; BEYNEIX I. et LEMMET L.-Cl., « La négociation des contrats », RTD com. 2016. 1, spéc. n° 8 ; ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, 2014, n° 169 ; SALEILLES R., « La responsabilité précontractuelle », RTD civ. 1907. 697 ; SCHMIDT J., « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974. 46 ; CEDRAS J., « L'obligation de négocier », RTD civ. 1985. 265 ; RINGLER S., th. préc., n° 27. *Adde* (pour un aperçu en droit comparé) : BARASNEVICIUS QUAGLIATO P., « The duty to negotiate in good faith », in *International Journal of Law and Management*, vol. 50, n° 5, 2008, pp. 213-225 ; FAUVARQUE-COSSON B. et MAZEAUD D. (dir.), *European contract law, Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*, Sellier, European law publishers, 2008, p. 187 et 522 ; CORDERO-MOSS G., *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014, p. 97 ; FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè ed. ; SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè ed. ; MONSALVE CABALLERO V., « A Approach legal history of culpa in contrahendo of preliminary negotiations », *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, janv.-juin 2011, n° 17.

¹⁵⁰⁶ Civ. 3^e, 14 sept. 2004, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, D. 2006. 761, note MAZEAUD D. (critique) ; Defrénois 2006. 257, note TCHENDJOU ; LPA 15 sept. 2006, n° 185, note MARTIN ; JCP E 2005, 1867, note BICTIN ; JCP 2005. II. 10173, obs. LOISEAU G. ; RDC 2006. 314, note LAITHIER Y.-M. ; RTD civ. 2005. 776, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Dr. et patr. janv. 2006. 87, obs. AYNES L. (approb.).

conclure à englober sa rupture », non sans une ombre d'hésitation, ajoutant que « *plus incertaine est la portée exacte de l'expansion de la bonne foi à toutes les phases de la relation contractuelle* »¹⁵⁰⁷. Pourtant, après observation de la technique contractuelle et de la jurisprudence, un aperçu des droits étrangers finit de montrer la pertinence du principe dans l'après-contrat. Tel est le cas du droit italien, du droit chinois et du droit québécois.

b) *La bonne foi postcontractuelle dans les droits étrangers*

322.- Droit italien. La « *buona fede* », ou encore « *correttezza* », est spécifiquement prévue à l'article 1375 du *Codice civile*, de même que l'article 1337 dispose que les parties, durant les négociations et la formation du contrat, doivent se comporter de bonne foi¹⁵⁰⁸. Selon la doctrine et la jurisprudence italiennes, la bonne foi « *peut être détectée même après la fin de la relation, une fois que l'exécution a été réalisée* »¹⁵⁰⁹. La doctrine a en effet constaté que dans l'après-contrat, le rapport entre les parties indique que le débiteur doit s'abstenir d'adopter un comportement empêchant le créancier de profiter des fruits de l'exécution¹⁵¹⁰. La bonne foi fait ainsi partie des « *obblighi postcontrattuali* », également appelés « *devoirs post finitum contractum* »¹⁵¹¹, expression d'une norme objective déduite des règles de comportement en société¹⁵¹². Ainsi, la doctrine note que les obligations succédant à l'extinction révèlent la permanence d'un lien au-delà du contrat, malgré l'épuisement des effets de la convention, dans un but de protection des intérêts nés de l'exécution et qui seraient exposés à des menaces en dehors du lien contractuel¹⁵¹³. Une obligation de comportement, reposant sur la confiance

¹⁵⁰⁷ CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, p. 97.

¹⁵⁰⁸ « Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede ». Cf. MAZEAUD D. Et FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), *European contract law, Materials for a common frame of reference: Terminology, guiding principles, model rules*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, Sellier European law publishers, Munich, 2008, p. 185 et s.

¹⁵⁰⁹ SIRENA P. et FARACE D., « I contratti bancari del consumatore », in CAPOBIANCO E. (dir.), *I contratti bancari*, UTET Giuridica, Milanofiori, 2016, Chapitre 4, (3.4): « *secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la buona fede puo rilevare anche dopo la cessazione del rapporto, ossia che le prestazioni contrattualmente poste e carico delle parti sono state eseguite* ».

¹⁵¹⁰ SIRENA P. et FARACE D., « I contratti bancari del consumatore », *ibid.*

¹⁵¹¹ Au sujet de la bonne foi postcontractuelle: VECCHI P. M., « Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio », in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 353-401.

¹⁵¹² GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, Vol. 1 : *Il rapporto obbligatorio*, (dir.) SACCO R., UTET Giuridica, 2015, Milanofiori, « *Capitolo secondo : fonti dell'obbligazione e criteri del giudizio giuridico, Sezione 3 : La dissociazione dell'effetto dalla fonte* », n° 9: « *gli obblighi successive all'esaurirsi della fonte. Obbligazioni da aspettativa sociale ?* ». Rapp. PLOUVIEZ M., « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Emile Durkheim », in (dir.) LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 69 et s. : « *la « solidarité contractuelle » est une expression pour le moins paradoxale. Solidarité sociale délimite ce qui s'impose aux volontés individuelles et ne peut donc relever d'un contrat ; le contrat délimite, à l'opposé, la sphère proprement privée par laquelle les volontés individuelles échappent à la solidarité sociale* » (p. 70).

¹⁵¹³ GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, *ibid.*: « *Il tema, indagato dalla dottrina tedesca, e che risuona in un indirizzo di giurisprudenza, è quello della permanenza del vincolo di obbligazione « al di là del contratto »; « lesione*

(« *affidamento* »¹⁵¹⁴), prend donc le relai du contrat éteint, et elle trouve son propre fondement dans l'engagement qui la précédée, de même qu'elle se situe à la croisée des chemins entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. L'obligation est alors aussi bien déduite du contrat qui l'a précédée que des règles de comportement dictées par le contrat social : la loi du contrat se confond avec celle de la société¹⁵¹⁵.

Tout le débat est de déterminer si une telle obligation s'inscrit dans l'exécution même du contrat ou si elle est une conséquence de l'extinction. Dans la circonscription de l'obligation à l'exécution du contrat, la responsabilité contractuelle trouverait à s'appliquer. Mais, l'extinction a pour effet de transformer les parties en tiers l'une pour l'autre. Cette extranéité crée un rapport indirect entre les parties, lequel indique d'appliquer la responsabilité délictuelle¹⁵¹⁶. Les contrats de durées semblent particulièrement exposés à la persistance d'une forme postcontractuelle de solidarité entre les parties, laquelle a pris racine dans le contrat passé¹⁵¹⁷. Le droit italien retient ainsi, sur le fondement de l'article 1375 du Code civil italien¹⁵¹⁸, que le vendeur est aussi bien tenu à une obligation d'information précontractuelle que postcontractuelle¹⁵¹⁹. De façon générale, le consommateur doit pouvoir bénéficier en temps utiles d'informations ou de documents après l'extinction du contrat, tenant par exemple, l'établissement financier d'assurer le maintien de la transparence même après la fin de la prestation bancaire, de manière à rassurer ses clients et minimiser le risque de conflits - indifféremment du fait que le client ait été à l'origine de la rupture¹⁵²⁰. La question de l'existence d'un devoir de bonne foi postcontractuelle a d'ailleurs occasionné un débat précisément sur l'obligation faite à la banque de

di obblighi di professione, di compotamento, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi esposti a pericolo in occasione del contratto stesso ». Rappr. CASTRONOVO C. et MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, Giuffrè Editore, 2007, p. 501.

¹⁵¹⁴ GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni, ibid.* L'auteur prend l'exemple du contrat de travail, après lequel une partie serait tentée de tirer profit des informations acquises durant la relation, au détriment de l'ancien cocontractant.

¹⁵¹⁵ GAMBINO F., *ibid.*

¹⁵¹⁶ GAMBINO F., *ibid.*

¹⁵¹⁷ FAVA P., *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, t. 1, Giuffrè Editore, p. 468: « *il dovere di solidarietà che ha avuto origine dal rapporto instauratosi fra le parti, in particolar modo nei contratti di durata, è suscettibile, per sua natura, di prolungarsi al di là della formale vigenza del contratto, pur sempre nella misura in cui il contegno occorrente a soddisfare un'utilità meritevole di tutela giuridica di una delle parti non arrechi un apprezzabile sacrificio agli interessi dell'altra* ».

¹⁵¹⁸ « *Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede* ».

¹⁵¹⁹ MAGRI M., *Le vendite aggressive*, CEDAM, Lavis, 2011, p. 33

¹⁵²⁰ RUPERTO C., *La giurisprudenza sul Codice civile, coordinata con la dottrina, Libro IV delle obbligazioni*, t. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 1081; SIRENA P. et FARACE D., « *I contratti bancari del consumatore* », in CAPOBIANCO E. (dir.), *I contratti bancari*, UTET Giuridica, Milanofiori, 2016, Chapitre 4, (3.4): « *La buona fede postcontrattuale riguarda entrambe le parti, ma probabilmente la banca si trova ad essere maggiormente vincolata. (...) Seguendo questa interpretazione, la buona fede potrebbe giustificare l'obbligo, in capo alla banca, di custodire documentazione rilevante anche oltre il periodo necessario per legge, come la giurisprudenza ha avuto modo di riconoscere. Ma pure, ad esempio, di fornire specifiche informazioni ad un consumatore nel periodo successivo all'estinzione del rapporto. In quest'ultimo caso, parrebbe irrilevante la circostanza che la relazione obbligatoria sia cessata per volontà del consumatore* ». Rappr. GABRIELLI E. et LENER R. (dir.), *I contratti del mercato finanziari*, UTET Giuridica, 2^e éd., Milanofiori, 2011, p. 220.

délivrer directement aux mandataires judiciaires des documents relatifs aux opérations s'étant antérieurement entretenues avec le failli¹⁵²¹. La jurisprudence a également retenu que la violation du principe de bonne foi ne nécessitait pas la présence de relations commerciales en cours¹⁵²².

Il est alors intéressant de noter que la doctrine italienne, lorsqu'elle évoque les causes d'extinction du mandat, considère que la situation d'exécution se « *crystallise au moment de la cause extinctive* »¹⁵²³, donnant ainsi lieu à des « *effets directs* »¹⁵²⁴, l'exécution des « *effets réflexes* »¹⁵²⁵, considérés comme des « *effets de type liquidatif* », et des « *effets nouveaux* »¹⁵²⁶. Parmi ces effets nouveaux, sont rangés les « *obblighi di correttezza e di buona fede* » persistant dans la « *fase "postcontrattuale"* »¹⁵²⁷, du fait que « *l'interruption du programme contractuel est déterminante d'un changement de situation et d'expectatives* »¹⁵²⁸. Il s'agit de « *devoirs de respect et de solidarité à la charge de chaque partie (ou leurs ayant droit) assurant la sauvegarde des intérêts respectifs* »¹⁵²⁹. Il est cependant possible de remarquer que la bonne foi postcontractuelle ne nous semble pas tant appartenir aux effets nouveaux créés par l'extinction, qu'aux effets réflexes. En effet, le principe de bonne foi présidant déjà les comportements précontractuels et ceux de l'exécution, il est certain que sa poursuite dans l'après-contrat s'inscrit dans la continuité d'un devoir préexistant, nonobstant le relai entre responsabilités contractuelle et délictuelle. Il n'est donc pas nouveau. Il n'est pas non plus un effet direct de l'extinction, mais bien un effet réflexe, au sens de sa reconduction automatique et du fait qu'il est *réfléchissant* des droits et obligations nés du contrat¹⁵³⁰.

323.- Droit chinois. La bonne foi, « *cheng xin* » ou « *cheng shi xing yong* »¹⁵³¹, est un principe directeur qui gouverne l'exécution du contrat. En effet, la loi sur les contrats, issue de la Réforme opérée en 1999 par l'Etat chinois, prévoit un article 6 imposant un devoir de collaboration entre les parties,

¹⁵²¹ FAVA P., *Le obbligazioni : diritto sostanziale e processuale*, précisant qu'il s'agit de divers documents, tels que les exercices de compte, ou la copie *recto verso* des virements programmés sur le compte du failli, dans le but d'exercer des actions en revendication.

¹⁵²² Trib. Catania, ord. 5 janv. 2004, cité in FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, p. 23.

¹⁵²³ CENDON P. (dir.), *Commentario al codice civile. Art. 1703-1765: Mandato, Spedizione, Agenzia*, Giuffrè Editore, 2009, p. 534.

¹⁵²⁴ « *Effetti diretti* », consistant en l'interruption des effets caractéristiques de l'acte et des projets en cours, au maintien de l'exécution déjà accomplie et des effets déjà produits, et à la création d'« *effets ultérieurs* » qui ne sont pas systématiques, ni homogènes, ni nécessairement d'essence contractuelle.

¹⁵²⁵ « *Effetti riflessi* ».

¹⁵²⁶ « *Effetti nuovi* », in CENDON P. (dir.), *op. cit.*, p. 534.

¹⁵²⁷ Art. 1175 et 1375 du *Codice civile*. La bonne foi postcontractuelle inclut également le comportement dans la mise en œuvre de la rupture (préavis, motifs, notifications), et les suites de l'extinction telles que les restitutions (cf. Cass. Civ., Sez. III, 11 août 2000, n° 10739, FI, 2001, I, 512 ; GC, 2001, I, 1025).

¹⁵²⁸ CENDON P. (dir.), *op. cit.*, p. 534.

¹⁵²⁹ LUMINOSO, cité in CENDON P., *ibid.*

¹⁵³⁰ Cf. *supra* n° 80, 175, et *infra* 373, 615.

¹⁵³¹ CLUNET E., in *Journal du droit international*, vol. 129, 2002, p. 128.

une obligation d'information ou encore de confidentialité¹⁵³². Il s'agit d'une norme générale qui « *exige que, durant les processus de formation, d'exécution et après la fin du contrat, les parties fassent preuve d'honnêteté, de crédibilité et de coopération* »¹⁵³³. Est ainsi sanctionnée, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la faute au stade des négociations, c'est-à-dire l'abus de la confiance donnée par l'autre. Cependant, cette même loi est également dotée d'un article 60, dédié à l'obligation de bonne foi pendant l'exécution (« *fu sui yi wu* »), et d'un article 92 spécifiquement relatif à la bonne foi postcontractuelle. Selon cette dernière disposition, « *après l'exécution des obligations contractuelles, les parties doivent assumer, selon le principe de bonne foi, en suivant l'usage établi, l'obligation d'information, d'assistance et de confidentialité, etc.* »¹⁵³⁴. Ainsi, « *la fin d'un contrat ne met pas fin aux obligations des parties qui découlent du principe de bonne foi* »¹⁵³⁵. En effet, une pluralité d'obligations postcontractuelles (la liste légale est ouverte), telles que l'information, la coopération, la confidentialité, mais également des devoirs de mise en garde et de réserve, sont les fruits d'un devoir général de bon comportement selon les usages de la matière contractuelle concernée¹⁵³⁶. En outre, l'article 98 de la même loi prévoit également que l'extinction n'atteint pas les clauses ayant pour objet le règlement du compte des parties ainsi que leur liquidation, de même qu'est prévu un principe de survie des obligations contractuelles ou légales aménageant la période postcontractuelle (telles que l'obligation de non-concurrence) - ce qui n'est pas sans faire penser au nouvel article 1230 de notre Code civil¹⁵³⁷. L'ensemble de ces dispositions est organisé dans une division spécifiquement relative à la fin du contrat. La législation chinoise est donc pourvue de plusieurs articles traitant directement de l'après-contrat, dans une logique semble-t-il d'optimisation des suites de l'extinction et de respect de principes directeurs qui irriguent et coordonne le droit des contrats.

324.- Droit québécois. L'article 1375 du Code civil québécois prévoit que « *la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction* ». Un auteur écrit ainsi que le principe doit « *gouverner la conduite des parties à tout moment de la vie d'un contrat. Il s'agit en fait de la codification de la bonne volonté morale liée à l'équité* »¹⁵³⁸. L'extinction est donc assujettie à une obligation de bonne foi et les obligations sous

¹⁵³² BIN L., GUILLAUMOND R. et JIAN PING L., *Droit chinois des affaires*, préf. DELMAS-MARTY M., Larcier, 2013, p. 151 (Principes généraux) et 159 ; SUN T., SHANG Y. et YANG J., J.Cl. V° « Chine - Droit du commerce », Fasc. 30, n° 30.

¹⁵³³ SUN T., SHANG Y. et YANG J., J.Cl. préc., n° 30.

¹⁵³⁴ SUN T., SHANG Y. et YANG J., J.Cl. préc., n° 33.

¹⁵³⁵ BIN L., GUILLAUMOND R. et JIAN PING L., *op. cit.*, p. 161-162.

¹⁵³⁶ PERRINI F. et PICCINALI M., *Investimenti e contratti in Cina*, Chapitre 8.

¹⁵³⁷ « *La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* ».

¹⁵³⁸ VINCENT K., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions

la tutelle du principe de bonne foi semblent encore une fois être considérées comme répondant à des attentes sociales¹⁵³⁹. Il serait effectivement difficile de prétendre que les préceptes moraux s'arrêtent aux portes de l'extinction de la convention. C'est souvent l'exercice même du droit de rompre qui est concerné : par exemple, une partie ne peut pas donner un préavis trop court, ou résilier le contrat de manière à provoquer un préjudice au cocontractant¹⁵⁴⁰. Mais la période purement postcontractuelle est également concernée, dans le but de limiter les tentations d'opportunisme nuisible que pourrait offrir le retour à la liberté¹⁵⁴¹. L'observation du contentieux québécois a montré que l'exécution de l'obligation de bonne foi repose sur trois sanctions : la condamnation à des dommages-intérêts, la fin de non-recevoir et l'injonction¹⁵⁴². La condamnation aux dommages-intérêts a pour but la réparation du dommage résultant du comportement fautif¹⁵⁴³. La fin de non-recevoir se présente comme une sanction procédurale du comportement contradictoire du créancier¹⁵⁴⁴. Elle est ainsi proche de l'*estoppel*, en ce qu'elle permet au débiteur poursuivi d'invoquer la fin de non-recevoir lorsque son créancier a donné l'illusion qu'il renonçait au recouvrement¹⁵⁴⁵. L'injonction sert également d'outil procédural de lutte contre le comportement préjudiciable : elle permet au juge de faire cesser la pratique déloyale¹⁵⁴⁶.

325.- Vers une vision transversale du devoir de bonne foi. La normativité de la bonne foi se manifeste ainsi de manière transversale lorsqu'on appréhende le comportement du contractant. Elle peut même constituer un outil d'interprétation du comportement des parties¹⁵⁴⁷. Il n'est donc pas étonnant de trouver dans certains droits étrangers une formulation large du devoir de bonne foi, ne se

qui en découlent », in *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 41, n° 3, 2000, p. 435.

¹⁵³⁹ ROLLAND L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », RDUS 26, 1996, p. 379 : « les tribunaux ont posé que les rapports juridiques s'inscrivent dans la vie en société qui, pour être harmonieusement ordonnée, commande implicitement l'honnêteté », qualifiant également la notion de « principe correcteur immanent » donnant lieu à l'intégration dans le droit écrit de « valeurs morales, sociales et politiques qui agiront sur l'interprétation et l'application des règles de droit ».

¹⁵⁴⁰ VINCENT K., art préc., p. 465.

¹⁵⁴¹ VINCENT K., *ibid.*, p. 467. : « un salarié manque également à son obligation d'agir de bonne foi après la fin de son contrat lorsqu'il cherche à solliciter les clients de son ancien employeur et à le discréditer auprès de ceux-ci. Bien que le salarié, après la rupture de son contrat de travail, bénéficie du droit de concurrencer son ancien employeur, il doit exercer cette concurrence de bonne foi et de façon honnête et loyal ». Cf. *Beaver et al. c/ Shaare Zion Congregation*, REJB 98-04761 (C.C.) ; *Compagnie d'assurance Standard Life c/ Rouleau*, 1995, RJQ. 1407.

¹⁵⁴² VINCENT K., *ibidem*, p. 470.

¹⁵⁴³ *120804 Canada inc. c/ Caisse populaire Sacré Cœur de Montréal* ; *Arsenault c/ Woodland Verdun Itée*, JE 93-1730 (C.D.) ; *Banque de Montréal c/ Kuet Leong Ng*, 1989, 2 RCS 429.

¹⁵⁴⁴ V. ég. Com. 28 févr. 1995, D. 1997. 64, obs. FERRIER D.; RTD civ. 1995. 885, obs. MESTRE J. ; 23 mai 2000, RTD civ. 2001. 137, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; 29 janv. 2002, CCC 2002, comm. n° 123, obs. MALAURIE M. Rapp. *infra* n° 591 et s.

¹⁵⁴⁵ *Compagnie Trust Royal c/ Entreprises BM St Jean inc.*, REJB 97-00768 (CS) ; *Caisse populaire St Rédempteur c/ Auclair*, REJB 98-09747 (C.c.).

¹⁵⁴⁶ VINCENT K., *ibidem*, p. 471. Rapp. *infra* n° 466 et s.

¹⁵⁴⁷ En droit italien, cf. CENDON P. (dir.), *op. cit.*, p. 534 et s. et art. 1366 du *Codice civile*. Adde, en droit chinois, PERRINI F. et PICCINALI M., *op. cit.* et SUN T., SHANG Y. et YANG J., J.Cl préc., n° 32.

limitant donc pas à la sphère contractuelle circonscrite à la durée de l'acte. Le Code civil russe prévoit en effet que « *lors de l'acquisition, de l'exercice et de la protection des droits civils ainsi que lors de l'exercice des obligations civiles, les personnes concernées par l'exercice du commerce doivent agir de bonne foi* »¹⁵⁴⁸. Pour sa part, le Code civil suisse dispose, dans son titre préliminaire, que « *chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* »¹⁵⁴⁹. En France, les projets de réforme ont pu se rapprocher de cette acception généraliste de la bonne foi. L'avant-projet de réforme de 2008 contenait un article 18 selon lequel « *chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi* »¹⁵⁵⁰.

326.- La réforme, une occasion manquée par la France. On regrette finalement que l'ordonnance de février 2016 n'ait retenu qu'une formule en demi-teinte, et n'ait pas osé franchir le cap de la consécration d'un devoir général de bonne foi susceptible d'abriter la bonne foi postcontractuelle. Le nouvel article 1104 du Code civil aurait pu bénéficier tant de l'influence de la jurisprudence que du droit comparé et du droit international, en adoptant de manière complète un texte représentatif de l'aura de la bonne foi aussi bien avant la formation du contrat que dans les suites de son extinction, que celle-ci soit pour l'avenir ou dite rétroactive. Cela aurait été possible, par l'énonciation d'un principe s'appliquant à toutes les phases de la vie du contrat ; telle que, par exemple, « le principe de bonne foi s'impose aux parties dès la phase précontractuelle et s'étend jusqu'aux suites de l'extinction du contrat ». Le parti aurait pu également être celui d'un devoir général, à l'instar du droit suisse ou de l'avant-projet de 2008, en affirmant dans le titre préliminaire du Code civil un devoir général de bonne foi dans l'exercice des droits et obligations civiles ; d'autant que le nouvel article 1104 du Code civil trouve sa place dans une réforme dont le but avoué est l'attractivité du droit français, de sorte qu'on a pu relever que « *la bonne foi implique, pour les acteurs concernés, un devoir de loyauté et de coopération devant les conduire à tout mettre en œuvre pour concourir au parfait épanouissement de la relation contractuelle, ce qui peut passer d'ailleurs par sa restructuration, conduite selon les mêmes*

¹⁵⁴⁸ Art. 1, al. 3.

¹⁵⁴⁹ Art. 2, al. 1. Le second alinéa dispose que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, tandis que l'article 3 du même Code énonce que la bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit ; et que nul ne peut invoquer sa propre bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. Cf. not. WESNER P., *La responsabilité fondée sur la confiance : une fausse bonne idée en droit suisse*, éd. Thémis, Montréal, 2009.

¹⁵⁵⁰ Projet de la Chancellerie, TERRE F. (dir.), [Pour une réforme du droit des contrats](#), Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2008. Cf. ég. CABRILLAC R., « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008. I. 190. Rapp. Art. 2 du Projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. Dans le même esprit, l'article 9:301 des Principes contractuels communs, conçus par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée, énoncent que « *chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets* ».

principes. Une personne qui ressort satisfaite d'une première relation contractuelle sera incitée à augmenter son courant d'affaires créant ainsi un cercle vertueux »¹⁵⁵¹.

B- LA BONNE FOI DANS LES SUITES DE L'ANÉANTISSEMENT RÉTROACTIF DU CONTRAT

327.- Portée de la rétroactivité et nature de la bonne foi. La rencontre entre la rétroactivité de l'extinction et le devoir de bonne foi a certainement quelque chose de perturbant. En effet, les deux notions sont sources de discussion. L'effet rétroactif est facteur de désordre, tandis que la nature de l'obligation de bonne foi est débattue. L'extinction rétroactive sera en l'occurrence l'occasion de raviver ce débat : la nature de l'obligation de bonne foi est mise en question par l'anéantissement rétroactif (*a. La nature de l'obligation de bonne foi mise en question par l'anéantissement rétroactif*). La Cour de cassation a nourri ce questionnement en apportant un éclairage sur la responsabilité encourue en cas de violation de l'obligation reposant sur un contrat annulé (*b. La nature de l'obligation de bonne foi éclairée par le régime de la responsabilité*).

a) La nature de l'obligation de bonne foi mise en question par l'anéantissement rétroactif

328.- La bonne foi dans les suites de l'anéantissement rétroactif du contrat. La question de la subsistance d'une obligation de bonne foi à la suite d'une extinction dite rétroactive est quelque peu délicate. L'effet extinctif est censé faire *tabula rasa* du passé contractuel, ce qui induit que les parties ne peuvent invoquer un manquement contractuel¹⁵⁵². Le démantèlement des obligations résulte de l'anéantissement-sanction, extinction à large spectre qui a une grande amplitude de destruction de

¹⁵⁵¹ JULIEN F., « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques », Gaz. Pal., 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 53. Adde CRESSARD B., « Contrat de franchise et bonne foi », AJ contrat 2017.163.

¹⁵⁵² MESTRE J., « Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut », RTD civ. 1990. 473 ; Civ. 3^e, 7 juin 1989, Bull. civ. III, n° 134, p. 74 ; JCP 1990. II. 21456, note DAGORNE-LABBE Y., Defrénois, 1990. 360, obs. AUBERT J.-L. ; (le propriétaire d'un immeuble l'avait vendu contre un prix assorti d'une rente viagère. L'acquéreur cessa le règlement des arrérages, la partie venderesse demanda la résolution de la vente avec paiement des arrérages échus. Censurant les juges du fond qui firent droit à cette demande, la Cour de cassation énonce que « tout en prononçant la résolution de la vente pour les manquements de Mme Giroud à son obligation de payer des arrérages de la rente viagère, l'arrêt condamne la débirentière à payer les arrérages échus de cette rente ; qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non obtenir l'exécution de l'obligation, la cour d'appel a violé les textes susvisés »). Cf. ég. Civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, Bull. civ. I, n° 46, p. 40 ; 17 févr. 1982, *ibid.* n° 77, p. 66 ; MESTRE J., « De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », RTD civ. 2002. 93 ; du même auteur, « Le droit du créancier d'une obligation contractuelle de somme d'argent demeurée inexécutée de faire valoir sa préférence », RTD civ. 2003. 709 ; PENNEAU J., « Fixation par le juge de la date d'effet de la résiliation d'un contrat à compter du moment où les parties ont cessé de remplir leurs obligations. Une partie ne peut demander l'exécution d'aucune des stipulations d'un contrat mis à néant », D. 1997. 321 ; CARLI P., « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », RTD com. 1993. 255 ; FAGES B., « L'option de l'article 1184, alinéa 2, du code civil, érigée au rang de choix définitif », RTD civ. 2011. 762. Rappr. *supra* n° 145 et s.

l'engagement. Que reste-t-il, parmi les vestiges du contrat, de l'obligation de bonne foi ? Plusieurs hypothèses peuvent être avancées.

329.- Une nature exclusivement contractuelle. Tout d'abord, on peut considérer que la destruction massive des obligations peut avoir emporter l'obligation de bonne foi, laquelle est alors vue comme une obligation contractuelle parmi les autres, générée par le contrat qui la supporte, et reposant sur la responsabilité contractuelle. Dans ce cas, les parties ne devraient plus pouvoir se plaindre de la mauvaise foi de l'une ou de l'autre, étant donné que le contrat servant de support à l'action de nature contractuelle a disparu.

330.- Une nature extracontractuelle. Ensuite, il est également possible d'affirmer que, dans l'absolu, l'obligation de bonne foi, en tant que principe directeur, se présente davantage comme un devoir général. S'en déduit la remise en cause de sa nature contractuelle : le devoir général de bonne foi devrait alors permettre d'engager la responsabilité extracontractuelle du contrevenant, peu importe le moment de la violation, y compris lorsque le contrat est valable et en cours d'exécution. Mais il peut sembler difficile de se limiter à cette appréciation, lorsqu'on considère que « *la responsabilité délictuelle, à la dénomination exacte, est par définition autonome, intervenant généralement entre deux étrangers qui ne se rencontrent que fortuitement, par malchance ou par malheur* »¹⁵⁵³.

331.- Une nature mixte. Enfin, et cette hypothèse a notre préférence, une voie médiane est possible. La bonne foi fait certainement partie de ce que l'on appelle les notions mouvantes. Certainement sa place dans l'ordre juridique l'est-elle aussi. En effet, il est difficile de nier que l'obligation de bonne foi s'inscrit dans une nébuleuse de devoirs comportementaux qui structurent la vie collective. Elle est en ce sens un devoir « d'expectative sociale »¹⁵⁵⁴, capable de donner naissance à différentes branches d'autres devoirs interconnectés, tels que les devoirs de loyauté, de probité, ou de transparence ; en somme, l'ensemble des comportements propres à former une certaine éthique dans la vie des affaires, la vie publique, le monde du travail, etc. La bonne foi est très certainement un pilier d'une certaine moralisation des relations interpersonnelles. Dès lors, elle apparaît sous le jour d'un principe transversal aux disciplines juridiques et certainement aux régimes de responsabilité¹⁵⁵⁵. Car si

¹⁵⁵³ POUMAREDE M., *ibid.*, n° 807.

¹⁵⁵⁴ GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, Vol. 1 : *Il rapporto obbligatorio*, (dir.) SACCO R., UTET Giuridica, 2015, Milanofiori, « *Capitolo secondo : fonti dell'obbligazione e criteri del giudizio giuridico, Sezione 3 : La dissociazione dell'effetto dalla fonte* », n° 9.

¹⁵⁵⁵ Cf. VINEY G., « Le domaine de la responsabilité contractuelle : le manquement à une obligation contractuelle », RDC, 1^{er} juill. 2006, n° 3, p. 811.

tous les sujets de droits doivent respecter, de façon générale, un précepte de bonne foi, ils engagent nécessairement leur responsabilité extracontractuelle.

Mais, lorsque ces mêmes sujets se lient par un contrat, formant ainsi un acte juridique, il semble naturel que le principe général de bonne foi préside à l'exécution de l'engagement. La question est alors de déterminer si le principe est maintenu hors du contrat, reposant sur la responsabilité extracontractuelle, ou s'il entre dans la sphère contractuelle, engageant la responsabilité du même nom. La réponse doit franchement être les deux. En effet, l'acte juridique doit être formé de bonne foi, puisque le devoir préexiste à la conclusion du contrat, et il doit ensuite être exécuté de bonne foi parce que cette dernière devient en quelque sorte l'hôte du contrat. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont alors alignées, de sorte que l'obligation contractuelle éclipse en quelque sorte le devoir extracontractuel. En effet, quand les parties s'engagent, elles ne peuvent faire échapper le contenu de leur engagement au devoir supérieur de bonne foi. C'est ainsi que les obligations générées par le contrat y sont assujetties, sans être spécifiquement de source contractuelle : « *le contrat n'est que l'occasion de [la] violation* »¹⁵⁵⁶. Or, cette rencontre montre que la bonne foi entre dans le champ contractuel : imposée par la loi publique à la loi privée, la bonne foi devient une obligation contractuelle. Une fois entrée dans le domaine du contrat, elle permet aux contractants de rechercher, le cas échéant, la responsabilité sur le terrain contractuel. Autrement dit, la bonne foi obéit au régime contractuel au sein de la durée de l'acte, entre deux temps appartenant au régime extracontractuel. La responsabilité encourue par la violation de ce devoir est donc mixte, et dépend du temps dans lequel s'est inscrit la violation. Cela étant exposé, que se passe-t-il lorsque le contrat connaît une extinction massive ? Faut-il distinguer entre le comportement antérieur et celui postérieur au prononcé de l'extinction-sanction ? Lorsque l'extinction ne touche pas le résultat d'une exécution jugée saine, cette portion du contrat est acquise. Tel est le cas lorsque la résolution s'applique à un contrat à durée successive : la résolution joue comme une résiliation¹⁵⁵⁷. La durée acquise conserve alors l'hôte qu'est la bonne foi. Cette dernière peut donc valablement fonder une action en responsabilité contractuelle pour la période acquise. Lorsque l'engagement est remis en cause dans son intégralité, la réponse est plus ardue. L'impossibilité logique d'invoquer la bonne foi repose sur la fiction de la rétroactivité. Or, cette fiction a ses limites¹⁵⁵⁸, car si elle prétend effacer l'acte, elle ne peut faire disparaître les comportements. Sur quel critère faut-il alors raisonner ?

¹⁵⁵⁶ Cf. POUMAREDE M., in *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, LE TOURNEAU Ph. (dir.), n° 808.

¹⁵⁵⁷ Cf. *supra* n° 132 et s.

¹⁵⁵⁸ Cf. *supra* n° 145 et s.

332.- L'hypothèse de la disparition totale de l'obligation. Soit, tout d'abord, il faut abandonner l'idée qu'une quelconque obligation de bonne foi existe encore dans cette niche temporelle purgée de toute obligation de nature contractuelle. Ce serait dans ce cas reléguer la bonne foi au domaine purement contractuel, ce qui est contradictoire avec sa présence dans la phase précontractuelle et ses apparitions dans la phase postcontractuelle.

333.- L'hypothèse de la responsabilité contractuelle maintenue. Soit, ensuite, il est possible de défendre l'idée que la responsabilité encourue reste contractuelle, ce qui formerait une exception au principe selon lequel les parties ne peuvent demander l'exécution des obligations. Cette position, minoritaire, n'est pas fantaisiste. Défendue par le juriste allemand Rudolf von Ihering¹⁵⁵⁹, la responsabilité contractuelle servirait par exemple de fondement à la faute précontractuelle¹⁵⁶⁰ ou, en droit anglo-saxon « *promissory stoppel* »¹⁵⁶¹. Les parties adoptant un comportement de contractant en recherchant la conclusion du contrat, engagent ainsi leur responsabilité contractuelle. La déclaration de volonté de contracter pourrait servir de socle à l'établissement de la responsabilité¹⁵⁶². De même, le fait que les parties se soient comportées volontairement comme des obligés pourrait donner la base d'une responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle serait applicable par « analogie »¹⁵⁶³. L'apparence de validité du contrat, de même que la soumission spontanée des parties à un engagement, offrent l'assise d'une responsabilité contractuelle, comme si celle-ci avait été retenue par les parties pour gérer leur relation. La contestation postérieure de l'acte qui en est le support ne devrait donc pas dédouaner rétrospectivement les contractants du devoir de bonne foi. Obtenir l'annulation de l'acte reviendrait sinon à tolérer *a posteriori* une attitude fautive, en « lavant » la faute par le biais de l'extinction. Or, si l'effet extinctif peut faire disparaître le contenu obligationnel, peut-il aussi facilement effacer la faute ?

Il est tentant de ne pas y croire, ne serait-ce que parce que la partie de mauvaise foi, au moment des faits, a agi sans considération de la nullité à venir. L'intention ou la négligence condamnables ne

¹⁵⁵⁹ « De la faute "*in contrahendo*" ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies*, traduction Meulenaere, t. 2, Paris, 1893, pp. 1-100.

¹⁵⁶⁰ *Contra* FAGGELLA G., *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, t. 3, Luigi Pierro Tip. Editore, Naples, 1906 ; SALEILLES R., « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.*, 1907. 702 ; MOUSSERON P., « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.*, 1998. 243 : « en l'absence de tout contrat, la responsabilité ne peut être que délictuelle ».

¹⁵⁶¹ CARUSO D., *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milan, Giuffrè, 1993.

¹⁵⁶² SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, LGDJ, 3^e éd., 1925, n° 153 et n° 159.

¹⁵⁶³ Cf. HUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978, n° 361 : « lorsque les parties se trouvent dans une situation originale qui les distingue de simples tiers » ; VINEY G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, Ghestin J. (dir.), LGDJ 1995, n° 237 : « ce n'est nullement, à notre avis, l'origine contractuelle du devoir méconnu qui justifie ce particularisme, mais la volonté de tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le débiteur ».

sont donc pas absolues par une extinction qui n'intervient que postérieurement ; au mieux sont-elles remises en perspective avec la cause de l'extinction, dans un but d'équilibrage des rapports *inter partes*¹⁵⁶⁴. Le problème s'impose véritablement dans la configuration où la faute est invoquée concomitamment ou après l'anéantissement. Il est effectivement difficile de soutenir que la responsabilité contractuelle survit à l'anéantissement rétroactif du contrat alors que les parties ne peuvent plus se prévaloir de l'inexécution¹⁵⁶⁵. Ne retenir la responsabilité contractuelle que pour l'obligation de bonne foi peut être envisagée, en considérant qu'elle fait exception à la règle, en raison d'une certaine autonomie par rapport aux autres obligations. En effet, au même titre que les clauses ayant vocation à survivre à l'extinction rétroactive, l'obligation de bonne foi pourrait résister à l'effet extinctif.

Peut-être encore, serait-il possible de découvrir la justification à l'autonomie des clauses par leur lien avec l'obligation de bonne foi : les obligations de confidentialité ou de non-concurrence s'appuient indéniablement sur une directive de comportement que postule la bonne foi. Toutefois, le déroulement de cette logique trouve sa limite dans l'observation du régime de ces clauses. La violation des obligations postcontractuelles prévues expressément par des stipulations est certes la responsabilité contractuelle, mais lorsque le comportement préjudiciable n'est effectué en violation d'aucune stipulation, il obéit au régime extracontractuel. Or, si une autonomie était vue dans l'obligation de bonne foi, alors justificative de la survie des stipulations postcontractuelles, la faute postcontractuelle en l'absence de stipulation pourrait également engager la responsabilité contractuelle de son auteur. Cette hypothèse doit être écartée (seulement lorsqu'elle repose sur le maintien de la bonne foi au travers du fondement contractuel) : il ne serait assurément pas cohérent d'imposer aux contractants une responsabilité contractuelle dans une période non couverte par un aménagement contractuel. La partie s'estimant victime d'un préjudice doit démontrer l'existence d'une faute et d'un lien de causalité. Il en va du principe du retour à la liberté extracontractuelle, mais cette solution se déduit également du fait qu'il est inenvisageable d'organiser une responsabilité objective dans un temps où les obligations incombant à chaque partie ne sont pas précisément définies. En revanche, l'hypothèse semble viable si l'obligation de bonne foi est maintenue sur un fondement extracontractuel.

334.- L'hypothèse de la responsabilité extracontractuelle. Soit, enfin, l'obligation de bonne foi contractuelle doit être considérée comme éteinte par l'effet de l'anéantissement-sanction, mais le devoir général de bonne foi, attaché à la responsabilité extracontractuelle, résiste naturellement à l'effet extinctif

¹⁵⁶⁴ Cf. « *Nemo auditur...* », *supra* n° 176, 294 et art. (nouveau) 1178 du C. civ.

¹⁵⁶⁵ Cf. *supra* (Titre 1 - Chapitre 2) n° 133, 134, *adde* 591 et s.

qui ne porte que sur l'acte juridique. Dans la recherche d'un certain équilibre, c'est cette dernière voie que nous retiendrons, car elle est la mieux à même de ménager une place aussi bien pour la cohérence de la sanction-extinctive que pour la sauvegarde d'un impératif de justice. En effet, doit-on considérer qu'au prétexte de l'anéantissement, une partie puisse tirer profit d'un comportement déloyal, alors même qu'elle avait antérieurement donné sa parole en gage à la confiance de son cocontractant ? Cette solution ne peut être satisfaisante, tant elle cultiverait les effets pervers de l'extinction. Une politique du tout ou rien apparaît excessive, laissant le champ libre à une vision déformée de l'anéantissement-sanction, lequel ne peut laisser place à un temps juridique à l'état « sauvage », dépourvu de toute régulation au prétexte de l'effet rétroactif. De plus, des moyens de régulation existent déjà, distinguant notamment entre, d'une part, la situation dans laquelle une partie est victime du comportement de l'autre (à l'origine de l'extinction-sanction) et, d'autre part, celle où les parties sont toutes deux actrices des causes de l'anéantissement. La partie victime de l'anéantissement-sanction a la possibilité d'invoquer, sur le terrain extracontractuel, la réparation du préjudice résultant d'une annulation¹⁵⁶⁶. Lorsque les parties ont contribué ensemble à la cause d'extinction, faisant par exemple preuve d'immoralité en contractant un acte contraire aux bonnes mœurs, elles sont chacune pénalisée en étant privée du droit de se prévaloir du contrat vicié. Dans ce cas, il semble naturel, en référence au principe *nemo auditur...* qu'aucune ne puisse invoquer la mauvaise foi de l'autre, sauf à considérer que l'immoralité partagée puisse servir de base à la réparation pour l'une de la faute de l'autre. La réciprocité du comportement prohibé appelle la réciprocité dans la paralysie de l'action. La connivence exclut le droit à réparation. Mais certaines situations peuvent prêter à discussion, car elles n'entrent qu'imparfaitement dans l'une ou l'autre catégorie. Les parties peuvent être chacune fautive, sans être suffisamment *coupables* pour éluder la portée d'un devoir de bonne foi. C'est peut-être ce qui explique en partie que la doctrine et la jurisprudence ne se sont pas toujours accordées sur la nature de la responsabilité qui doit succéder à la disparition rétroactive d'une convention¹⁵⁶⁷, témoignant ainsi des « contours obscurs de la sphère contractuelle »¹⁵⁶⁸. L'enjeu est important. La distinction entre les régimes de responsabilité repose sur la préexistence d'une obligation au fait générateur. En effet, on présente l'obligation d'indemnisation différemment selon qu'elle s'inscrit dans une situation extracontractuelle ou contractuelle. S'il la situation est extracontractuelle, c'est le comportement générateur du dommage précède l'obligation d'indemniser. C'est donc la faute qui « *donne naissance*

¹⁵⁶⁶ Art. (nouveau) 1178.

¹⁵⁶⁷ Pour une responsabilité contractuelle : Civ. 1^{re}, 14 nov. 1979, bull. I, n° 279 ; D. 1980, p. 264, obs. GHESTIN J. ; Civ. 1^{re}, 26 nov. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 415, pourvoi no 94-13468 ; Com., 13 mars 2007, Bull. civ. 2007, V, n° 86, pourvoi n° 06-13325, Bull. civ. 2007, V, n° 86.

¹⁵⁶⁸ MEKKI M., obs. sous Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, Bull. civ. III, n° 79, pourvoi n° 10-11.721, Gaz. Pal. 6 oct. 2011, n° 279, p. 13.

à une obligation, là où, jusqu'alors, il n'y avait rien : une créance d'indemnisation »¹⁵⁶⁹. En matière contractuelle, l'ordre de présentation des éléments constitutifs de la créance est très différent. En effet, l'obligation précède le comportement donnant lieu au dommage. C'est pourquoi l'inexécution suffit à soutenir la responsabilité, sans besoin de démontrer qu'un fait a généré une obligation d'indemniser¹⁵⁷⁰.

La Cour de cassation a néanmoins livré des éléments d'appréciation qui, non dépourvus d'ambiguïté, donnent par suite lieu à discussion.

b) La nature de l'obligation de bonne foi éclairée par le régime de responsabilité

335.- Un arrêt en référence. Dans une décision du 18 mai 2011, la troisième Chambre civile a énoncé que, à la suite de suite de l'anéantissement rétroactif du contrat, la responsabilité de l'une des parties ne peut être recherchée que sur le fondement extracontractuel¹⁵⁷¹. L'exemple donné par cet arrêt remarqué, mérite d'être approfondi : en l'espèce, le preneur d'un bail rural a sous-loué pendant neuf années les terres agricoles objet du louage principal. La sous-location s'arrêtait soudainement, le preneur ayant signifié au sous-locataire l'interdiction de poursuivre l'exploitation des terres, mettant un terme à la relation juste avant la période des récoltes. Le sous-locataire agissait alors aux fins de faire reconnaître l'existence d'un bail rural établi à son profit, sollicitant ainsi l'accès aux terres exploitées par lui et la révision du loyer. Reconventionnellement, le preneur demandait le paiement du solde locatif. Les juges du fond, tout en constatant la nullité de la sous-location et sans reconnaître l'existence d'un bail au profit du demandeur, condamnait le preneur au paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1104 (ancien 1134) du Code civil. Ils retenaient en effet la violation de l'obligation de bonne foi, constituée par le fait pour le preneur d'avoir mis fin aux relations contractuelles nouées avec le sous-locataire d'une manière brutale et sans s'y être fait autoriser par voie de justice. C'est sur ce point que l'arrêt fût censuré par la Cour de cassation, rappelant, au visa des articles 1231-1 (ancien 1147) et 1240 (ancien 1382), que « *par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat de bail annulé la responsabilité [du preneur] ne pouvait être recherchée que sur le fondement délictuel ou quasi-délictuel* ».

L'arrêt est particulièrement digne d'intérêt puisqu'il met en jeu la question du domaine de la bonne foi dans l'extinction, tant au sujet du comportement dans la rupture du sous-bail que dans la prise en compte de l'annulation. Il semble également pertinent de souligner que dans les faits de l'espèce, le

¹⁵⁶⁹ POUMAREDE M., in *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 806.

¹⁵⁷⁰ POUMAREDE M., *ibidem*.

¹⁵⁷¹ Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, préc., D. Actu. 1^{er} juin 2011, obs. CHENU D ; Gaz. Pal. 6 oct. 2011, n° 279, p. 13, obs. MEKKI M. ; V. pour une jurisprudence plus ancienne : Com. 7 nov. 1978, bull. civ. IV, p. 212, n° 254 ; et sur ce point : TERRE P., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit des obligations*, 10^e éd., D. 2009, n° 433 et s. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat*, Litec, 6^e éd., 1998, n° 1088.

preneur qui avait consenti la sous-location n'était autre que l'épouse du propriétaire, ce qui, d'une certaine manière, permet de mettre en perspective le comportement du preneur à l'égard du sous-locataire.

336.- Le problème soulevé. Cela étant dit, le fait pour une partie de rompre brutalement un contrat illicite est-il constitutif d'une violation de l'obligation bonne foi ? Cette question est sous-jacente à celle de l'effet de l'annulation. En l'occurrence, la nullité qui était encourue par la sous-location était absolue. Toutefois, la prohibition de la sous-location n'est pas enracinée dans la notion de bonnes mœurs : on ne reproche pas aux contractants une atteinte à la moralité, mais le recours à une pratique illicite. L'article L. 411-35 du Code rural interdit effectivement, sauf quelques exceptions, la sous-location du bail rural, justifié par le fait que le droit d'exploitation consenti au preneur est un droit personnel intransmissible. La prohibition étant d'ordre public, le consentement du bailleur ne permet pas d'exclure la nullité¹⁵⁷². Mais l'absence de considération morale permet à chaque partie de se prévaloir de la nullité, l'adage *nemo auditur...* ne pouvant faire obstacle à ce droit¹⁵⁷³. Il en ressort que, théoriquement, l'une et l'autre parties peuvent invoquer la réparation du préjudice résultant de l'annulation, tel que le prévoit l'article (nouveau) 1178 du Code civil. Or, en matière de nullité absolue, il est sans aucun doute malaisé d'opposer au cocontractant le bénéfice de cette disposition. En effet, chaque partie s'est engagée en connaissance de cause dans un engagement prohibé et donc nécessairement annulable. Si la violation de la bonne foi existe en l'espèce, elle ne peut donc pas être fondée sur une faute contractuelle (c'est ce que rappelle l'arrêt¹⁵⁷⁴), ni même précontractuelle consistant pour un contractant à extirper la confiance de l'autre quant à l'efficacité de l'acte¹⁵⁷⁵. Les contractants sont finalement dans une situation assez contradictoire, autorisés à se prévaloir de la nullité, mais tous deux fautifs dans les causes de celle-ci.

337.- L'ambiguïté de la décision quant à sa portée. Cependant, si la Cour de cassation écarte le fondement contractuel retenu par les juges du fond, d'aucuns remarquent que « *la cour d'appel qui avait elle-même qualifié la bonne foi d'obligation contractuelle, et que la Haute juridiction n'a pas repris*

¹⁵⁷² Civ. 3^e, 19 avr. 1983, Bull. civ. III, n° 89; Rev. loyers 1983. 314 ; Civ. 3^e, 13 juill. 2010, Bull. Civ. III, n° 144, pourvoi n° 09-16.598, Rev. loyers 2010. 386, note PEIGNOT ; RD rur. 2010, no 113, note CREVEL ; LPA 2011, n° 32, p. 11, note BILLEMONT ; BICC 2011. 1748 ; Civ. 3^e, 19 juill. 1995, Bull. civ. III, n° 198 ; JCP 1995. IV. 2282 ; Gaz. Pal. 1997. I. Somm. 118, obs. LACHAUD.

¹⁵⁷³ Civ. 3^e, 30 mai 1969, Bull. civ. III, n° 434.

¹⁵⁷⁴ TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 433, p. 447 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, n° 372, p. 355 ; MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Litec, 11^e éd., 2010, n° 411, p. 319 ; MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 730, p. 361 ; BENABENT A., *Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 229, p. 176.

¹⁵⁷⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. GHESTIN J., LGDJ 1992, p. 100 et s.

à son compte cette qualification dans son attendu principal »¹⁵⁷⁶. Est-ce à dire que la violation d'un devoir de bonne foi pouvait être constaté mais sur le fondement délictuel ? Sans doute faut-il observer que la Cour de cassation « *cultive une certaine ambiguïté* »¹⁵⁷⁷. Dans ce cas, les Hauts magistrats auraient effectivement pu opérer une substitution de motifs, mais tel ne fut pas leur décision. On peut en déduire que, si d'une part l'obligation de bonne foi peut être recherchée sur le fondement extracontractuel, la faute et le préjudice ne peuvent se confondre avec ceux identifiés à l'occasion d'un manquement qui serait de nature contractuelle. Le *pseudo*-contractant devra ainsi faire un effort de démonstration, sans pouvoir bénéficier de la loi contractuelle : il faudra prouver en quoi, en dehors de toute obligation conventionnelle, le comportement était fautif. L'abus de droit se présente comme une piste à suivre, mais il est difficile d'affirmer que le droit de faire cesser une situation illicite est susceptible d'abus.

338.- La dépendance économique du sous-locataire. Un autre angle d'approche est possible : l'abus résiderait dans le fait de créer volontairement un état de dépendance économique pour ensuite rompre les relations avec la personne dépendante. En l'espèce, la dépendance économique est objective, peu importe que l'engagement contractuel soit annulé. Elle résulte d'un état de fait institué par neuf années de sous-location. La brutalité de la rupture ne doit donc pas être regardée par le prisme du contrat, mais par celui de l'abus d'un état de dépendance institué par une situation de fait. Au même titre que l'article (nouveau) 1143 du Code civil institue la violence économique comme vice du consentement, dans un temps précontractuel et donc extérieur au contrat, pourquoi la violence économique ne pourrait-elle pas intervenir à un autre stade de la relation ? L'article 1143 est assurément inspirant. Il a vocation à s'appliquer en dehors de tout rapport contractuel, énonçant que la violence est constituée lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance du cocontractant obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence de contrainte et tire un avantage manifestement excessif. Si une partie peut abuser de la dépendance de l'autre pour provoquer un engagement avantageux, il semble que symétriquement, le désengagement brutal puisse constituer un abus lorsque la dépendance est établie¹⁵⁷⁸, nonobstant la nullité de l'acte. En l'espèce, la longue durée de la relation, ainsi que l'interdiction soudaine d'exploiter les terres agricoles, juste avant la période de récolte¹⁵⁷⁹,

¹⁵⁷⁶ LATINA M., « La responsabilité des parties au contrat annulé est extracontractuelle », L'essentiel Droit des contrats, 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 4.

¹⁵⁷⁷ GENICON Th., « Responsabilité en cas d'annulation du contrat : quelle responsabilité ? Quelle faute ? Quel préjudice ? », 1^{er} oct. 2011, n° 4, p. 1139.

¹⁵⁷⁸ Rappr. *supra* n° 298, 408, 507, 621.

¹⁵⁷⁹ La récolte bénéficiera alors au locataire, mais le sous-locataire aura la possibilité d'agir sur le fondement de l'enrichissement injustifié : Req. 11 juill. 1889, S. 1890. 1. 98, note LABBE ; (arrêt *Boudier c/ Patureau-Mirand*) Req. 15 juin 1892, GAJC, t. 2, 12e éd., no 239 ; DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note LABBÉ ; Reims, 7 mai 2008, RG n° 07/00722 ; ROMANI A.-M., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Enrichissement sans cause » 2012 (actu. Oct. 2016), n° 10 et spéc. 26.

tendent à asseoir un abus de dépendance. La mauvaise foi fondée sur une responsabilité délictuelle est alors constituée par le fait d'avoir intentionnellement instauré une situation de dépendance avant de cesser le rapport sans tenir compte de cette dépendance. Le préjudice ne doit pas être vu dans l'impossibilité de poursuivre l'exploitation, laquelle reposait sur un contrat illicite, mais sur l'impossibilité de prévoir les suites de l'éviction.

339.- La persistance de la bonne foi, sous sa forme extracontractuelle. Finalement, parce que les comportements déloyaux peuvent prendre racine dans un temps extérieur au contrat (articles 1107 et 1143 du Code civil), il n'y a aucune raison pour écarter le jeu de la bonne foi en cas d'extinction rétroactive de l'acte : « *une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extra-contractuel* »¹⁵⁸⁰. La conséquence de l'extinction, en raison de son amplitude, est néanmoins que la bonne foi ne peut plus être l'hôte du contrat : les parties pourront alors se raccrocher à la branche extracontractuelle du devoir de bonne foi, laquelle avait naturellement fondé la ramification contractuelle. D'après l'appréciation de la Cour de cassation, en serait nécessairement affectée la démonstration de la faute et du préjudice¹⁵⁸¹, rendant difficilement soutenable d'accorder aux parties les avantages d'un régime de responsabilité objective en l'absence de fondement contractuel. Le comportement déloyal devrait dans ce cas résulter d'un abus de la situation instaurée par le contrat de façon à tirer profit de l'état de fait *pseudo-contractuel* au détriment du cocontractant. Toutefois, contraindre la victime du manquement à la démonstration d'une faute indépendante d'une inexécution contractuelle paraît non seulement sévère, mais également en discordance avec l'ensemble du droit de l'annulation.

340.- L'aménagement nécessaire du régime de responsabilité. Il n'est pas certain que le régime de l'annulation ne laisse pas subsister quelque espoir susceptible de faciliter le travail de démonstration, même d'en exempter la victime. En effet, les suites de l'extinction dit rétroactive donne lieu à un après-contrat dont la fonction est la liquidation du passé contractuel. Nous avons exposé que cette liquidation repose principalement sur des comptes de restitution¹⁵⁸². Dans le bilan obligationnel qui sert de base au calcul des restitutions, la compensation entre crédit et passif doit être provoquée par soustraction. C'est ce qui justifie que les parties se restituent mutuellement ce qu'elles ont perçu, dans un renversement des obligations nées du contrat. Or, dans l'évaluation de ce bilan, figurent nécessairement les inexécutions éventuelles, du simple fait qu'elles ont généré des dettes non compensées dans le

¹⁵⁸⁰ STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, p. 116.

¹⁵⁸¹ GENICON Th., « Responsabilité en cas d'annulation du contrat : quelle responsabilité ? Quelle faute ? Quel préjudice ? », préc.

¹⁵⁸² Cf. n° 155 et s.

patrimoine des parties. Par exemple, un loyer impayé alors que le local a été mis à disposition donnera lieu au paiement d'une indemnité d'occupation. Réciproquement, si le locataire a payé le loyer alors que le bailleur n'a pas permis la jouissance paisible, une créance de restitution est détenue par le locataire. Le bailleur devra restituer les loyers perçus sans contrepartie. Force est donc de constater que, de façon indirecte, chaque partie est amenée à se prévaloir des inexécutions contractuelles, dans le but d'obtenir la compensation de la créance restée en attente de contrepartie. Alors que les contractants ne sont pas recevables à invoquer la responsabilité contractuelle¹⁵⁸³, ils sont pourtant dispensés de la charge de démontrer une faute indépendante de l'inexécution. Le seul manquement contractuel, supporté par le passé par la force obligatoire, suffit pour faire apparaître la dette dans le bilan de liquidation. À ce titre, l'obligation de bonne foi ne mérite-t-elle pas également sa place dans le décompte de liquidation ?

En effet, rien ne justifie que l'obligation de bonne foi ne bénéficie pas de la même mécanique, alors que toutes les obligations inexécutées sont susceptibles, sans autre démonstration, d'être décomptées dans la liquidation. En tant qu'obligation de comportement, elle a cependant le particularisme de n'avoir d'autre contrepartie qu'un principe de réciprocité. En tant qu'obligation émanant de la loi, elle est effectivement imposée aux deux parties. Mais lorsqu'un contractant manque à la bonne foi, une dette se crée dans le bilan obligationnel, de sorte que la partie qui s'est exécutée de bonne foi pourrait, de façon virtuelle, détenir une créance de restitution. L'impossibilité de restituer la bonne foi appelle nécessairement une compensation par équivalent¹⁵⁸⁴. Mais, ce qui ressort de cette observation est avant tout que, comme n'importe quelle autre obligation, le contractant victime de la mauvaise foi ne devrait pas avoir à démontrer une faute délictuelle : seul le manquement contractuel suffit à générer la créance¹⁵⁸⁵. Ainsi, si l'action faisant suite à l'anéantissement rétroactif du contrat doit être portée sur le fondement extracontractuel, elle a l'originalité de bénéficier d'un régime de responsabilité objective. Cette objectivité peut être interprétée comme le privilège des parties qui sont des tiers spéciaux, puisque rapprochés volontairement par un engagement, celui-ci eût-il disparu. Invoquer la réparation de la violation du devoir de bonne foi n'est donc pas incompatible avec

¹⁵⁸³ TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 433 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, n° 372 ; MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Litec, 11^e éd., 2010, n° 411 ; MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 730 ; BENABENT A., *Les obligations*, LGDJ, Montchrestien, 15^e éd., 2016, n° 229.

¹⁵⁸⁴ POUMAREDE M., in *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, LE TOURNEAU Ph. (dir.), n° 808 : « ce manquement crée à la charge de l'agent une dette de responsabilité, car il s'agit d'indemniser et non de fournir un équivalent ».

¹⁵⁸⁵ Cf. en ce sens Civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, Bull. civ. I, n° 183, pourvoi n° 84-16.624 : lorsqu'un contrat nul a cependant été exécuté, les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient auparavant, mais il est possible de mettre à la charge de l'acquéreur le coût de la remise en état de la machine sans avoir à relever l'existence d'une faute à son encontre.

L'anéantissement de l'acte, dans la mesure où l'action tend à réparer un « intérêt négatif »¹⁵⁸⁶. En conclusion, le manquement à l'obligation de bonne foi doit être recherché sur le fondement d'une responsabilité certes extracontractuelle, mais objective¹⁵⁸⁷. Le statut de contractant est ainsi rapproché de celui de tiers, auquel est reconnu le droit d'invoquer le manquement contractuel à l'origine de son propre préjudice, tandis que le statut de « nouveaux » tiers est rapproché de celui de contractant. Il y a confusion entre fautes contractuelle et délictuelle, si bien qu'il y a unicité de comportement entre la violation du devoir de bonne foi vu sous l'angle contractuel et délictuel. L'effet extinctif de l'anéantissement-sanction permet, à l'instar du régime de réparation consenti aux tiers, d'observer un manquement contractuel en dehors du contrat.

341.- Le comportement intervenu postérieurement au prononcé de la nullité. Quand, enfin, le comportement est postérieur au prononcé de la sanction extinctive, la bonne foi doit encore pouvoir rayonner. Deux arguments permettent de retenir cette solution. Premièrement, le fondement extracontractuel de l'obligation permet d'appréhender les comportements extérieurs à la relation conventionnelle. Deuxièmement, la survie des clauses et obligations postcontractuelles à l'anéantissement rétroactif du contrat indique le maintien d'un intérêt à la régulation des comportements dans les suites de l'extinction-sanction. Cet intérêt postcontractuel sert à limiter l'opportunisme extrait du rapprochement *inter partes*, lequel a permis des échanges susceptibles d'être injustement exploités au prétexte de la disparition du contrat.

¹⁵⁸⁶ REMY Ph., « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mél. Couvrat*, Puf, 2001, p. 121 s. ; POUMAREDE M., in *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, LE TOURNEAU Ph. (dir.), n° 810-10 ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. LEVENEUR L., LGDJ, 2007, n° 989, 1021 et 1022.

¹⁵⁸⁷ Cf. sur la frontière artificielle entre les deux ordres de responsabilité : POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 810. Rapp. REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323, n° 25, montrant que la faute contractuelle est comparable à la faute de comportement extracontractuelle : « "responsabilité contractuelle" et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité renforce incontestablement l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité "civile" sous deux figures, et que le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective ».

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

342.- Relation suivie et suivi de la relation. L'extinction du contrat ne signifie pas nécessairement celle de la relation *inter partes*. En effet, un suivi de la relation peut être assuré par la succession de contrats dans le temps, donnant lieu à une stabilisation par le recours au régime du contrat à durée déterminée, ou par l'influence du contrat passé sur les rapprochements comportements postcontractuels, au travers de l'obligation de bonne foi.

343.- La stabilisation par le régime de la durée du contrat. Le régime du contrat à durée déterminée organise de manière explicite la stabilisation de la relation, donnant au terme extinctif une fonction ambivalente. Entre libération et engagement, il marque à la fois le droit de ne pas poursuivre la relation, mais aussi le moment à partir duquel le comportement des parties pourra servir de support à la naissance d'une nouvelle convention. Les notions de prorogation, de reconduction et de renouvellement sont les piliers du régime de la stabilisation du contrat à durée déterminée, lequel perd de son identité lorsqu'il sert à pérenniser le rapport obligationnel. La relation s'inscrit alors dans une durée qui transcende celle de l'acte, si bien que l'après-contrat s'exprime de la façon la plus formalisée qui soit : il est lui-même un nouveau contrat qui succède à l'ancien et qui assure le maintien dans le temps du partenariat entre les parties. Le temps postcontractuel est alors en contradiction avec son essence en ce qu'il n'est pas l'instaurateur d'un retour à la liberté mais exerce au contraire un pouvoir de contrainte sur les parties. De même, l'acte juridique à durée déterminée, ayant normalement un caractère éphémère, tend à institutionnaliser la relation¹⁵⁸⁸. Toutefois, il doit être clairement distingué du contrat duquel il prend le relai. Si par abus de langage, résultat d'un grand désordre terminologique, il est courant de parler indifféremment d'une « prolongation » du contrat pour la prorogation, la tacite reconduction, ou le renouvellement, il n'y a véritablement prolongation que pour les cas de prorogation. Autrement, l'après-contrat est une convention nouvelle, dont le contenu et la durée peuvent être différents de la précédente. Ce qui fédère néanmoins les trois modes de poursuite de la relation par-delà l'extinction, repose sur une promesse de stabilité consentie par les parties au moment de la conclusion du contrat à durée déterminée. La promesse peut être implicite ou explicite, synallagmatique ou unilatérale. Lorsqu'elle est synallagmatique, elle repose sur la réalisation d'une condition suspensive ou résolutoire et, lorsqu'elle est unilatérale, sur la levée de l'option (expresse ou tacite). Le contenu de

¹⁵⁸⁸ Le *contrat*, qui est considéré comme éphémère, parce qu'en enfermé dans une durée, permet alors d'*instaurer* une *relation*. Il existe une opposition entre le point de vue *contractuel* et *institutionnel*. Le critère de la durée suffit en effet à exclure la plupart des contrats de ce la définition de l'*institution*. La plupart des conventions représentent une situation éphémère et épuisent leurs effets dans le temps. Cela dit, dès que le contrat prend un caractère de durée ou de stabilité, un attribut institutionnel apparaît, et vient même à prévaloir. Les exemples du mariage ou de l'adoption sont les plus connus. L'attribut institutionnel tend à apparaître dans les contrats de longue durée qui, bien que créés par les parties, contiennent des éléments de droit objectif. V. sur cette question : ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2005, p. 20 et s.

l'après-contrat, libératoire ou contraignant, dépendra alors de l'option ou de la réalisation de l'événement désigné par les parties comme conditionnant la poursuite ou l'abandon de la relation.

Cependant, le régime de stabilisation de la relation ne dépend pas uniquement de celui du contrat à durée déterminée.

344.- La stabilisation par le recours à la notion de bonne foi postcontractuelle. En dehors des modes de poursuite de la relation, la jurisprudence, par des moyens divers, organise une certaine stabilité dans les circonstances de la rupture et dans ses suites. En effet, la théorie du contrat relationnel¹⁵⁸⁹ fait des apparitions plus ou moins nettes au travers des décisions de la Cour de cassation, laquelle semble offrir aux parties, particulièrement dans la sphère commerciale, un moyen d'optimiser le droit de l'extinction. La devise de cette optimisation repose sur la sécurisation et la moralisation des prérogatives contractuelles et postcontractuelles : sécuriser pour optimiser, moraliser pour sécuriser. Alors qu'un souci d'efficacité économique est clairement visible dans la régulation de l'extinction, l'équilibre entre conception libérale et solidariste de l'après-contrat est plus difficile à trouver, du fait que le temps postcontractuel est naturellement exempt (sauf stipulations) d'obligations de nature contractuelle. C'est pourquoi le principe de liberté dans la désunion s'est vu encadré par des ressources juridiques qui transcendent la matière contractuelle, reposant sur l'abus de droit et l'ordre public.

Mais de manière sous-jacente ou affichée, le devoir de bonne foi s'est avéré être un instrument de régulation particulièrement adapté aux besoins du contentieux, parfois même invoqué par le législateur au travers de la notion de loyauté. Ses manifestations dans l'extinction et ses suites ont démontré la pertinence de la notion dans le temps postcontractuel. Corrigeant les excès de la liberté revendiquée en raison de l'extinction, elle permet d'arrondir les effets extinctifs lorsque ceux-ci sont trop brutaux, ou d'éviter que l'après-contrat abrite un opportunisme nuisible à la sécurité juridique et à l'équité. La réforme du droit des obligations, en consacrant l'obligation de bonne foi extracontractuelle, a manqué d'ambition en limitant cette consécration à l'avant-contrat. Elle a néanmoins ouvert une porte à l'admission en droit français d'une obligation de bonne foi postcontractuelle, susceptible de trouver refuge dans un devoir général d'essence extracontractuelle. Le rayonnement de la bonne foi dans les temps extérieurs au contrat montre que l'après-contrat, à l'instar de l'avant-contrat, ne peut être construit autour d'une liberté extracontractuelle ordinaire. Le rapprochement des parties extirpe ces dernières du statut de tiers, lequel est dénaturé par les traces d'une relation voulue. Les ex-parties sont du moins des tiers spéciaux, dont le comportement ne peut entrer sans nuance dans le domaine des simples faits juridiques. L'engagement irradie, de sorte que le contrat passé peut être l'occasion d'un abus, et que

¹⁵⁸⁹ Cf. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

l'ex-partie en est victime en raison de l'influence de la convention passée. Ainsi, l'obligation de bonne foi dans le stade de l'extinction et de ses suites doit permettre d'encadrer le comportement d'une partie qui tire profit de l'extinction ou de l'acquis contractuel au préjudice de l'autre. En d'autres termes, l'obligation de bonne foi postcontractuelle est au contrat relationnel ce que sont les obligations de garantie aux contrats translatifs et au louage d'ouvrage¹⁵⁹⁰. Elle impose une solidarité minimale qui vient compléter le *contrat* en raison de la *relation* partagée.

¹⁵⁹⁰ Rappr. not. *supra* et *infra* n° 233, 360.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

345.- Un temps qui succède à l'extinction. L'après-contrat se présente comme un temps hors du contrat, ceci par les effets de la fin. Mais il n'en devient pas moins son succédant par un renversement de la situation entre les parties. La fin du contrat est à ce titre l'événement qui fait éclore la *post-existence* du contrat. Elle en dégage tant l'extériorité par rapport au champ contractuel, que son ultériorité. L'extinction invite donc à tourner la page, en même temps qu'elle met à la porte du champ contractuel ce qui succède à la fin. Identifier le moment formateur de l'après-contrat nécessitait de s'accorder sur la détermination du moment de la fin du contrat qui, de par la perception diffuse de ses effets, s'apparente à une brèche temporelle dont il peut s'avérer difficile de savoir si elle est marquée par l'*instant* ou par la *durée*. Cette incertitude doit être combattue par la thèse qui défend le moment de l'extinction comme un événement instantané, ce qui n'empêche pas qu'il soit également dynamique. En ce sens, le contrat à durée déterminée est une référence permettant de confirmer que l'extinction elle-même ne *dure* pas, mais doit être regardée comme un *instant* à partir duquel se déploient des effets extinctifs. Toutefois, la fonction extinctive ne doit pas ruiner tous les effets du contrat. Ce qui a pu être institué utilement par le contrat doit être conservé, dans une logique de continuité. Le *statu postquam*, c'est-à-dire l'état postcontractuel qui succède à l'extinction, est donc une situation nouvelle créée par le contrat, et qui est le résultat de l'exécution et de l'extinction. L'après-contrat, à tort expédiée dans l'abysse du vide juridique, n'est donc pas un temps de l'oubli. Il incarne au contraire le rayonnement du passé : le jour d'après, la conséquence déterminée et déterminante de l'opération juridique ou de son extinction, son ancrage dans le réel, l'épilogue de la *relation*. Cette situation est mêlée de fait et de droit, et sert à mesurer les effets du contrat en même temps qu'elle permet d'apprécier la portée des effets extinctifs. À la lumière du but poursuivi par les parties, l'après-contrat est donc une période qui aide à jauger aussi bien l'efficacité du contrat que celle de l'extinction. En effet, la nature même de ce qui est « postérieur » indique la prise en compte des effets du passé dans la situation qui lui succède.

346.- Les liaisons entre le contrat et le temps extérieur. L'essence même de la postériorité incitait à mener une analyse en lien étroit avec le référentiel dans lequel s'inscrit l'objet observé. Aussi faut-il retenir que le barycentre de l'extinction représente le pivot qui fait basculer le contrat dans « l'après ». Cette idée de bascule apparaît préférable à celle de « *césure* », déjà proposée par la doctrine¹⁵⁹¹. Elle permet en effet de valoriser la connexion entre la période postcontractuelle et ses antécédents, ainsi que la capacité subversive du moment de l'extinction. Elle donne à voir une dialectique. Il s'agit bien de

¹⁵⁹¹ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, th. Paris II, 2002, n° 3.*

révéler le jeu de symétrie qui, par le prisme de la cessation, transforme les effets du contrat. C'est par ce biais que les effets contraignants de la période contractuelle se trouvent principalement renversés, comme par un jeu de miroir, en effets libératoires, et parfois inversement. L'analogie avec la bascule fait de l'après-contrat une *notion-reflet*, dans laquelle l'*avant* reste lisible *post-expiration*, et qui rend l'*après* déjà visible *pré-expiration*. L'après-contrat, en tant que notion-reflet, doit être nécessairement identifié comme un objet juridique réfléchissant. Si l'étroite jointure de l'instant extinctif forme le basculement du contrat dans l'après, elle fonde l'assise temporelle de l'après-contrat ainsi que l'orientation de la relation *inter partes*, en rapport permanent avec le passé contractuel. Ainsi, même dans leur aspect le plus minimaliste, les liens entre l'avant et l'après sont presque toujours insécables. Vision et compréhension de l'après-contrat ne peuvent être que principalement réflexives, à la fois portée sur l'ombre et les projections de la convention éteinte, de manière à mettre en lumière l'éclat de cette notion-reflet. Les ruptures n'ont donc lieu que sur fond permanent de continuité. La fin du contrat est mise en perspective avec les finalités du contrat.

347.- Un temps de suivi du contrat. Le contrat n'échappe pas à une règle de la continuité, loi physique si ce n'est métaphysique à laquelle le droit obéit, dans sa quête de stabilité. C'est ainsi que l'après-contrat est un temps qui, tout à la fois, succède à l'extinction et suit le contrat. Un suivi de la relation est organisé, même si les parties n'ont pas pourvu au besoin de sécuriser la période de temps extérieure à la convention. L'extinction ne peut laisser place à une liberté sèche : une protection est organisée par le droit des contrats, appuyée au besoin par d'autres branches du droit. L'observation des différents mécanismes de suivi de la relation, allant du régime des garanties à celui du renouvellement et de la reconduction, ont pour fonction de maintenir un socle minimum de confiance, laquelle est le support de la sécurité juridique et de l'équité. L'après-contrat est ainsi régulé, parce qu'il subit une influence irrépessible de la convention passée. La régulation sert ainsi à dissiper certaines ambiguïtés nées de la confrontation entre les effets de l'extinction et la pérennité de l'acquis contractuel, de sorte que l'après-contrat ne doit pas être l'occasion de nuire à la situation créée par l'exécution. La mise en cohérence des effets extinctifs et de la persistance d'effets contractuels nécessite le recours à des principes directeurs, capable d'harmoniser la fonction destructrice de l'extinction et celle constructive de l'action contractuelle. Est ainsi organisée une solidarité entre les parties, au service de l'efficacité de la convention et d'une optimisation du droit de l'extinction. La moralisation des comportements postcontractuels permet de faire irradier la bonne foi en dehors du cercle contractuel. C'est pourquoi, finalement, si l'après-contrat est un temps hors du contrat, il est encore éclairé par rayonnement du contrat. À ce titre, même lorsque la période postcontractuelle n'est pas formalisée, elle donne encore à voir le contrat en dehors de sa durée. Mais la manifestation du contrat dans l'après-contrat est encore

plus palpable lorsque les parties anticipent la gestion du temps qui suit l'extinction. L'après-contrat sera alors contractualisé, donnant lieu à un débordement de la matière contractuelle en dehors de sa durée, au travers notamment de stipulations spécifiquement postcontractuelles (*Deuxième partie : L'après-contrat, le contrat en-dehors de sa durée*).

DEUXIÈME PARTIE

L'APRÈS-CONTRAT, LE CONTRAT HORS DE SA DURÉE

« *Un univers comme sans couture entre le dedans et l'en-dehors, où le passé le plus amorti affleure sans cesse le présent le plus vivace, le plus localisé, le tisse, s'y insère, à peine s'aperçoit-on qu'on a dérivé* »¹⁵⁹².

348.- L'emprise du contrat. *Contracter, c'est prévoir*¹⁵⁹³ ; contracter des clauses postcontractuelles, c'est prévoir en-dehors du temps contractuel. Projeter une volonté allant plus loin que la fin elle-même, cela est possible, au-delà encore de ses suites immédiates. La relation déborde malgré l'intervention du terme extinctif, tandis qu'un véritable rapport postcontractuel naît d'un élan défiant les frontières de la convention. Que l'expression de volonté trouve à s'ancrer dans un temps extracontractuel peut sembler paradoxal, mais la contradiction n'est sans doute qu'apparente. Pour le comprendre, il faut rappeler que l'étendue des effets obligationnels ne doit pas être confondue avec la durée du contrat lui-même¹⁵⁹⁴. Assurément, la durée peut être vue comme un intervalle de temps, mais un intervalle ne pouvant être regardé sans une certaine mise en perspective. En effet, la durée n'est qu'une fenêtre et les effets du contrat, quant à eux, sont un paysage sur lequel elle offre à voir. La durée du contrat est donc encadrée par la formation et l'extinction, de telle sorte que l'après-contrat peut être considéré comme un temps en-dehors de ce cadre. Mais des obligations peuvent déborder de ce cadre temporel par le biais de prévisions ayant vocation à produire leurs effets après l'extinction. De la sorte, l'après-contrat peut se définir comme le contrat hors de sa durée, montrant ainsi qu'il est « *une projection dans le futur bien plus qu'une réduction du futur dans le présent* »¹⁵⁹⁵.

349.- L'extension de la volonté des parties. Si la volonté des parties s'impose naturellement dans l'acte d'imagination et de création que peut incarner le contrat, l'exercice de cette volonté n'est pas cantonné à la durée du contrat : son écho peut retentir après que les parties se soient séparées. L'intention créatrice des contractants trouve alors à s'exprimer dans l'après-contrat par le vecteur contractuel lui-même qui, dans le mouvement d'une volonté dont les effets se propagent, transcende la

¹⁵⁹² BOREL J., Préface, in JAMMES F., *De l'Angelus de l'aube à l'Angelus du soir*, Gallimard, Paris, 1971, p. VIII.

¹⁵⁹³ Selon la formule célèbre de Georges Ripert, in *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1948, p. 144 : « *contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir* ».

¹⁵⁹⁴ Cf. *supra* n° 73.

¹⁵⁹⁵ DELFORGE C., « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in *Actualités de la rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, n° 11.

durée de la relation et offre à la convention une vie après la mort, de sorte que « *le contrat doit mourir dans la dignité et les clauses post-contractuelles l'accompagnent dans les derniers instants de son existence* »¹⁵⁹⁶. C'est le miracle opéré par ces stipulations dites « *sensibles* »¹⁵⁹⁷ et qui auront vocation à gérer l'*après* : clauses de confidentialité, de non-concurrence, de catalogue, de différend, etc. Dans sa lancée, la convention prend une dynamique influençant les comportements postérieurs à sa disparition, dans la continuité d'une impulsion initiale qu'est celle de la rencontre des volontés. Il est alors clair que l'*après-contrat* s'exprime comme un contenu anticipé par le contrat (***Titre 1. Un contenu anticipé par le contrat***). S'impose dès lors une ingérence de la loi des parties dans un temps en principe libéré de l'emprise des obligations, justifiée par les contraintes dues à l'environnement économique dans lequel les contractants ont bien voulu échafauder leur projet. Cette ingérence vise un objectif de gestion et de sauvegarde des fruits de la relation passée, mais aussi de moralisation des comportements. Elle repose néanmoins sur une atteinte contrôlée à la liberté postcontractuelle. Pour être valable, les restrictions postcontractuelles devront en effet être dotées d'un équilibre interne. Elles mettront ainsi pleinement à la charge de la partie débitrice une obligation de nature contractuelle dont l'inexécution sera sanctionnée.

Toutefois, même valablement formée, l'ingérence ne peut être illimitée. Elle va se heurter à un équilibre extérieur, lié à l'adaptation des clauses au contexte dans lequel elles sont amenées à déployer leur efficacité. De plus, de façon inévitable, ce ne sont pas seulement les clauses postcontractuelles qui se heurteront à certaines bornes. L'*après-contrat* peut en effet être confronté au rôle du juge. C'est ainsi que la volonté des contractants aura un déploiement contenu par des limites (***Titre 2. Un déploiement contenu par des limites***).

¹⁵⁹⁶ MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelles », in *Remédier aux défaillances du contrat. Acte du colloque à l'Université de Lille en novembre 2008*, Larcier, 2010, p. 151.

¹⁵⁹⁷ MEKKI M., art. préc., p. 149, au sujet des clauses postcontractuelles, l'auteur ayant néanmoins choisi d'exclure les clauses de différend du champ de l'étude. V. ég. MEKKI M., « *Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles* », RDC 2006, n° 4, p. 1051, qualifiant, en général, les clauses contractuelles de « *capteurs sensibles du droit des contrats* » ; DISSAUX N., « L'article L. 442-6 du code de commerce et son juge... arbitral », D. 2015. 2537, au sujet de la clause compromissoire.

TITRE I

UN CONTENU ANTICIPÉ PAR LE CONTRAT

350.- Les clauses postcontractuelles : une source d'obligations contractuelles. Lorsque les parties prévoient des stipulations ayant vocation à créer des effets postcontractuels, les obligations emboîtent un temps sous la tutelle du contrat passé, faisant naître un véritable *après-contrat*, en tant que *rapport contractuel de l'après*. Le contrat montre ainsi une ampleur élargie du fait qu'il administre des obligations après son extinction. La régulation du temps postcontractuel est directement prise en main par les parties. Se définit alors une plage de rencontre entre contrat et après-contrat dans laquelle la liberté habituellement restaurée est sujette à des contraintes léguées par le rapport obligatoire. Lorsque l'après-contrat est organisé par le contrat, s'exprime le souvenir du contrat au travers d'une norme qui lui survit et participe à « *la gestion des incertitudes* »¹⁵⁹⁸. Le contrat consistant lui-même en un champ d'anticipation et d'organisation de la volonté, « *sans doute [l'après-contrat] fait-il souvent lui aussi l'objet d'un aménagement par des parties prévoyantes au moyen de clauses dites d'avenir* »¹⁵⁹⁹. Il s'agit là d'un surcroît de conscience de l'avenir, certainement destiné à pallier un défaut de confiance actuel ou à venir, à optimiser ainsi le vécu de la relation dans le temps autant que ses fruits. Le but sera principalement de pérenniser, moraliser et sécurisée la relation *inter partes*.

351.- Une approche renouvelée de l'acte de contracter. Dans cette perspective, l'après-contrat sera l'occasion de mettre en lumière les limites de la théorie générale des obligations qui conçoit le contrat comme un acte passé entre deux tiers étrangers, transformés en parties le temps du contrat, puis redevenant tiers à l'issue de l'extinction. Les clauses postcontractuelles montre au contraire que le contrat peut « relationnaliser » le rapport en obligatoire, et que les contractants en phase pré et postcontractuelles ne sont pas toujours étrangers l'un à l'autre¹⁶⁰⁰. Conscients de ces enjeux, c'est spontanément que la pratique contractuelle va adapter le contenu de leur engagement à des besoins spécifiques. C'est pourquoi « *de subie, la rupture du contrat devient objet de prévisions par les parties* »¹⁶⁰¹. Cette anticipation est possible par le jeu d'outils laissés aux contractants lors de la conception de leur projet : les stipulations. Ces dernières s'imposent en effet comme les organes essentiels de l'œuvre de prévision, « *articulées les unes aux autres dans le dessein de faire produire au contrat les effets procédant de la volonté des parties* »¹⁶⁰². Cette effectivité permettra une réelle prise en

¹⁵⁹⁸ DELFORGE C., « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », art. préc., n° 12.

¹⁵⁹⁹ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Contrats et conventions », août 1993, n° 454.

¹⁶⁰⁰ Rapp. *supra* et *infra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁶⁰¹ CHENU D., *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010, n° 476, p. 385-386.

¹⁶⁰² GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. Clermont-Ferrand I, 2014, n° 1, p. 1.

charge des comportements, lesquels devront répondre des fautes postcontractuelles. Il conviendra donc d'envisager les raisons de l'ingérence du contrat dans l'après-contrat (*Chapitre 1. L'ingérence du contrat dans l'après-contrat : les raisons*). Une fois le principe de l'ingérence justifié et admis, l'après-contrat sera géré par les prévisions contractuelles. C'est pourquoi il sera temps de s'intéresser à la gestion de l'après-contrat par la mise en place des sanctions en cas d'inexécution postcontractuelle (*Chapitre 2. La gestion de l'après-contrat par le contrat : les sanctions*).

CHAPITRE 1

L'INGÉRENCE DU CONTRAT DANS L'APRÈS-CONTRAT : LES RAISONS

352.- Assurer la continuité dans la rupture. « *L'homme est le seul vivant à pouvoir "retourner le sablier" ; lui seul est en mesure de s'arracher à l'écoulement irrésistible du temps physique en liant ce qui, à chaque instant, menace de se délier* »¹⁶⁰³. Préserver l'héritage du temps passé ensemble, les contractants peuvent y parvenir par le biais du contrat, faisant de la liberté contractuelle un instrument de régulation de la liberté postcontractuelle. Anticipant les suites de la cessation de leur relation, les parties vont chercher à imposer une obligation dictée par le souvenir du temps partagé¹⁶⁰⁴. C'est un devoir de mémoire renforcé qui est à l'œuvre dans le recours à des « *directives de comportement* »¹⁶⁰⁵ imposées par des stipulations postcontractuelles. Ces dernières exercent un effet de marée propre à faire déferler de nouvelles obligations sur le temps postcontractuel, comme à laisser persister l'écume des anciennes vagues d'obligations. Elles sont appelées à « *régir l'après-contrat* »¹⁶⁰⁶. Le devoir de mémoire respectueux de l'expérience contractuelle vise la protection d'enjeux appelant une vigilance particulière, tant sur le plan économique que sur celui de la sécurité juridique ou de l'équité. Les clauses postcontractuelles seront l'expression d'une prévisibilité exacerbée, faisant que le futur est déjà présent dans l'esprit des parties qui forment l'engagement, autant que le passé est toujours d'actualité après l'extinction. Mais ce fort utilitarisme de la technique contractuelle, au service d'un « *une horizon d'attente* » créé par les contractants, va poser la question du lien entre le contrat et les clauses particulières qu'il contient. En effet, afin de mener à bien leur mission, les clauses vont montrer une certaine indépendance, allant jusqu'à s'émanciper de la convention principale : pour être utiles, elles doivent pouvoir résister à l'extinction de l'acte juridique. Elles seront ainsi aptes à maintenir leur vitalité, même en cas de disparition rétroactive du contrat, afin de satisfaire la fonction qui leur a été attribuée. Une dissociation fonctionnelle des stipulations postcontractuelles et de l'acte principal servira donc l'utilité de l'après-contrat formalisé. Un débordement de prévisions va pouvoir remplir l'avenir des parties d'obligations de nature contractuelle. Le contenu de l'après-contrat est ainsi anticipé, dans un but de protection des intérêts postcontractuels (*Section 1. La protection des intérêts postcontractuels*).

¹⁶⁰³ OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 25.

¹⁶⁰⁴ Il s'agit du souvenir de la relation, propre à inciter le cocontractant à une certaine loyauté. Mais il est vrai que lorsqu'est en jeu une clause de secret, l'obligation, dans son contenu, ressemble à une obligation de l'oubli.

¹⁶⁰⁵ GROS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., n° 87, p. 88.

¹⁶⁰⁶ ANDREU L. et THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations 2016-2017*, Gualino, n° 933. CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p. 581, n° 670, évoquant la clause de non-concurrence comme appartenant aux « *clauses destinées à régler l'après-contrat* ».

353.- Affecter modérément la liberté postcontractuelle. Ce n'est toutefois pas uniquement la vigilance des parties qui est mobilisée, c'est aussi celle du droit, tant au travers de contrôle des juges que de constructions légales. Les clauses survivant à la fin du contrat suscitent une forme de fascination autant qu'elles inspirent une certaine méfiance du fait qu'elles marquent un expansionnisme de la loi contractuelle dans son aspect restrictif. La validité de la clause repose en effet sur un équilibre interne dont la fonction de garantir une forme de modération dans la limitation de la liberté postcontractuelle, de laquelle dépend finalement l'assurance que les parties ne forment pas d'engagements perpétuels. De plus, les stipulations sont source de difficultés, au carrefour de différentes disciplines juridiques et sur différents plans de politiques juridiques, du droit interne à l'ordre public international. Leur place et leur portée dépend de la conception qu'il est possible de s'en faire, notamment au travers des critères de rattachement des comportements au contenu de la clause. Par exemple, une clause processuelle visant « les litiges survenus à l'occasion de l'exécution » est-elle applicable au différend né des suites de l'extinction ? Répondre à cette question impose de rechercher une grille de lecture susceptible de respecter la volonté des parties mais également la fonction des stipulations. Qu'il s'agisse de l'équilibre interne des clauses ou de leur portée, l'ingérence du contrat dans l'après-contrat doit être mesurée. C'est pourquoi l'ingérence du contrat dans la période postcontractuelle ne doit se traduire que par une atteinte contrôlée des effets de l'extinction (*Section 2. L'atténuation contrôlée des effets de l'extinction*).

SECTION 1 LA PROTECTION DES INTÉRÊTS POSTCONTRACTUELS

354.- Des obligations héritées du contrat. L'avantage économique et social de l'extinction « *réside dans le fait de ne plus être tenu par les obligations découlant du contrat* »¹⁶⁰⁷. Mais si le contrat « *n'a pas d'effet à proprement parler, sauf celui d'engendrer précisément des obligations* »¹⁶⁰⁸, ce qui voudrait dire que l'après-contrat, quant à lui, n'en a pas non plus, mais consiste en une période subissant les effets engendrés par les actes antérieurs (autant formateur qu'extinctif)¹⁶⁰⁹, comprenant au premier titre la disparition des obligations. Support des effets de l'extinction, porteur naturel d'un message de délivrance aux parties, il peut tout autant soutenir leur volonté au travers d'obligations d'origine conventionnelle ayant une vocation postcontractuelle¹⁶¹⁰. Tel est le cas de la clause restrictive de la concurrence, de la clause de confidentialité, ou encore de la clause catalogue. L'après-contrat n'en est pas le créateur, il est lui-même un effet du contrat et de son extinction, permettant ainsi de mieux voir la différence qui existe entre la durée du contrat et celle des obligations¹⁶¹¹. « *Ainsi, même si les deux sont intimement liés, leur destinée peut ne pas l'être* »¹⁶¹². Par le recours aux clauses postcontractuelles, les contractants peuvent choisir d'offrir un destin différent aux obligations pour répondre à des besoins spécifiques qui prennent racine dans le contrat et se maintiennent dans l'après-contrat. Cette pratique nourrit des techniques d'adaptation du droit des contrats à l'épreuve du temps, en permettant de surmonter la force destructrice que peut déployer la fin de la convention. Car si l'extinction contient son lot d'avantages, elle est également susceptible de déconvenues en ce qu'elle est porteuse d'insécurité. L'émancipation des clauses par rapport à la durée du contrat trouvera alors tout son sens.

355.- L'après-contrat émancipateur de certaines clauses. Offrir un rayonnement à certaines clauses s'avère une nécessité liée à la mission dont elles sont investies. Pour pouvoir surmonter le traumatisme de l'extinction et s'accomplir en temps voulu, les clauses qui dessinent les traits de l'après-contrat doivent développer un caractère tenace, apte à les doter d'un fort instinct de survie. C'est pourquoi, premièrement, elles se caractérisent par l'objet spécifique qui leur est assigné, invitant à regarder de plus près la fonction des clauses postcontractuelles (§1. *La fonction des clauses*

¹⁶⁰⁷ GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, p. 298, n° 440 (en l'occurrence, le propos concerne précisément la résolution du contrat mais trouve un écho au sujet de l'extinction envisagée plus généralement).

¹⁶⁰⁸ JAMIN Ch., « Pour en finir avec la formation du contrat ! », in *Le contrat : Liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^e congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, LPA 6 mai 1998, n° 54, p. 25.

¹⁶⁰⁹ Cf. *infra* Première partie.

¹⁶¹⁰ Sur les obligations qui s'imposent même en l'absence de prévision des parties, cf. Première partie, et *supra* et *infra* n° 318 et s. (obligation de bonne foi), n° 187 et s. (garanties), n° 5, 193, 462, 550 (sur la responsabilité extracontractuelle), n° 148 et s., 155 et s., 434, 615 (restitutions).

¹⁶¹¹ Cf. *supra* n° 73.

¹⁶¹² COUSY H., THEVENOZ L., TILLEMANN B., VERBEKE A., *Droit des contrats : France, Belgique*, Larcier, 2006, p. 142.

postcontractuelles). La spécificité de leur utilité indique que ces stipulations sont assujetties à une causalité qui leur est propre. Ainsi, il est inévitable d'affirmer, deuxièmement, l'autonomie des clauses postcontractuelles (§2. *L'autonomie des clauses postcontractuelles*).

§1) La fonction des clauses postcontractuelles

356.- Prévoir « l'après ». Peut-on connaître avant ce qui viendra après ? Mieux vaut anticiper ce questionnement et se remémorer les mots cornéliens ordonnant : « *Prépare ton départ, et pense à ta retraite* »¹⁶¹³ ; tels sont les meilleurs conseils qui puissent être prodigués aux parties ayant l'intention de contracter. Il est même certain que la partie qui fera sienne cette devise prolongera les bénéfices tirés du contrat. Prévoir ce qui viendra après le contrat consiste à contractualiser une période qui par nature ne l'est plus, notamment dans un but de sécurité juridique. Il ne paraît pourtant pas envisageable de tout contractualiser, au double titre que, d'une part, ce serait faire de la sécurité juridique un carcan, et d'autre part, qu'un tel projet est illusoire au motif que, selon la juste observation de Portalis, « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* »¹⁶¹⁴. Négliger la postérité des engagements, sous-estimer leur force et oublier le futur n'est cependant pas plus concevable. Dans cette perspective, le lien postcontractuel constitue la pièce manquante de l'ensemble contractuel, il en incarne l'épilogue.

En effet, comme l'a décrit la doctrine, « *le contrat rédigé avec le plus grand soin reste encore incomplet* »¹⁶¹⁵. C'est pourquoi inclure l'après-contrat dans l'élaboration de la structure contractuelle revient à compléter l'histoire du contrat. L'après-contrat devient un élément structurant, à part entière, de la relation. De l'aspiration jusqu'à sa réalisation, en passant par sa programmation, le dessein contractuel constitue une ingénierie au service des intérêts des contractants¹⁶¹⁶. Les véritables innovations en matière de technique contractuelle apparaissent ainsi dans la création d'outils de prospective, ménageant confiance et souplesse dans le rapport *inter partes*. Parler et envisager l'après-contrat consiste donc en un acte de prudence. En revanche, se laisser surprendre par l'après-contrat est le signe d'une contingence, d'un imprévu qui complique la vie des parties. Le temps postcontractuel peut en effet se présenter tout à la fois comme un vivier d'opportunités susceptibles d'encourager une réitération entre les anciens contractants, mais aussi comme un terrain miné par l'opportunisme, créant ainsi un risque de perte postcontractuel. Les prévisions dédiées à l'après-contrat seront alors des instruments au service

¹⁶¹³ CORNEILLE P., *Médée*, Créon, Acte II, scène 2, p. 159, in *Œuvres de P. Corneille : théâtre complet*, A. Laplace, 1869.

¹⁶¹⁴ *Idem*, p. 5.

¹⁶¹⁵ BELLEY J.-G., « *Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre* », in *APD, L'obligation*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 324.

¹⁶¹⁶ Rapp. *supra* n° 83 et s.

de la maximisation des opportunités, et de la minimisation des risques de perte. C'est ainsi que les clauses postcontractuelles ont naturellement pour but de promouvoir la coopération et optimiser les intérêts économiques (*A. Promouvoir la coopération et optimiser les intérêts économiques*). Cependant, les obligations susceptibles de persister dans l'après-contrat peuvent être de genres variés, malgré une communauté d'objectifs. Il s'agit de reconnaître la diversité de ces stipulations autant que leur identité (*B. Diversité et identité des clauses postcontractuelles*), laquelle repose sur leur portée postcontractuelle.

A- PROMOUVOIR LA COOPÉRATION ET OPTIMISER LES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES

357.- « *Le défi du droit au temps peut-il être transposé au contrat ?* »¹⁶¹⁷. L'étude des différentes manifestations de l'après-contrat a montré que les suites de l'extinction sont une occasion pour le droit d'élever des moyens propres à assurer une accommodation de la situation contractuelle au temps qui passe. La recherche d'une certaine stabilité face au changement montre combien le temps postcontractuel est un temps d'optimisation du droit de l'extinction¹⁶¹⁸. Le droit des contrats devient alors une matière dans laquelle la liberté n'est plus seule au cœur de l'action de contracter. Une mise en perspective de son utilité, par la prise en compte nécessaire du temps et du milieu, montre le développement d'un souci constant de sécurisation des fruits du contrat. Est ainsi mis à mal le mythe répandu selon lequel « *deux parties négocient, contractent et exécutent ou non le contrat, et poursuivent leur route séparément* »¹⁶¹⁹. Cette vision simpliste et irréaliste de l'expérience contractuelle n'est pas en phase avec la pratique. Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater une prise de conscience des partenaires économiques au sujet des suites du contrat : un regain de prudence a commandé le développement des clauses postcontractuelles¹⁶²⁰. En effet, la prudence mène à anticiper les besoins ultérieurs. C'est pourquoi l'aménagement contractuel du contrat est une réponse à une conception utilitariste de l'outil contractuel qui, face aux effets de l'extinction, doit permettre de laisser place à un après-contrat sur mesure¹⁶²¹. Le recours aux stipulations servira autant à pérenniser la relation (*a.*

¹⁶¹⁷ LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, Préf. THIBIERGE Catherine, Bibl. de dr. privé, t. 447, LGDJ, 2005, p. 11.

¹⁶¹⁸ Cf. *supra* not. n° 204, 292 et s. 299 et s.

¹⁶¹⁹ Au sujet de la réalité commerciale, par opposition aux suites du divorce, in LANGEVIN L., « *Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues* », Les Cahiers de droit, vol. 49, n° 4, 2008, p. 521.

¹⁶²⁰ DEUMIER P., *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, préf. JACQUET J.-M., Economica, 2002.

¹⁶²¹ « *Le raisonnement en termes de droits paraît plus clair, plus simple. Il ne vaut que dans l'abstraction, dans la généralité. Il contribue à l'oubli des circonstances concrètes, des positions réelles de chacun, des intérêts effectivement poursuivis, des besoins à satisfaire, des moyens à mettre en œuvre. Il aplanit et méconnaît la diversité* », in ATIAS Ch., « *Tendance d'un temps ou inexorable loi du droit ?* », D. 2010. 2536, n° 23.

Pérenniser la relation), que moraliser les comportements (*b. Moraliser les comportements*) et encadrer le temps postcontractuel pour sécuriser les transactions (*c. Sécuriser les transactions*).

a) *Pérenniser la relation*

358.- Favoriser les engagements futurs. Les parties peuvent stabiliser leurs rapports en ayant recours à une clause de renouvellement ou de tacite reconduction¹⁶²². Il s'agit alors d'instaurer une continuité dans la relation nonobstant l'intervention d'un terme extinctif. Mais elles peuvent également ne pas poursuivre la relation à échelle immédiate, en créant néanmoins les bases d'une collaboration ultérieure¹⁶²³. Pour cela, elles peuvent par exemple recourir à une clause de renégociation postcontractuelle (*1. La clause de renégociation postcontractuelle*), ou s'accorder un droit de préférence postcontractuel (*2. Le droit de préférence postcontractuel*).

1. *La clause de renégociation postcontractuelle*

359.- La pérennisation portée par l'aspect relationnel du contrat. L'empreinte de la convention exécutée est envisagée comme un indice de la pérennité du contrat au-delà de sa fin¹⁶²⁴. Cette dernière est pourtant l'indice d'un temps postérieur normalement extérieur au contrat ; on peut toutefois observer que « *les relations contractuelles qui se sont maintenues et affermies au cours des années prennent rarement fin d'un jour à l'autre* »¹⁶²⁵. Il en résulte *a fortiori* une certaine plasticité des obligations, due à l'emprise de la durée de l'exécution sur les intérêts des contractants. Les relations de longues durées provoquent en effet pour les parties un « *lock-in effect* »¹⁶²⁶, à savoir l'effet de verrouillage qui se produit quand deux acteurs du marché décident de s'engager sur une relation

¹⁶²² Cf. *supra* n° 282 et s.

¹⁶²³ PAILLUSSEAU J., « Les contrats d'affaires », JCP G 1987, I, 3275 ; MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, not. n° 1655 ; MESTRE J. et FAGES B., « Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipulées en vue de faciliter la renégociation du contrat », RTD civ. 2006. 112 ; MAGAR F., « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », D. 2010. 1959 ;

¹⁶²⁴ Rapp. *supra* not. n° 315 et s.

¹⁶²⁵ FONTAINE M., « Les contrats internationaux à long terme », in *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Paris, 1985, p. 273. Une tendance à la pérennisation du lien contractuel est observée par la doctrine au travers des contrats dits « de durée » ; « de situation », ou « relationnels ». Cf. DURAND P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960 ; MESTRE J., « De la pérennité du lien contractuel », RTD civ. 1986. 105 ; LAVEFVE-LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, *op. cit.* ; ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, th. préc. ; CERMOLACCE A. et PERRUCHOT-TRIBOULET V., J-Cl. Contrats et Distribution, Fasc. 70 « Durée dans les contrats », oct. 2006 (actu. Mars 2016), n° 4.

¹⁶²⁶ HART O. et HOLMSTROM B., *The theory of contracts*, 1985, version dactyl. corrigée 1986, Massachusetts Institute of technology, Yale School of organization and management and graduate School of business, Stanford University, p. 2 : « *give this "lock-in" effect, each party will have some monopoly power ex-post, although there may be plenty of competition ex-ante before investments are sunk. Since the parties cannot rely on the market once their relationship is underway, the obvious way for them to regulate, and divide the gains from, trade is via a long-term contract* ».

contractuelle à long terme¹⁶²⁷. C'est précisément la pérennité du lien contractuel qui apporte sa valeur économique à la relation, parce que le contrat crée une régulation pour les contractants qui n'existait pas sur le marché avant l'engagement, et qui n'existe pas en dehors de l'expérience contractuelle partagée. Mais il faut souligner que le *lock-in effect* peut également être un facteur de pérennité subie¹⁶²⁸, voire de déséquilibre¹⁶²⁹ : « *la durée est un facteur de sécurité, mais aussi de sclérose* »¹⁶³⁰. Les parties aux contrats sont alors tant maîtresses qu'esclaves de leur engagement. L'aliénation est effectivement d'autant plus perceptible dans les relations pérennes par lesquelles le contrat s'est longtemps institué et nourri de la relation de longue durée¹⁶³¹. L'installation dans le temps de la relation crée une régulation facteur d'obligations. La liberté des parties de sortir de la relation est affaiblie par la durée de la relation. Par exemple, le droit international privé montre le développement de clauses de renégociation intercontractuelle ou postcontractuelle¹⁶³². Une telle renégociation doit être menée de bonne foi, et a pour objet les conditions de renouvellement du contrat arrivant à son terme. L'exécution de bonne foi implique la renonciation au droit de quitter les négociations librement¹⁶³³, ainsi qu'à la possibilité de mener des pourparlers avec un tiers tant que la renégociation postcontractuelle n'a pas définitivement échoué, et de poursuivre les négociations durant un certain temps raisonnable pour leur donner une

¹⁶²⁷ Rapp. CRAWFORD SPENCER E., *The regulation of franchising in the new global economy*, Edward Elgar Pub, 2010, p. 111.

¹⁶²⁸ La relation instaurée par le contrat de travail en est une illustration, in HART O. et HOLMSTROM B., *The theory of contracts*, op. cit., p. 53. Rapp. la notion « *path dependence* » (sentiers de dépendance) et de « *vendor's lock-in effect* » (enfermement propriétaire) qui repose, par exemple, sur la création par un fournisseur d'une spécificité sur son produit, de manière à ce qu'il ne soit pas utilisable en-dehors de la relation contractuelle : cf. LIEBOWITZ S. J. et MARGOLIS S. E., « *Path dependence, lock-in and history* », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1995, 11: 205-226; WILLIAMSON O. E., « *Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations* », *Journal of Economic Perspectives*, 1993, 103-8 (Winter); LIEBOWITZ S. J. et MARGOLIS S. E., « "Path Dependence" entry in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* », MacMillan, 1998. Adde Décision de la commission du 4 févr. 1998, n° 98/526/CE, JOCE 21 août 1998, L 234/25, spec. n° 75, déclarant une opération de concentration compatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord EEE, *Affaire IV/M.950 - Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim*.

¹⁶²⁹ LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Bibl. de dr. privé, t. 322, LGDJ, 1999 ; LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000 ; FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002. V. ég. la notion d'imprévision introduite par le nouvel article 1195 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats : CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 522 et s. ; comp. (anté.) BOUTHINON-DUMAS H., « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », art. préc.

¹⁶³⁰ ETIENNEY A., *La durée de la prestation*, th. préc., n° 13, ajoutant que « *l'on sait la difficulté d'arbitrer entre ces deux impératifs opposés que sont la stabilité du contrat [...] et la liberté individuelle* ».

¹⁶³¹ DELFORGE C., « *Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat...* », in *Actualités en matière de rédaction de contrats de distribution*, Bruylant, Bruxelles, 2014, n° 1.

¹⁶³² Cf. SALACUSE W. J., *The three laws of international investment, National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University press, 1^{ère} éd., 2013, p. 278: « *Although post-contract renegotiations take place when the original transaction has reached or is approaching its end, several factors distinguish it from a negotiation in first instance, factors that may significantly affect the renegotiation process* ».

¹⁶³³ Comme cela est en principe possible dans une période précontractuelle primitive.

chance sérieuse d'aboutir. L'ensemble de ces devoirs engage la responsabilité des débiteurs¹⁶³⁴. On voit ainsi que c'est une véritable obligation de bonne foi dans les négociations qui apparaît, alors mêmes que ces négociations ne s'incluent pas dans une phase précontractuelle ordinaire mais dans un temps intermédiaire entre la fin d'une relation en cours et la perspective d'une relation renouvelée. L'après-contrat est donc mêlé de contrat et d'avant-contrat¹⁶³⁵. L'avant-contrat en question est particulier, du fait qu'il remet en cause le paradigme selon lequel les parties en présence sont considérées comme des tiers étrangers l'un à l'autre¹⁶³⁶. Or, lorsqu'un contrat a déjà eu lieu entre les parties, ces dernières ne sont plus des tiers étrangers, elles sont des « postcontractants », inscrivant leur relation dans un processus dynamique et qui dure dans le temps. D'ailleurs, c'est parce que les règles de droit basées sur le modèle classique du contrat ne prennent pas en compte cet aspect dynamique, déniaient ainsi la réalité entre les parties¹⁶³⁷, que les parties ont recours à des clauses adaptées à leur volonté de coopérer. Les clauses servent à contractualiser la relation autant qu'elles montrent une forme de socialisation du contrat¹⁶³⁸.

360.- Prévoir pour durer. La phase qui succède à l'extinction de l'obligation principale n'a donc pas toujours une fonction purement extinctive. En effet, contrairement aux contrats « casuels » ou « impersonnels »¹⁶³⁹, les contrats suivis engagent une relation de confiance, avec une vocation à la

¹⁶³⁴ « *First, by virtue of local law, customs of the particular business concerned, or the parties' express or implied contractual commitments to one another despite the fact that their original contract has terminated; consequently, their ability to refuse to engage in post-contract renegotiations may be limited. [...] In the case of post-contract renegotiations, by reason of an express provision in the original contract itself, the prevailing practices and customs of the business concerned, or the conduct of the parties toward one another, the parties at the termination of their first contract may have an obligation to negotiate in good faith a renewal of their relationship. In contrast, parties seeking to negotiate a transaction in first instance would have no such obligation and could abandon negotiations at any time. The precise content of the obligation to renegotiate in good faith will vary from country to country. It may include a duty not to negotiate with a third person until post-contract negotiations with a party in the original transaction have failed. It may also impose an obligation not to terminate renegotiations without reasonable cause and without having persevered for a reasonable length of time* », in SALACUSE W. J., *The three laws of international investment, op. cit.*, p. 278.

¹⁶³⁵ Cf. (sur la somme totalisante de l'avant-contrat, du contrat et de l'après-contrat) *supra* et *infra* n° 98, 663, (sur l'aspect métacontractuelle) 135, 231, 382, 654, 668.

¹⁶³⁶ ESEINBERG M. A., « Why there is no law of relational contracts », art. préc., p. 808: « *classical contract law was implicitly based on a paradigm of bargains made between strangers transacting in a perfect market* ».

¹⁶³⁷ ESEINBERG M. A., art. préc.

¹⁶³⁸ Rapp. *supra* et *infra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁶³⁹ Les contrats que nous qualifions de « casuels », ou « impersonnels », sont ceux par lesquelles les parties contractent des obligations sans poursuivre un objectif de stabilisation de leur relation dans le temps. Ils sont dépourvus d'aspect relationnels et ne reposent que sur l'opportunité de l'opération au moment où celle-ci est réalisée. Les parties ne partagent ainsi qu'une relation occasionnelle et se comportent moins comme des partenaires que comme des étrangers rapprochés le temps de l'exécution. C'est le cas d'un contrat de vente entre particuliers. Tel est également le cas des contrats de consommations, bien que les professionnels recherchent les moyens de pérenniser les relations contractuelles, au travers de tentatives de multiplication de contrats dans le temps, en organisant les conditions d'opportunités économiques directement liées à la fidélisation des consommateurs. Il s'agit donc de contrats d'appoint réitérés en raison d'une optimisation du marché. Cette recherche de pérennisation peut consister en un travestissement d'un contrat « relationnel » sous la forme d'un contrat « impersonnel », par le recours aux mécanismes de la tacite reconduction et de l'allongement de la période d'engagement en l'échange d'avantages économiques. L'exemple le plus représentatif est celui du marché des abonnements téléphoniques. Cette dernière tendance a donné lieu à des abus contre lesquels le législateur a offert des garanties. Cf. not. SEVELY-FOURNIE C., *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque

pérennité¹⁶⁴⁰, l'après-contrat sera souvent vu comme une phase visant à préserver un certain lien entre les parties, une stabilisation indispensable à l'atténuation d'un effet extinctif trop perturbant. La mort du contrat étant vécue comme un bouleversement au sein d'une relation pérenne, l'après-contrat se devra d'être renforcé dans sa fonction d'amortissement des effets de la rupture, et d'aménagement proportionné des libertés. Le but est d'assurer un état de transition entre le passé contractuel et l'avenir extracontractuel, avec le soin de se prémunir contre un changement brutal de situation nuisible aux parties, étant entendu que « *contracter, c'est tenter de domestiquer l'avenir ; c'est se lier pour un certain temps* »¹⁶⁴¹. Or, « *l'après-contrat n'est-il pas précisément l'avenir du contrat ?* »¹⁶⁴², de telle sorte que, finalement, l'action de contracter consiste tout autant à « *domestiquer* » le temps enfermé dans la durée de l'exécution que celui qui commence après l'extinction. **L'après-contrat, lorsqu'il est anticipé par les parties, apparaît alors comme le paroxysme de la prévision, conduisant les parties à dicter leur loi au-delà même du temps dévolu à l'engagement, empiétant, voire débordant franchement après l'extinction.** C'est ainsi qu'il sera doté d'une force obligatoire à l'étendue plus ou moins large, selon la force de l'engagement des parties, selon le « *certain temps* » qui scelle l'engagement et les anticipations postcontractuelles qu'elles auront bien voulu formaliser¹⁶⁴³.

2. Le droit de préférence postcontractuel

361.- Contenu de la clause. La clause de préférence est appelée également clause de premier refus¹⁶⁴⁴. Elle organise un devoir de rapprochement des parties qui s'engagent, à l'avenir, à ne pas contracter avec un tiers sans avoir d'abord offert à l'autre un nouveau partenariat. Elles « *contribuent à maintenir le lien contractuel au-delà du terme initial en pérennisant le lien contractuel sans, toutefois, impliquer la perpétuité* »¹⁶⁴⁵. Tandis que le contrat « *contient* » l'obligation, l'après-contrat « *soutient* »

de thèses, Dalloz, 2010, p. 9 ; Cf. DULOUM B., *La succession de contrats entre les mêmes parties*, th. Toulouse, 2007 ; KOSTIC G., *L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé*, th. Paris V, 1997 ; KRAJESKI D., *L'intuitus personæ dans les contrats*, La Mouette, 2001 ; ANDRE M.-E., « *L'intuitus personæ dans les contrats entre professionnels* », in *Mélanges Cabrillac*, Litec Dalloz, 1999, 23 ; ALBARIAN A., « *Le fidéisme contractuel* », RIDC, vol. 4, 2011, p. 601. cf. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 2, et Annexes (sur l'usage de la garantie comme politique commerciale de fidélisation du client au réseau).

¹⁶⁴⁰ Le Doyen Carbonnier évoquait « *une philosophie du contrat à exécution successive* », comparant ce dernier à un « *contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales* », ce qui implique de ne pas prendre « *à la légère* » sa dissolution et mérite d'avantage une *réadaptation* du contrat pour « *le remettre en marche* », in *Droit civil. Les obligations*, 21^e éd., PUF, 1998, p. 264, n° 141 et 138.

¹⁶⁴¹ ATIAS Ch., *Le droit civil*, Coll. Que sais-je?, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 1984, p. 107

¹⁶⁴² BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM 2003, p. 137.

¹⁶⁴³ Cf. *supra* n° 315.

¹⁶⁴⁴ TESTU F. X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010, Chapitre 82, « *Clauses de premier refus et clauses de première négociation* », n° 82.01 et s. La clause se rapproche de celle de première négociation qui offre au bénéficiaire une priorité dans la possibilité de négocier au cas où l'autre partie souhaiterait vendre.

¹⁶⁴⁵ MEKKI M., « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie)* », RDC, 1^{er} oct. 2006, n° 4, p. 1051.

la coopération¹⁶⁴⁶. Il s'agit donc d'une limitation de la liberté contractuelle amenée à être exercée dans un temps postcontractuel. L'obligation forme ainsi une sorte de pacte de préférence¹⁶⁴⁷, instaurant un « *un véritable droit de préemption* »¹⁶⁴⁸ au profit du bénéficiaire, et imposant que les parties « *doivent collaborer et tenter de conduire des pourparlers sérieux* »¹⁶⁴⁹. Le droit de la propriété littéraire est une terre d'élection de ces stipulations¹⁶⁵⁰. Apportant une exception au principe de prohibition de la cession globale des œuvres futures¹⁶⁵¹, l'article L. 132-4 du Code de la propriété intellectuelle précise les contours de ce droit. Il prévoit la licéité de la stipulation en question et la définit comme la prévision par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition de ses œuvres futures. Ce droit est limité dans le temps et quant au contenu du droit de préférence. En effet, pour être valable, la clause doit stipuler précisément le genre d'œuvres soumises à l'obligation¹⁶⁵², portant sur un maximum de cinq ouvrages, et doit être limitée à cinq années suivant la date de conclusion du contrat d'édition¹⁶⁵³ (ce qui exclut le recours au mécanisme de la reconduction¹⁶⁵⁴). Lorsque l'éditeur bénéficiant du droit de préférence aura refusé successivement deux ouvrages nouveaux présentés par l'auteur dans le genre déterminé par les parties, 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.

¹⁶⁴⁶ Formulation inspirée de NACCACH R., « La clause de *back catalogue* sur le devant de la scène », D. 2006. 2404 : « *sur la nature de la clause back catalogue rapportée à celle du contrat qui la contient et à celle de la clause catalogue qui la soutient* ».

¹⁶⁴⁷ Cf. art. L. 132-4 du CPI ; GAUMONT-PRAT H., *Le pacte de préférence dans le contrat d'édition en droit français*, th. Paris II, 1993 ; du même auteur, « Le pacte de préférence en droit d'auteur », LPA, 20 mars 1995, n° 34, p. 12.

¹⁶⁴⁸ RENAULT Ch.-E., « Les clauses particulières des contrats d'adaptations des bandes dessinées au cinéma », Gaz. Pal., 8 mai 2004, n° 129, p. 18.

¹⁶⁴⁹ GAUMONT-PRAT H., art. préc., relevant que « *l'invocation de la bonne foi dans les relations contractuelles fut une notion couramment invoquée en droit d'auteur dans la jurisprudence (...) qui voyait là un moyen de moraliser les stipulations entre l'auteur et son contractant* ». Rappr. du pacte de préférence de droit commun : Civ. 3^e, 1^{er} avril 1992, Bull. civ. III, n° 116, p. 71, pourvoi n° 90-16.985, Defrénois 1993. 98 ; Civ. 3^e, 12 mai 1992, inédit, pourvoi n° 91-108.87, Bull. Joly 1992. 782, note LE CANNU.

¹⁶⁵⁰ BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc.

¹⁶⁵¹ Art. L. 131-1 du CPI.

¹⁶⁵² La jurisprudence a invalidé les clauses insuffisamment précises, comme celles visant le genre « *sciences humaines* », car cette formulation trop générale fait référence à des genres très variés : Civ. 1^{re}, 5 févr. 1980, Bull. civ. I, n° 45, pourvoi n° 78-15911, RTD com. 1980. 344, obs. FRANCON. De même, ne sont pas admises les formulations telles que « *ouvrages du même genre* » ou « *activités ou œuvres de l'auteur* » : TGI Paris, 7 mars 1986, RIDA janv. 1987, p. 252 ; D. 1988. 208, obs. COLOMBET Cl. ; Soc., 1^{er} juill. 1971, Bull. civ. V, n° 509, p. 427, pourvoi n° 70-40.535, RTD com. 1971. 95, obs. DESBOIS ; Paris, 8 juill. 1972, D. 1972. 624, concl. CABANNES ; JCP 1973, II, 17466, note LORRENTZ D. Sur la rédaction des clauses, v. *infra* n° 416, 634.

¹⁶⁵³ Paris, 17 sept. 1997, D. 1999. 68, obs. COLOMBET Cl.

¹⁶⁵⁴ TGI Paris, 18 juin 1971, RIDA, oct. 1971, p. 154 ; rappr. Paris, 29 janv. 1991, RIDA juill. 1991, p. 219, note GAUTIER ; TGI Paris, 1^{er} juill. 1971, préc. ; Paris, 7 mai 1991, Légipresse 1991, III, 89. Comp. la durée de la clause d'exclusivité en droit de la distribution *supra* n° 58, 250.

Il dispose souvent d'une contrepartie à son engagement consistant en l'obligation pour l'éditeur de s'aligner sur les offres émanant des concurrents¹⁶⁵⁵.

Se forme une différence nette avec les modes de stabilisation de l'extinction reposant sur les techniques de renouvellement du contrat¹⁶⁵⁶. Dans le cas des clauses postcontractuelles, les parties veulent en quelques sorte l'engagement sans le contrat, de sorte que la flexibilité est recherchée dans le déploiement des effets extinctifs et que la pérennité est assise dans la clause. Les stipulations viennent ainsi soutenir une *relation* tout en permettant l'extinction de la *convention*. Cet aspect relationnel met en évidence le besoin de transcender la simple durée du contrat pour comprendre les enjeux d'un partenariat, lequel s'inscrit dans une démarche plus globale de gestion de l'avenir. Le contrat est certes un outil privilégié de la formalisation de la relation, mais il peut également servir à construire une relation en dehors de la durée de l'acte même¹⁶⁵⁷, au travers d'une « *une flexibilité ultime, lors de la disparition du lien* »¹⁶⁵⁸. C'est le caractère « *évolutif* »¹⁶⁵⁹ de la relation qui est alors géré par l'après-contrat, par la dynamisation du temps juridique¹⁶⁶⁰ et du contrat¹⁶⁶¹ : les valeurs promues par les parties sont identifiées dans la pérennité et l'optimisation de la relation. Le comportement des parties peut alors devenir l'objet d'une attention particulière lorsque les partenaires cherchent instaurer une certaine éthique¹⁶⁶². L'aspect évolutif de la relation est mis en relief par la moralisation des comportements.

b) *Moraliser les comportements*

¹⁶⁵⁵ BLANC-JOUVAN G., th. préc., n° 75. La préférence est alors assortie d'une clause dite « d'offre concurrente », « du client le plus favorisé », « clause anglaise » ou encore « clause Darty », qui impose un alignement de l'offrant sur les conditions de l'offre concurrente. V. sur ces clauses : RICATTE J., « La clause du client le plus favorisé », Gaz. Pal. 24 oct. 1991 ; ARONICA Ch., « La clause du client le plus favorisé », AJCA 2014. 69 ; BEHAR-TOUCHAIS M., « Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière », RDC 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 931 ; MARCINKOWSKI M., « Les récentes évolutions réglementaires et jurisprudentielles concernant la clause du client le plus favorisé ou clause de parité », AJCA 2016. 378. Adde ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, 1, p. 47, n° 31 ; MEKKI M., « L'essor du concept de clause (1^{ère} partie) », art. préc.

¹⁶⁵⁶ Cf. *supra* n° 235 et s.

¹⁶⁵⁷ Cf. *supra* et *infra* 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367, et Annexes.

¹⁶⁵⁸ ROCHFELD J., « Les modes temporels d'exécution du contrat », préc.

¹⁶⁵⁹ ROCHFELD J., *ibidem*, opposant « contrat tangible » et « contrat évolutif ».

¹⁶⁶⁰ Rappr. *supra* et *infra* n° 28, 71, 88, 223, 367, 383. Cf. not. TROCHU M., « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 377.

¹⁶⁶¹ Sur la nature « axiomatique », « standardisée » et « statique » du contrat conçu classiquement, cf. ESEINBERG M. A., « Why there is no law of relational contracts, Berkeley Law Scholarship Repository, vol. 94, n° 3, Nw. U. L. Rev., p. 805, 1999 : « [the classical contract] was static rather than dynamic. Classical contract law focused almost exclusively on a single instant of time - the instant of contract formation - rather than on dynamic processes such as the course of negotiation and the evolution of a contractual relationship ». (« le contrat classique est statique plutôt que dynamique. La loi du contrat classique se concentre presque exclusivement sur un seul instant de temps - l'instant de formation du contrat - plutôt que sur un processus dynamique comme le cours des négociations et l'évolution de la relation contractuelle »).

¹⁶⁶² VERDUN F., « Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise », Cah. dr. entr. 2011/5, dossier 31.

362.- Une fonction de moralisation. Moraliser, c'est inciter à agir conformément à un ordre vertueux. Le temps postcontractuel pose ainsi la question de l'étendue de la liberté recouvrée. Certaines opportunités peuvent être l'occasion de nuire à l'ancien partenaire, et le droit positif n'a pas consacré d'obligation de bonne foi postcontractuelle¹⁶⁶³. C'est pourquoi les clauses promouvant la bonne foi sont un outil de choix pour les parties souhaitant donner à leur engagement un cadre éthique renforcé¹⁶⁶⁴.

363.- La clause de bonne foi. Elle a pour objet d'insister sur le devoir de bonne foi entre les contractants. Si elle peut s'apparenter à un « *simple rappel* »¹⁶⁶⁵ de l'article (nouveau) 1104 du Code civil, elle n'en est pas moins le moyen d'en renforcer la portée¹⁶⁶⁶. Les parties pourront ainsi délimiter l'application dans le temps de l'obligation en exigeant expressément la bonne foi même après la cessation du rapport contractuel¹⁶⁶⁷. Elle est comprise comme une « clause directive », c'est-à-dire « *une norme de comportement* »¹⁶⁶⁸, particulièrement adaptée aux relations de longue durée¹⁶⁶⁹. La bonne foi est alors un outil prospectif permettant aux parties d'installer une logique coopérative, mettant ainsi en valeur la communauté d'intérêts susceptibles de nourrir la relation dans le temps ; chose qui ne serait pas possible si chaque partie ne voyait que son intérêt propre. De la sorte, alors que la bonne foi permet de surveiller la bonne exécution durant le contrat¹⁶⁷⁰, elle encadre aussi le risque postcontractuel parce

¹⁶⁶³ Le devoir de bonne foi a déjà été écarté dans l'après-contrat, autant qu'il a servi de façon plus ou moins directe à réguler les comportements postcontractuels. Cf. sur l'ensemble de la question *supra* n° 318 et s.

¹⁶⁶⁴ Sur l'éthique des acteurs économiques de façon plus générale, et le *soft law*, cf. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

¹⁶⁶⁵ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *Les principales clauses en droits des affaires*, Lextenso, 2011, p. 135.

¹⁶⁶⁶ Il serait même possible de voir en cette stipulation une clause de *best efforts* spécifiquement dédiée à l'obligation de bonne foi. Elle impose aussi aux débiteurs d'apporter une attention particulière à son comportement, ce qui en fait une clause antagoniste à celle d'allègement d'obligation. Sur la clause de *best efforts*, cf. FONTAINE M., « *Best efforts, reasonable care, dure diligence* et règles de l'art dans les contrats internationaux », RDAI, 1988, n° 8, p. 983 ; CHAPPUIS C., « Les clauses de *best efforts, reasonable care, dure diligence* et les règles de l'art dans les contrats internationaux », RDAI, 2002, n° 3, p. 281 ; CARAMALLI D., « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de meilleure diligence », LPA, 11 juin 2003, n° 116, p. 4. Sur la clause d'allègement d'obligation, cf. not. STOFFEL-MUNCK Ph., « Les clauses d'allègement des obligations », *in* J.-CL. Distribution, fasc. 110.

¹⁶⁶⁷ MESTRE J., RODA J.-Ch. (dir.), *ibid.*, p. 135.

¹⁶⁶⁸ MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », art. préc.

¹⁶⁶⁹ Cf. GRANIERI M., *Il tempo e il contratto: Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Univ. Foggia-Fac. di giurisprudenza, Giuffrè, 2007, p. 183 ; ALPA G., « Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale », *in* *Contratti*, 2001, 752 et s. ; DI MATTEO L. A., « Equity's modification of contract: an analysis of the twentieth century's equitable reformation of contract law », *New England Law Review*, 1998-1999, vol. 33, p. 265 ; GOLDBERG V. P., « Relational exchange. Economics and complex contracts », *American behavioral scientist*, vol. 23, n° 3, jan./feb. 1980, p. 337 et s.; p. 341 ; GILETTE C. P., « Commercial rationality and the Duty to Adjust Long-Term », *Minn. L. Rev.*, p. 521, Feb. 1985, vol. 69, spec. p. 556 ; MACARIO F., « Rischio contrattuale e rapporto di durata del nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare », *Rivista di diritto civile*, 2001, I, p. 63 (essai de typologie des rapports contractuels dans la durée, dans la prise en compte des évolutions du droit des contrats) ; rappr. OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. BRETHER DE LA GRESSAYE J., LGDJ, 1969. Adde EISENBERG M. A., « Why there is no law of relational contracts », *Berkeley Law Scholarship Repository, Nw. U. L. Rev.*, vol. 94, n° 3, 1999, p. 80. Rappr. (sur le contrat relationnel), n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁶⁷⁰ STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préf. BOUT R., LGDJ, 2000 ; ANCEL P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du

que les parties l'ont voulu¹⁶⁷¹. En prévoyant des stipulations postcontractuelles, les acteurs économiques tendent à faire prévaloir l'idée de relation sur celle de contrat, par la prise en compte du temps partagé et du temps à venir. La théorisation des contrats relationnels montre en effet que la théorie classique du contrat repose sur ce qui a été désigné comme un « *paradigme axiomatique implicite* »¹⁶⁷², c'est-à-dire l'idée fondatrice de la théorie générale selon laquelle, au moment où elles manifestent leur consentement, les parties sont des tiers étrangers l'un pour l'autres. Cette vision est basée sur un modèle de psychologie rationalisée¹⁶⁷³ dans lequel chaque partie serait indifférente aux intérêts de l'autre, cherchant à maximiser ses seuls avantages¹⁶⁷⁴. L'absence de prise en compte du processus dynamique et évolutif que peut être une *relation* contractuelle serait due au fait que la théorie classique se focalise sur le moment de la formation du contrat¹⁶⁷⁵. Or, les transactions sont dotées d'un passé, d'un présent et d'un futur, bien qu'il ne soit pas toujours aisé de délimiter de façon cloisonnée où s'arrête l'un et où commence l'autre¹⁶⁷⁶. C'est ce qu'implique la relation contractuelle évolutive : une interpénétration des séquences temporelles formant l'histoire *inter partes*. **Ce décalage entre la démarche des acteurs économiques en quête de dynamisme et la théorie orthodoxe du contrat a pu donner à penser que le modèle classique est « *anormal* »¹⁶⁷⁷. Offrant une image immobile de l'acte juridique, suivi par des règles**

10 juillet 2007 », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz Litec, 2011, p. 61 ; DESHAYES O., « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011. 726.

¹⁶⁷¹ GRANIERI M., *Il tempo e il contratto: Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, p. 183. Adde DEUMIER P., *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, op. cit. ; MARTIN A.-C., *L'imputation des risques entre contractants*, préf. FERRIER D., Bibl. de dr. privé, t. 508, LGDJ, 2009 ; MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », RTD civ.1988. 481.

¹⁶⁷² ESEINBERG M. A., art. préc.

¹⁶⁷³ ESEINBERG M. A., art. préc.; ULEN S., « Cognitive Imperfections and the Economic Analysis of Law », *Hamline Law Review*, vol. 12, 1989, p. 385.

¹⁶⁷⁴ Comp. CLAUX J.-P., « Lutter contre l'égoïsme d'un époux », AJ Famille 2009. 436 : « *lorsque les époux s'entendent et parlent d'une seule voix, ils disent "nous" ; lorsqu'ils se considèrent comme étrangers l'un à l'autre, ils disent "je". Souvent n'est pris en compte que le moment présent, qu'importe le conjoint, qu'importe les enfants, pourvu qu'il y ait satisfaction de la sollicitation actuelle. L'égoïsme entraîne des conflits* ».

¹⁶⁷⁵ Rapp. JAMIN Ch., « Pour en finir avec la formation du contrat ! », préc. Cette occultation des suites du contrat et notamment des conséquences d'une éventuelle rupture, participe du fait que les parties manquent parfois de prudence et n'anticipent pas l'après-contrat. La doctrine anglosaxonne a en outre évoqué un « *optimisme irréaliste* » dans les attentes des contractants qui développent une perception parfois candide des risques de rupture. Cf. BAKER L. A. & EMERY R. E., « When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage », *Law & Human behavior*, vol. 17, 1993, p. 439, montrant que les attentes des parties reposent sur une idéalisation de la relation. L'article explique ainsi comment, dans le cas du mariage, les parties considèrent en moyenne que les couples ont en général 50% de chance de divorcer, mais estiment leur propre chance de rompre à 0%. De plus, les couples interrogés prédisent qu'en cas de divorce, l'autre partie remplira ses obligations. Le comportement des contractants peut de façon générale être comparé à celui des époux, lorsque l'après-contrat et le droit de l'extinction n'est pas anticipé, en raison d'une perception irrationnelle de la relation : ESEINBERG M. A., préc. ; SIMON H. A., « Rational Decision Making in Business Organizations », *American economic review*, vol. 69, 1979, p. 493 ; WEINSTEIN N. D., « Unrealistic Optimism About Future Life Events », *J. Personality & soc. psychol.*, vol. 39, 1980, p. 806.

¹⁶⁷⁶ Cf. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁶⁷⁶ ESEINBERG M. A., art. Préc.

¹⁶⁷⁷ *Idem*.

statiques, il serait déconnecté de la réalité qui elle est dynamique¹⁶⁷⁸, mettant souvent en scène des parties qui se connaissent avant de s'engager, contractant même parfois en considération de ce critère¹⁶⁷⁹.

364.- Adapter le contrat aux besoins des parties. Ainsi, le recours à la clause pourra, par la prise en compte de la dimension comportementale dans la relation contractuelle¹⁶⁸⁰, compenser un droit positif jugé insuffisant ou inadapté¹⁶⁸¹. Par exemple, la Cour de cassation a déjà évincé le devoir de bonne foi du promettant après l'expiration du pacte de préférence. Les Hauts magistrats avaient estimé que ne pesait pas sur lui l'obligation de proposer en priorité de contracter aux (ex) bénéficiaires du pacte expiré. Pour contrecarrer la jurisprudence¹⁶⁸², l'insertion d'une clause de bonne foi postcontractuelle mettrait à la charge du promettant une telle obligation. En l'occurrence, il est intéressant de remarquer que le prolongement de la bonne foi en dehors de la durée du contrat se confond avec la prolongation de l'obligation principale du contrat, de sorte qu'elle a pour résultat d'estomper l'efficacité du terme extinctif. Mais, en pratique, l'intérêt de la clause est de mettre en place un mécanisme de sécurité, dans le cas où la planification du projet des parties ne respecterait pas les délais initialement prévus, ce qui est probable en matière de vente immobilière, ou au sein de projets plus complexes reposant sur différentes opérations, ou dépendantes de la réalisation de conditions suspensives.

De même, la jurisprudence a déjà nié l'obligation pour un concédant, à l'occasion d'une restructuration de son réseau, de révéler à son concessionnaire qu'il était en pourparlers avec des candidats susceptibles de prendre sa place¹⁶⁸³. En l'espèce, le concessionnaire avait été informé de la restructuration, ce qui l'avait conduit à postuler en vue de son maintien dans le réseau. Cette candidature ne fût pas retenue et le concédant notifia la rupture du contrat en cours, préférant restructurer son réseau en contractant avec d'autres candidats. Bien que le délai de préavis fût respecté avec le concessionnaire éconduit, ce dernier agit en réparation du préjudice subi à cause de la rupture. Il demandait notamment le remboursement d'actions promotionnelles précédant la rupture, sur le

¹⁶⁷⁸ ESEINBERG M. A., art. préc.

¹⁶⁷⁹ KOSTIC G., *L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé*, Paris V, 1997 ; KRAJESKI D., *L'intuitus personæ dans les contrats*, La Mouette, 2001 ; ANDRE M.-E., « L'intuitus personæ dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Cabrillac*, Litec Dalloz, 1999, 23 ; DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat organisation », in *Mélanges Terré*, Dalloz-Puf-J.-Cl., 1999, 635 ; ALBARIAN A., « Le fidéisme contractuel », RIDC, vol. 4, 2011, p. 601. Sur la prise en compte des contrats antérieurs en droit de la consommation, cf. *supra* n° 252 et s.

¹⁶⁸⁰ MACNEIL I. R., « Relational contract : what we do and do not know », *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 485 ; FAGES B., *Le comportement du contractant*, préf. MESTRE J., PUAM, 1997 ; Rappr. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁶⁸¹ Sur l'obligation de non-concurrence, fondée sur un devoir de loyauté, cf. n° 3, 319, 365, rappr. 301 et s. Sur les clauses de renégociation postcontractuelle, cf. *supra* n° 359.

¹⁶⁸² (au motif que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels qui cessent par la défaillance de la condition suspensive à laquelle ils sont soumis) : Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, D. 2006. 761, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2005. 776, obs. MESTRE J. et FAGES B. Cf. *supra* n° 319 et s.

¹⁶⁸³ Com., 15 déc. 1992, Bull. civ. IV, n° 415, p. 293, pourvoi n° 90-19.608, RTD civ. 1992. 577, obs. MESTRE J.

fondement quasi-contractuel. La demande n'a pas été accueillie par les juges d'appel, ni par la Cour de cassation. La doctrine a vu dans cet arrêt un refus d'application de l'obligation de bonne foi¹⁶⁸⁴, au travers du fait que si le concédant avait tenu informé son concessionnaire de l'évolution du recrutement, et plus précisément des pourparlers en cours avec d'autres candidats, cela lui aurait permis de limiter certains investissements et ainsi d'anticiper la rupture. Cet argument ne figure pas dans l'arrêt rendu par la Haute juridiction, mais la question est néanmoins pertinente. En effet, le candidat en l'occurrence n'était pas un postulant comme un autre. Il était déjà le partenaire de la société émettrice de l'appel d'offres. L'opportunité d'une certaine solidarité, reposant sur plus de transparence, était donc un enjeu de l'affaire. C'est ainsi qu'on a pu voir dans la décision de la Cour de cassation un refus d'admettre une obligation de bonne foi, amenant un commentateur à conclure que « *le fait de s'engager dans un contrat avec autrui n'interdit pas d'envisager librement et discrètement l'après-contrat, en conduisant si nécessaire des négociations parallèles avec d'autres partenaires éventuels, et n'oblige pas à tenir son cocontractant informé de l'avancement de ces pourparlers* »¹⁶⁸⁵. La clause de bonne foi aurait, en l'espèce, montré son intérêt¹⁶⁸⁶ en imposant un devoir minimum de transparence¹⁶⁸⁷. Si l'utilité de la clause est certainement de clarifier le niveau d'engagement des parties, il faut toutefois douter du fait que la Cour de cassation ait véritablement entendu écarté le devoir de bonne foi dans l'extinction : le rejet du pourvoi, suivant l'appréciation des juges du fond, était motivé par le fait que les éléments constitutifs de la gestion d'affaire (fondement de la demande) n'étaient pas réunis¹⁶⁸⁸. La Cour de cassation aurait-elle réservé une autre solution si la demande avait été formée sur le fondement de la bonne foi ? Cela aurait été souhaitable : la lecture de la jurisprudence et de la loi laisse apparaître des manifestations dans l'extinction et dans l'après-contrat¹⁶⁸⁹. Mais, surtout, l'obligation de bonne foi trouve à s'appliquer dans les pourparlers¹⁶⁹⁰ ; d'autant que, en l'espèce, la relation reposait précisément sur la

¹⁶⁸⁴ MESTRE J., « Une limite à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », RTD civ. 1993. 577.

¹⁶⁸⁵ MESTRE J., *ibidem*.

¹⁶⁸⁶ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁸⁷ Comp. CLAUX J.-P., « Transparence et loyauté dans le divorce : liquidation et partage », AJ Fam. 2009. 439 ; du même auteur, « Lutter contre l'égoïsme d'un époux », *ibid.* 436 : soulignant que la transparence est recherchée afin de faciliter la liquidation dans un moment où « *les rapports se distendent et qu'à une absence de dialogue s'ajoute une séparation* ».

¹⁶⁸⁸ Les juges ont jugé qu'en l'espèce les investissements effectués par le concessionnaire lui avaient été utiles, alors que la gestion d'affaire ne doit en principe profiter qu'au concédant ou aux tiers. De plus, les Hauts magistrats énonçaient qu'en cas de gestion d'affaires, la loi n'accorde au gérant que le remboursement de toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, « *que c'est donc à bon droit que l'arrêt a rejeté la demande par laquelle la société Bertrand sollicitait, non pas le remboursement de dépenses, mais le paiement d'une rémunération, sous la dénomination de dédommagement de ses efforts promotionnels* ».

¹⁶⁸⁹ Cf. *supra* n° 300 et s., 318 et s.

¹⁶⁹⁰ Art. 1104 du C.civ. Sur l'obligation de bonne foi dans les pourparlers : MESTRE J., « La période précontractuelle et la formation du contrat », in *Le contrat, questions d'actualité*, LPA 5 mai 2000, p. 7 ; LETOURNEAU Ph., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Bonne foi », not. n° 37 (sincérité des pourparlers) ; Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998, Bull. civ. I, n° 5, p. 7, pourvoi n° 95-19.199, JCP 1998. II. 10066, note FAGES B. : silence fautif d'une partie sur la nécessité d'obtention d'un prêt ; Com. 18 juin 2002, inédit, pourvoi n° 99-16.488 (faute du contractant qui, tout en n'ignorant pas que la situation de la société

confiance¹⁶⁹¹ et les pourparlers ne se déroulaient pas entre tiers, mais entre partenaires déjà liés par un contrat en cours. Les parties désireuses de clarifier leur engagement et de pallier les incertitudes, devront recourir à la contractualisation expresse du devoir de bonne foi¹⁶⁹².

365.- Les clauses voisines. Les clauses de non dénigrement et de loyauté sont également des émanations de celle de bonne foi. Leur objet est toutefois plus ciblé et trouve sa place dans les situations contractuelles où l'intérêt d'une partie repose sur la réputation et l'image¹⁶⁹³. La clause de non dénigrement imposera à l'ancien contractant - franchisé, salarié, ou parrainé, etc. - une obligation de ne pas faire, consistant à ne pas nuire à la réputation de son ancien contractant¹⁶⁹⁴. Il s'agit cependant d'une limitation de la liberté d'expression qui altère quelque peu la notion de bonne foi, puisque le non-dénigrement ou la loyauté ne reposent pas sur la sincérité ou la transparence, mais au contraire sur un loyalisme dévoué¹⁶⁹⁵. Peu importe que les éventuels propos négatifs soient fondés : la vérité doit passer après la fidélité due à l'ancien contractant¹⁶⁹⁶. Elles se rapprochent ainsi des clauses de discrétion et des

était désespérée et ne pouvait conduire qu'à la déclaration de son état de cessation des paiements, a cependant poursuivi des négociations de reprise après le prononcé du redressement judiciaire, entretenant de manière illusoire l'espoir d'une cession) ; Com. 25 févr. 2003, inédit, pourvoi n° 01-12.660 (faute d'une société qui, n'ayant adressé aucun reproche à son cocontractant pendant la durée de leurs relations commerciales, fait le choix de substituer sa filiale à la société cocontractante, mais ne met fin aux pourparlers, sollicitant même par courrier une modification du protocole, suscitant ainsi la confiance dans la conclusion du contrat envisagé, les pourparlers étant suffisamment avancés pour faire légitimement croire que ceux-ci allaient aboutir). *Contra* Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1998, inédit, pourvoi n° 96-18.381 ; Com. 17 juin 2003, inédit, pourvoi n° 01-10.272. *Adde* PDEC, art. 2 : 101 ; Principes d'UNIDROIT, art. 2.1.15 [3].

¹⁶⁹¹ Le réseau de distribution est par essence nourri de la confiance entre les parties.

¹⁶⁹² MESTRE J., « Nul contractant ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas informé l'autre partie de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle », RTD civ. 2000. 565 ; EIDENMULLER H. et al., « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen », RTD eur. 2008. 761 ; BONELL M. J., *The UNIDROIT Principles in practice : Caselaw and bibliography on the commercial contracts*, 2^e éd., Transnational Publishers, New York, 2006, p. 667 ; TRIVELLIN M., *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè éd., 2009, spéc. p. 93 et 213 et s. ; FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, not. p. 16, 21, 23, 187, 207, 240 et s., 301 et 392.

¹⁶⁹³ Sur la valeur économique de la réputation, cf. *infra* n° 404, 542, 658.

¹⁶⁹⁴ En ce sens, la stipulation « peut être analysée comme une clause de comportement en ce qu'elle pose une norme plus qu'elle ne crée une obligation », in MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause », art préc.

¹⁶⁹⁵ V. de façon générale : DROIN N., « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas », D. 2015. 931 ; FRANCILLON J., « Appréciation de la bonne foi en matière de diffamation. Non prise en compte des éléments postérieurs à la publication des propos incriminés », RSC 2015. 884 ; FRANCOIS L., « Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui. La recherche d'un « juste équilibre » par le juge européen », D. 2006. 2953 ; MARGUENAUD J.-P., « L'apothéose du droit à la réputation », RTD civ. 2008. 648 ; du même auteur, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », RTD civ. 2012. 279 ; « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », RTD civ. 2016. 297.

¹⁶⁹⁶ Cf. cependant sur les limites tenant à l'intérêt général et à l'ordre public : ADAM P., « Mon traître, ce héros », Rev. trav. 2016. 566, obs. sous. Soc. 30 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-10.557 : « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient au non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute » ; GEIGER Ch., « Droit des marques et liberté d'expression », D. 2007. 884 ; PAGNERRE Y., « Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ? », D. 2016. 2447 ; ICARD J., « L'alerte individuelle en droit du travail », Droit social 2017. 545 ; VARNEROT V., « Limites du droit à l'image », - JA 2017, n°557, p. 25 ; BARRIERE F., « Les lanceurs d'alerte », Rev. sociétés 2017. 191. Rapp. *infra* n° 474.

clauses de confidentialité, lesquelles ont pour leur part une fonction de protection des intérêts économiques, ne se limite pas à l'image mais à la protection des informations économiquement sensibles, telles que le savoir-faire¹⁶⁹⁷. De même, la clause de bonne foi peut avoir pour objectif une meilleure protection des intérêts économiques mis en jeu par l'extinction¹⁶⁹⁸ ; dévoilant ainsi le traitement utilitariste de la moralisation dont le but est, par l'instauration de directives comportementales, de « *permettre aux obligations contractuelles de remplir la finalité qui est la leur ; ils entourent l'exécution du contrat de garanties complémentaires aptes à favoriser son exécution utile* »¹⁶⁹⁹. C'est pourquoi tant la pérennisation que la moralisation de la relation *inter partes* contribuent à sécuriser les transactions.

c) *Sécuriser les transactions*

366.- La fonction économique. Même enrobées dans les idées de moralisation ou de coopération, les clauses postcontractuelles ont une fonction économique ayant pour objectif de définir des obligations liées au comportement des parties en-dehors du temps contractuel. Quand elles concernent plus précisément la restriction de la liberté du travail et du commerce, comme le font les clauses de non-concurrence et affiliées¹⁷⁰⁰, elles ont pour but de « *figer, mais pour un temps nécessairement limité, la situation concurrentielle (...), en réservant certains secrets désormais partagés ou en interdisant pour l'immédiat l'exploitation avec autrui d'une activité* »¹⁷⁰¹. La clause de catalogue

¹⁶⁹⁷ Cf. *infra* n° 365, 374 et s., 403 et s., 415 et s., 544.

¹⁶⁹⁸ Cf. *supra* n° 204, 292 et s. 299 et s. (optimisation du droit de l'extinction). Pour un exemple en droit international de clause de bonne foi spécifiquement aménagée pour garantir les intérêts économiques d'une partie, cf. GANI R., *La clause de limitation des bénéfices dans la convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*, OREF, Haupt, 2008, p. 88, portant sur le système suisse de lutte contre les abus conventionnels : la clause de bonne foi destinée à gérer le remboursement de l'impôt à la source sur les dividendes : « *cette clause fait dépendre le remboursement des impôts à la source prélevés sur le paiement de dividendes dans les relations entre société mère et filiale de la condition que la participation dans la filiale ait été acquise dans un but réellement commercial ou dans le cadre normal d'activités d'investissements ou de gestion d'investissements. De même, l'obtention d'un crédit ne doit pas constituer le but principal ou l'un des buts principaux de cette acquisition* ».

¹⁶⁹⁹ FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, préf. REMY Ph., LGDJ, 2003, n° 120. Comp REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997. 323 s., affirmant que l'origine du contrat est la fourniture d'un avantage promis et non la promesse d'un comportement.

¹⁷⁰⁰ Sur les clauses restrictives de la concurrence, telles que clauses de priorité ou d'agrément, de non-réaffiliation, mais aussi clauses de discrétion, depuis la Loi Macron, v. Soc. 15 oct. 2014, Bull. 2014, V, n° 240, pourvoi n° 13-11.524, D. 2014. 2118, et 2015. 829, obs. PORTA J. Sur la requalification d'une clause de confidentialité en clause de non-concurrence : Soc. 5 déc. 2007, inédit, pourvoi n° 06-41.267. En l'espèce, la clause interdisait à l'employé « *de s'intéresser à toute entreprise susceptible de faire concurrence à l'activité* ». La clause postcontractuelle de discrétion a pour but de « *faire perdurer la confidentialité attachée à certaines informations au-delà du terme du contrat de travail. [...] Les accords collectifs relatifs à la rupture négociée du contrat de travail stipulent du reste parfois expressément la survie de l'obligation après la rupture du contrat* », LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », Dr. soc. 2005. 173.

¹⁷⁰¹ DEPINCE M., « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD com. 2009. 259 ; ARSEGUÉL A. et AMAUGER-LATTÈS M.-C., « L'obligation de non-concurrence et les relations de travail », RF compt.

illustre également cette « fixation » dans le temps des bénéfices tirés de la convention passée, et de la limitations corrélatives des opportunités postcontractuelles. Cette stipulation est incontournable dans le droit de la propriété intellectuelle et artistique¹⁷⁰². Son intérêt repose sur « *l'interdiction pour l'artiste de réenregistrer les titres déjà interprétés lors d'un contrat précédent* »¹⁷⁰³. Elle est également dite de « *back catalogue* » quand elle assure le maintien des droit acquis sur les enregistrements effectués au cours de la durée du contrat d'artiste¹⁷⁰⁴. La clause « *back catalogue* » peut sembler moins attentatoire à la liberté de l'artiste puisqu'elle ne concerne que l'exploitation des enregistrements passés et non à venir. Mais les deux restrictions s'apparentent à une forme d'exclusivité postcontractuelle, répandue en matière d'enregistrement de musique classique dans laquelle les réinterprétations sont courantes¹⁷⁰⁵.

De la clause de non-concurrence à la clause catalogue, les stipulations restrictives de la liberté du travail et des affaires incarnent l'exemple archétypal d'aménagement nécessaire du retour à la liberté après le contrat. S'il n'est pas question d'abandonner toute liberté, il n'est pas viable de renoncer à la mise en place d'obligations essentielles. Il en va d'impératifs concurrents au recouvrement de la liberté des parties : la liberté postcontractuelle doit être encadrée pour sécuriser le *statu postquam*¹⁷⁰⁶. Ces impératifs sont liés directement à la sauvegarde de l'utilité du contrat postérieurement à son exécution, encadrant corrélativement la confiance dans la relation contractuelle¹⁷⁰⁷. En effet, l'objectif de protection des intérêts économiques développés par le contrat s'impose comme garant d'une confiance tissée à l'occasion de la relation contractuelle¹⁷⁰⁸. L'exemple de la préservation du savoir-faire dans le franchisage

1994, 50 ; AUGUET Y., « La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », LPA 1998, no 75, p. 17 ; BIZIERE P., « Les clauses de non-concurrence », Inf. chef entrepr. 1960, 1087 ; CORRIGNAN-CARSIN D., « La contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence », RJS oct. 1992, 587 ; « Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise », Dr. soc. 1992, 967 ; « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges Blaise*, 1995, Economica, p. 125. Cf. (sur la limitation dans le temps de la restriction) *infra* n° 410 et s. Rapp. (pour ce qui est de « figer » une situation) de la clause d'inaliénabilité, *infra* n° 413 et s.

¹⁷⁰² BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat, Etude à partir du droit de la propriété intellectuelle et artistique*, th. préc., n° 70 ; NACCACH R., art. préc.

¹⁷⁰³ COSTES L. et al., *Lamyline Droit des médias et de la communication*, « Le contrat d'enregistrement », n° 270-43.

¹⁷⁰⁴ « *Le producteur pourra exploiter paisiblement les enregistrements pendant la durée de protection légale (50 ans)* », in *Lamyline*, *ibidem* ; NACCACH R., art. préc., offrant un exemple de clause : « *la cession par l'artiste au producteur de la pleine et entière propriété des exécutions [...] demeure irrévocablement acquise même après la fin du contrat* ».

¹⁷⁰⁵ BLANC-JOUVAN G., th. préc., n° 70.

¹⁷⁰⁶ Cf. *supra* n° 82 et s.

¹⁷⁰⁷ Sur l'aspect relationnel des contrats, cf. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367 ; sur le contrat longue durée, cf. *supra* n° 257, 298, 301, 338, 359, 363, ; sur la confiance, cf. *supra* et *infra* et n° 187, 189, 192, 197, 207, 223, 233, 270, 311, 314, 323, 334, 336, 347, 350, 360 et s., 409, 415, 449 et s., 473, 543, 564, 592, 658.

¹⁷⁰⁸ SIMON F.-L., *Théorie et pratique de la franchise*, Joly éd., Lextenso, 2009, n° 308 (fondant l'obligation de confidentialité sur la bonne foi) ; FAGES B. et DESOLINEUX M. (dir.), « Les clauses de confidentialité et d'information », *Lamy Droit des contrats*, 2015, étude 339.

le démontre bien¹⁷⁰⁹, au même titre que celle des informations échangées entre les parties, telles que les données relatives à la clientèle.

367.- Les clauses processuelles. Toutefois, toutes les clauses postcontractuelles ne portent pas que sur le contenu même du contrat. Elles peuvent également organiser la gestion du différend éventuellement à surgir entre les parties. Il s'agit là des clauses processuelles telles que la clause compromissoire ou d'élection de for, de conciliation ou de médiation¹⁷¹⁰. Leur objet ne concerne pas le comportement des parties dans un rapport strict en tant que contractants, mais s'intéresse à l'organisation de leurs droits et obligations en tant que parties à une instance qui trouverait son origine dans un litige relatif à la convention¹⁷¹¹. À l'instar de ce qui est dit au sujet de la justice arbitrale, elles sont « *l'alter ego de la justice publique* »¹⁷¹². Elles ont fondamentalement un but de sécurisation et de prévisibilité¹⁷¹³, en ce qu'elles font entrer dans le champ contractuel les conditions de mise en œuvre d'une action éventuelle. Ce mode de gestion peut être juridictionnel ou non juridictionnel ; c'est-à-dire que la clause peut servir à désigner quelle juridiction sera compétente pour régler le litige, prenant par exemple en compte la situation géographique des parties ou le droit qui semble le plus intéressant compte tenu du projet économique¹⁷¹⁴, ou bien en définissant un mode alternatif de règlement des différends tels que l'arbitrage¹⁷¹⁵ ou la médiation¹⁷¹⁶. Dans ce dernier cas, la déjudiciarisation du différend est une valeur économique forte, donnant vraiment au contrat un empreinte organisationnelle et à la confiance une vertu d'efficacité par la recherche de performance appliquée à la liquidation des difficultés. En effet, « *le commerce s'est mal accommodé des procès : perte de temps, d'argent, image*

¹⁷⁰⁹ Cf. not. BOUVIER A., *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015, n° 607 et s. ; LE TOURNEAU Ph., *Les contrats de franchise*, Litec, 2^e éd., 2007, n° 464.

¹⁷¹⁰ FOULON M. et STRICKLER Y., « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », JCP G 2014, doctr., 1128, p. 1982. Cf. *infra* n° 377 et s., 396 et s., 411 et s., 592 et s., 510 et s., 518.

¹⁷¹¹ Cf. *infra* n° 395 et s.

¹⁷¹² BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence*, th. Nice, 2011, n° 21, p. 35.

¹⁷¹³ Cf. not. LEBLOND N., « La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? », *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2010 n° 364, p. 4 ; DEHARO G., « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats » : http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/91/07/PDF/ingenierie_contractuelle_et_performance_de_l_entreprise.pdf, observant également que « *l'une des critiques les plus vives à l'égard du droit français des contrats repose sur une inadéquation des objectifs poursuivis par le juge aux attentes de l'entreprise* ». Celui-ci, en effet, s'attacherait davantage à la sécurité contractuelle qu'à l'utilitarisme du contrat.

¹⁷¹⁴ Forum shopping. Cf. MATOUSSI S. M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, t. 15, 2001/3, p. 251 et s.

¹⁷¹⁵ STRICKLER Y., *Procédure civile*, Paradigme, n° 163 et s.

¹⁷¹⁶ OPPEIT B., « Les modes alternatifs de règlement des litiges dans la vie économique », *Justices*, 1995, n° 1 ; JARROSSON Ch., « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RID Comp.*, 1997. 325 ; GAILLARD E., « L'arbitrage international », *Rev. Commentaire*, n° 158, 2017/2, p. 333 et s. ; du même auteur, « Sociologie de l'arbitrage international », *Journal du droit international*, 4, 2015, p. 1089 et s. ; FOULON M. et STRICKLER Y., « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », JCP G 2014, doctr., 1128, p. 1982.

ternie, le commerçant préférerait éviter le contentieux »¹⁷¹⁷. Dans cette optique, les clauses processuelles font aussi ressortir l'aspect relationnel du rapport entre les contractants¹⁷¹⁸. Ces derniers entendent ainsi assumer la définition de leur relation sur le plan procédurale autour d'un double objectif : « *la gestion du risque juridique et la maîtrise de la relation commerciale* »¹⁷¹⁹. Mais même lorsque la clause désigne un mode de résolution juridictionnel, elle a néanmoins une nature amiable implicite : les parties fondent la désignation de la juridiction sur un accord consensuel. **Elles font ainsi preuve d'une autonomie procédurale, à la recherche de garanties en la matière. Partant, elles offrent un premier pas de coopération dans un domaine qui obéit par nature aux rapports de force.**

En effet, comme au sein d'un marché de la Justice, les clauses procèdent à une privatisation ou « *contractualisation de la Justice* »¹⁷²⁰. La contractualisation peut se définir comme « *le développement, dans un domaine donné, de normes résultant d'un échange préalable de consentements, entre des partenaires intéressés à la réalisation de certains objectifs* »¹⁷²¹. Elle peut consister en une libéralisation d'un domaine soumis à l'autorité de normes que les parties souhaitent contourner ou aménager, ou bien en un « *assujettissement* » à la norme contractuelle spécifiquement créée pour combler l'impréparation ou l'inorganisation du domaine dans lequel les parties évoluent¹⁷²². La notion a ainsi un « *aspect dynamique* », ce qui n'est pas sans rejoindre l'acceptation du contrat relationnel¹⁷²³, du fait que la contractualisation de la justice procède de l'élaboration de « *normes génératrices de comportements procéduraux* »¹⁷²⁴. Les clauses fondent donc réciproquement une « *procéduralisation* »¹⁷²⁵ du contrat -

¹⁷¹⁷ DEHARO G., « Opportunité économique et légitimité judiciaire. Jalons pour une analyse heuristique des stratégies d'action en justice », *Droits*, n° 57, 2013/1, PUF, p. 189 et s., n° 9 ; du même auteur, « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats » : http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/91/07/PDF/ingenierie_contractuelle_et_performance_de_l_entreprise.pdf.

¹⁷¹⁸ JARDAT R. et SAUREL P., « Procédure judiciaire interentreprises et liaisons/déliations paradoxales : le cas des contentieux informatiques », *Management et avenir* 2009/9 (n° 29), p. 132 ; DEHARO G., « Opportunité économique et légitimité judiciaire... », préc., n° 8 et s. : « *ces relations peuvent être influencées par l'exercice du droit d'agir en justice dans un environnement concurrentiel. Que l'exercice du droit influence la relation entre les opérateurs économiques, il n'y a là rien de surprenant. L'intervention du juge, en effet, peut modifier provisoirement ou durablement l'équilibre d'un marché, qu'il s'agisse, par exemple, d'une action tendant à annuler un contrat ou un brevet afin de priver un concurrent d'un droit subjectif, afin d'obtenir des dommages et intérêts ou encore l'interdiction de commercialiser un produit* ».

¹⁷¹⁹ DEHARO G., « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats », préc., *in fine*.

¹⁷²⁰ CADIET L. et RICHER L. (dir.), *Réforme de la Justice, Réforme de l'Etat*, Droit et Justice, PUF, 2003, Partie III, Chap. 3 ; CADIET L., « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Mélanges G. Farjat*, Frison-Roche, 1999, p. 23 et s.

¹⁷²¹ GILLET J.-L., « La contractualisation de la Justice », *in* PIGACHE Ch., *Les évolutions du droit, Contractualisation et procéduralisation*, Université d'été du Barreau de Rouen, 2001-2002, Publication de l'Université de Rouen, 2004, p. 83.

¹⁷²² GILLET J.-L., « La contractualisation de la Justice », *ibidem* ; ROQUILLY C., « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2009, dossier 34.

¹⁷²³ Cf. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

¹⁷²⁴ GILLET J.-L., *ibid.*, p. 83.

¹⁷²⁵ GILLET J.-L., *ibidem* ; CADIET L., « Le spectre de la société contentieuse », *in Mélanges G. CORNU*, Paris, PUF, 1994, p. 29 et s. CROZIER M., *Le mal américain*, Fayard, 1980 (sur l'hyper procéduralisation aux Etats-Unis) ; CADIET L., « Les jeux du contrat et du procès », préc., p. 24, relevant que « *ce pourrait être une loi sociologique que le recours au*

ce qui, paradoxalement, donne à voir une distorsion de la notion de confiance immergée dans un climat contentieux¹⁷²⁶, en même temps qu'elle réifie la Justice¹⁷²⁷. L'acte juridique devient un outil stratégique d'organisation du rapport procédural¹⁷²⁸, en ce qu'il permet aux parties, encore une fois, d'adapter les conditions de mise en œuvre de la loi contractuelle. La dimension utilitariste du recours aux clauses est ainsi mise en évidence, de sortes qu'un fondement causaliste peut y être vu : l'optimisation économique de la relation contractuelle serait la cause de la clause processuelle¹⁷²⁹. De façon plus générale, l'après-contrat « sur mesure » appelle un règlement des litiges également « sur mesure ». Offrant un « *un véritable instrument de gouvernance structurelle* », les fonctions de la procédure sont ainsi superposées à celles du contrat et consistent à mettre en place « *un nivellement des pratiques et des structures chez les opérateurs économiques* »¹⁷³⁰.

On voit ainsi que les stipulations ont des contenus aussi variés que complémentaires, ce qui permet d'observer une diversité des clauses postcontractuelles, malgré l'identité de leur utilité.

B- DIVERSITÉ ET IDENTITÉ DES CLAUSES POSTCONTRACTUELLES

368.- Des clauses « sur mesure ». Les clauses postcontractuelles sont des outils destinés à offrir aux parties les moyens d'élaborer un engagement « sur mesure ». C'est ainsi qu'elles seront choisies par les parties selon les besoins spécifiques à la situation contractuelle et au *statu postquam* voulu. Même si certaines clauses sont très répandues, telles que les clauses restrictives de la concurrence, leur

juge est proportionnel au recours au contrat » ; CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès*, Puf, 2010, n° 5 et s. (sur l'influence du droit américain).

¹⁷²⁶ Cf. not. RUEGG. V. M., « France - Etats-Unis : évolutions du droit des affaires », *Revue des deux mondes*, juin 2000, p. 79, notant que, suivant une tendance américaine, la France a de plus en plus recours à la précision dans la rédaction des contrats, offrant un terreau au développement des litiges.

¹⁷²⁷ CADIET L., « Introduction », in *RIDE*, 1999-2, p. 143 et s., sur le risqué de dériver « *de la justice servante de l'économie à la justice asservie à l'économie* ».

¹⁷²⁸ DEHARO G., « Opportunité économique et légitimité judiciaire... », préc. ; « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats », préc. ; FRISON-ROCHE M.-A., « Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament », in FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, 2010, p. 371 et s., n° 30 ; CHAMPAUD C., « Stratégie judiciaire », in CADIET L. (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004, p. 1256 et s. ; CHAMPAUD C., DANET D., *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006 ; MASSON A., *Lobbying et procès orchestrés*, Larcier, 2011 ; CADIET L., « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 65 et s. ; *Les Stratégies juridiques des entreprises en droit européen*, Larcier, 2012 ; MASSON A. et BOUTHINON-DUMAS H., « L'approche Law et Management », *RTD com.* 2011. 233.

¹⁷²⁹ CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S., *op. cit.*, n° 221, p. 756 ; DEHARO G., « Opportunité économique et légitimité judiciaire... », art. préc., p. 189 et s., n° 36. Rappr. FRISON-ROCHE M.-A., « Vers le droit processuel économique ? », *Justices*, 1995, n° 1, p. 91 et s.

¹⁷³⁰ (au sujet des fonctions de la procédure comme instrument de régulation du droit financier) TELLER M., « Les fonctions de la procédure en droit bancaire et financier », *RIDE*, t. 29, 2015/4, p. 503 et 512.

rédaction peut varier d'un contrat à l'autre, selon les attentes des parties. Mais elles sont également variées dans la substance, c'est l'implication même de la personnalisation opérée par le recours aux clauses. Il y a ainsi nécessairement une diversité de contenu des clauses postcontractuelles (*a. Diversité de contenu des clauses postcontractuelles*), laquelle ne doit pas occulter une certaine identité (*b. Identité partagées des clauses postcontractuelles*).

a) Diversité de contenu des clauses postcontractuelles

369.- La fonction purement postcontractuelle ou mixte. Les clauses peuvent être purement postcontractuelles, ou mixtes : les stipulations purement postcontractuelles couvrent exclusivement la période qui débute à partir de l'extinction, tandis que les stipulations mixtes peuvent être à cheval sur la durée du contrat et le temps postérieur. Par exemple, une clause de confidentialité peut lier un salarié tout durant l'exécution de sa mission ou/et après la rupture du contrat. Lorsqu'elle couvre autant la période de l'exécution que l'après-contrat, la stipulation est mixte : elle se contente persister. Lorsque la clause est purement postcontractuelle, elle est provoquée par l'extinction et l'obligation ne peut être exigée antérieurement¹⁷³¹. Pour leur part, les clauses processuelles sont toujours mixtes, du fait qu'elles trouvent à s'appliquer au contrat en cours comme au contrat éteint. Elles résistent à l'extinction. Comparées aux clauses substantielles, elles s'imposent certes aux parties contractantes, mais elles les lient en tant que parties à une instance et ont pour objet la gestion du litige. On observe ainsi que seule la source des obligations est commune, tandis que leurs destinations sont bien distinctes.

370.- Hétérogénéité des clauses. Pourtant regroupées en vertu de leur caractère postcontractuel, les stipulations qui ont vocation à se développer dans l'après-contrat sont hétérogènes. Leur regroupement n'a pourtant rien d'inadapté. Une étude doctrinale des obligations postcontractuelles a pu relever que « *l'imagination créatrice de la pratique (...) a ressenti le besoin de régler conventionnellement les problèmes liés aux conséquences de l'extinction de la relation contractuelle* »¹⁷³². Cette nécessité dicte la création et le recours aux clauses postcontractuelles qui « *sont*

¹⁷³¹ Soc. 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 484, p. 361, pourvoi n° 96-41.308 : les manquements du salarié à la clause de non-concurrence ne peuvent être que postérieurs à la rupture du contrat de travail. La clause de non-concurrence est distincte de l'obligation de loyauté à laquelle le salarié se trouve soumis pendant la durée d'exécution du contrat et ne peut, en l'espèce, entrer en application qu'à compter de la rupture du contrat de travail. Une cour d'appel énonce exactement que les seuls manquements du salarié pouvant, dans le cadre de cette clause, permettre à l'employeur de s'exonérer de son obligation financière sont ceux fondés sur des faits postérieurs à la rupture. Elle peut décider que, si les dépôts de brevets effectués avant le licenciement, à les supposer imputables au salarié, peuvent constituer un acte de déloyauté, que l'employeur a sanctionné en le qualifiant de faute lourde, ils ne constituent pas par eux-mêmes des infractions à la clause de non-concurrence postcontractuelle, susceptibles de priver l'intéressé du bénéfice de l'indemnité compensatrice.

¹⁷³² CASEAU-ROCHE C., *Les clauses postcontractuelles*, th. Paris Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 247. Cf. ég. p. 21, où l'auteur relève que la diversité des sources des obligations postcontractuelles pose un problème de circonscription du sujet,

des obligations accessoires interdépendantes de faire ou de ne pas faire, ayant pour objet, devant l'insuffisance de la protection légale, de modeler rationnellement les effets de l'extinction des contrats de situation, en organisant et en gérant la liquidation du passé et l'aménagement de l'avenir »¹⁷³³. Leur caractère accessoire est néanmoins contestable, du fait de leur autonomie¹⁷³⁴. Il reste que l'enjeu pour les parties est effectivement de baliser des chemins d'obligations de manière à garantir une forme de stabilité dans les effets de l'extinction. Il participe à la préservation de l'acquis du contrat en développant des lois successives qui découpent le temps de la relation *inter partes* en plusieurs vagues d'obligations répondant à des besoins spécifiques qui entretiennent certainement l'image sensible de l'après-contrat.

En effet, les clauses substantielles se concentrent particulièrement autour d'obligations négatives dont le but est de maintenir une loi du silence postcontractuel, érigeant le contrat en coffre-fort des secrets échangés durant la relation¹⁷³⁵, ou des ressources propres à renouveler les projets *inter partes*. La clause de discrétion l'illustre bien, faisant de l'après-contrat un temps confidentiel et du contenu de l'échange contractuel un espace impénétrable¹⁷³⁶. Les clauses restrictives de la concurrence participent de cette logique, quitte à aliéner la liberté économique du débiteur. Elles sont guidées par la notion de loyauté¹⁷³⁷.

ce qui la mène à ne retenir que les obligations d'origine conventionnelle, dont l'existence est conditionnée par une stipulation expresse. La thèse de l'auteur ne traite donc qu'exclusivement des clauses d'application postcontractuelle. Nous traitons également de ces clauses, spécifiquement dans cette partie de notre thèse. Mais elles ne sont pas les seules expressions de l'après-contrat, ce qui nous a conduit à envisager (Partie 1), les droits et obligations postcontractuelles nés de sources extracontractuelle.

¹⁷³³ CASEAU-ROCHE C., *Les obligations postcontractuelles*, th. préc., p. 247-248.

¹⁷³⁴ Cf. *infra* n° 23, 135, 376 et s.

¹⁷³⁵ Elles peuvent également être positives, cf. *infra* n° 434 et s. L'exemple est donné par les obligations de restitution ou de reprise des stocks (n° 303, 468), clause de catalogue (n° 361 et s.), de renégociation postcontractuelle (n° 359).

¹⁷³⁶ ICARD J., « La contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de discrétion », *Les Cah. Soc.*, 1^{er} déc. 2014, n° 269, p. 686 ; LOISEAU G., « La discrétion n'a pas de prix », RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 123 ; LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », LPA 7 août 2006, n° 156, p. 4 ; CASEAU-ROCHE C., « La clause de confidentialité », AJ Contrats d'affaires Concurrence Distribution 2014. 119 ; VIVANT M., « Les clauses de secret », in *Les principales clauses conclues par les professionnels*, Colloque de l'IDA, PUAM, 1991, p. 101 ; DARTIGUELONGUE J.-P., *Le secret dans les relations juridiques*, th., Bordeaux, 1968, p. 131, n° 64 ; GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, LexisNexis 2013, préf. LOQUIN E., n° 292, p. 241.

¹⁷³⁷ PICOD Y. et ROBINNE S., *Rép. dr. tr. Dalloz*, V° « Concurrence (Obligation de non-concurrence) », n° 4 et 26 : « une clause manifestant la volonté des parties visant à prolonger l'obligation de fidélité au-delà de la cessation des relations contractuelles » ; RAY J.-E., « Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. Soc. 1991, n°5, p. 376. SERRA Y., « Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », RTD. com. 1998, p. 7 ; TEISSIER A., « La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée ? », JCP S 2005, n° 1085 ; TEYSSIE B., « Florilège sur la loyauté », TPS, févr. 2000, p. 3 ; du même auteur, *La loyauté dans les relations individuelles du travail*, th. Paris, 1997 ; CORRIGNAN-CARSIN D., « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges Blaise*, 1995, Economica, p. 125 ; CÉLESTE P.-X., « L'obligation de non-concurrence supprime-t-elle l'obligation de fidélité ? », Sem. soc. Lamy, n° 489, 5 févr. 1990, p. 72 ; RAY J.-E., « Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. soc. 1991. 379 ; MOUSSERON P.-H., « La fidélisation du personnel », Dr. soc. 1989. 479 ; AMIC L., *La loyauté dans les rapports de travail*, th. Avignon, 2014, not. n° 580, 784 et s. ; (en matière d'agence commerciale) PICOD Y., « Validité des clauses de non-concurrence des agents commerciaux », D. 2003. 904. Comp. Code du travail algérien qui prévoit dans son art. 7 (pt. 8) une « obligation fondamentale » de non-concurrence et de confidentialité à la charge du salarié, consistant à « ne pas divulguer des informations d'ordre professionnel relatives aux techniques, technologies, processus de fabrication, modes d'organisation et, d'une façon générale, ne pas divulguer les documents internes à l'organisme employeur sauf s'ils sont requis par la loi ou par

Les clauses processuelles cherchent pour leur part à atteindre un objectif d'efficacité et de maîtrise procédurale. La célérité des transactions dicte un besoin d'économie de temps dans la liquidation du litige afférant, autant qu'elle répond à une exigence d'économie des coûts. Les parties dépassent le simple impératif de prévisibilité en allant jusqu'à la prévoyance totale en cas de différend. Elles assurent par avance, avec précision, plus de facilité dans la gestion des contentieux, devenu un objet économique comme un autre, susceptible d'être aménagé, budgété et dont la principale qualité sera autant de constituer l'atout d'une stratégie victorieuse que d'éviter une perte de temps. **L'ensemble des clauses postcontractuelles, à l'instar de la convention toute entière, repose sur le tableau des gains et des pertes. La fonction de protection des intérêts légitimes permettrait donc de former le dénominateur commun de clauses postcontractuelles hétérogènes**¹⁷³⁸, donnant ainsi pleine valeur à la notion d'intérêt postcontractuel. Elles ont en ce sens une identité partagée.

b) Identité partagée des clauses postcontractuelles

371.- Une nature commune et une fonction fédératrice. Les clauses postcontractuelles peuvent avoir des contenus variés, mais elles ne sont jamais que les branches d'un même arbre. D'une part, elles puisent leurs racines dans le contrat. Elle partage en cela une unité de nature : elles sont des effets du contrat (*1. Une unité de nature : des effets du contrat*). D'autre part, elles tendent généralement vers un même un même but, ce qui souligne une unité fonctionnelle : protéger un intérêt postcontractuel (*2. Une unité fonctionnelle : les protection d'un intérêt postcontractuel*).

1. Une unité de nature : des effets du contrat

leur hiérarchie » ; en droit italien, l'interdiction (« *patto di concorrenza* ») est rattachée au devoir de « *buona fede* » et de « *correttezza* », cf. art. 2015 du *Codice civile* et Cassazione, n.8131, 29 marzo 2017 Rappr. *supra* n° 318 et s. (bonne foi postcontractuelle).

¹⁷³⁸ « *Ainsi la protection proportionnée des intérêts légitimes nous a-t-elle permis de ramener à l'unité la dispersion apparente des conditions de validité propres à chaque obligation et la multiplication des sources du droit applicables ; il suffit de vérifier si l'objet des obligations postcontractuelles est conforme aux intérêts légitimes de chacun des contractants, c'est-à-dire de vérifier, pour protéger les intérêts du créancier, si l'atteinte portée par l'obligation à la liberté consécutive à l'anéantissement des obligations essentielles du contrat est ou non raisonnable* », in CASEAU-ROCHE C., *Les clauses postcontractuelles*, th. préc., p. 495.

372.- Effets et suites du contrat. La doctrine a voulu différencier les *effets*¹⁷³⁹ et les *suites* du contrat. C'est dans ce but que une distinction a été préconisée¹⁷⁴⁰ entre les *effets* qui dérivent du contrat, entendus comme « *les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et obligations inhérents au contrat, c'est-à-dire qui y sont contenus expressément ou implicitement, ou qui en résultent médiatement ou immédiatement* », et les *suites* accidentelles, entendues comme les « *événements postérieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties* »¹⁷⁴¹. Le critère de la distinction semble trouver son fondement dans la volonté, faisant des *effets* du contrat l'œuvre des parties, et des *suites* du contrat des événements postérieurs et imprévus. Appliquer une distinction si tranchée, notamment en affirmant que les *suites* ne trouvent pas leur cause dans le contrat¹⁷⁴², ne permet cependant pas d'embrasser tous les enjeux d'une éventuelle classification - originellement employée à la détermination de la loi applicable au contrat. De plus, cette distinction est purement empirique, et discriminer ce qu'est une suite accidentelle de ce qu'est un effet paraît artificiel. En effet, si les parties prévoient de faire entrer un événement dans le champ contractuel, la suite devient-elle un effet du contrat ? Une suite du contrat n'a-t-elle pas un lien de causalité avec le contrat, de sorte qu'elle peut prétendre en être un effet ? Le critère de distinction est donc curieux, en ce qu'il permettrait à la classification de changer selon les circonstances et ne parvient pas à offrir une lecture lisible de l'après-contrat.

En l'occurrence, les *effets* et les *suites* du contrat sont deux vocables se présentant comme proches, voire synonymes¹⁷⁴³, semblant s'influencer mutuellement ; car si toute *suite* n'est pas nécessairement un *effet* du contrat, nous pressentons qu'ils puissent incidemment communier ou s'englober. Un critère temporel clarifie au premier chef la frontière ténue entre *effets* et *suites*. Nécessairement, les *effets* naissent avec la convention et perdurent. Ils se distinguent par leur **caractère permanent**, tandis que les *suites* de la convention doivent être entendues comme appartenant à la période qui lui succède, c'est-à-dire postérieure à son extinction, et s'identifient par leur **caractère**

¹⁷³⁹ REVET Th., « La prise d'effet du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 29 ; CHAUVIRE Ph., « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », Gaz. Pal., 30 avr. 2015, n° 120, p. 29, relevant que les effets du contrat ne se limitent pas à la seule création d'obligations, mais que l'acte génère aussi « *des effets autonomes, indépendants des obligations auxquelles il donne naissance, ainsi qu'en témoignent l'affirmation de son effet translatif (art. 1197 et s.) ou son inscription dans la durée (art. 1211 et s.)*. Il n'est donc pas surprenant que le régime général de l'obligation soit dissocié des effets du contrat et soit traité dans un chapitre II consacré aux dispositions relatives au régime général de l'obligation ». L'auteur ajoute alors que « *le contrat s'émancipe de l'obligation* », et que la cession du contrat pourrait entrer dans le champ des « effets du contrat » (rapp. *infra* n° 372 et s.).

¹⁷⁴⁰ FOELIX J.-J. G., *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Joubert, 1843, 618 p., p. 146.

¹⁷⁴¹ *Idem.*

¹⁷⁴² *Idem* : « *les suites n'ont pas une cause inhérente au contrat même : elles résultent d'événements postérieurs au contrat et qui surviennent à l'occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties* ».

¹⁷⁴³ V° « Effet », sens 1, in *Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2011, p. 824.

successif. Il convient de préciser en outre que la définition des *effets* exprime un état actif. Ainsi, il faut entendre par là « *ce qui est produit par une cause* »¹⁷⁴⁴, pouvant aussi être assimilé à « *la réalisation d'une chose* »¹⁷⁴⁵. Les *effets* peuvent donc être envisagés comme l'exécution et les conséquences de la convention dès lors que cette dernière est formée, reposant sur la portée normative de l'acte. La simple naissance du contrat s'institue comme agent créateur d'*effets*. Pour leur part, les *suites* sont désignées comme « *ce qui vient après* »¹⁷⁴⁶, parfois même comme « *ce qui vient après ce qui n'était pas terminé, entier* »¹⁷⁴⁷, désignant encore le « *temps qui vient après le fait ou l'action dont il est question* »¹⁷⁴⁸. C'est ainsi que les *effets* du contrat peuvent être généralement qualifiés en *suites de la naissance de la convention*, alors que les *suites du contrat* pourraient être qualifiées d'*effets de l'extinction*. C'est dire combien la notion de périodicité est remarquable dans l'idée de *suites*, alors que celle de causalité ressort des *effets*. Il est ainsi possible d'affirmer que, sans véritablement se confondre, les deux acceptions sont étroitement liées. Il convient néanmoins de les départager afin de déterminer quel est le contenu de « *l'après* ». Assurément, la périodicité caractéristique des *suites* leur attribue un champ plus large que celui des *effets*. C'est à ce titre qu'il est possible d'affirmer que **les *suites du contrat englobent en partie ses effets***. La postérité du contrat n'est pas seulement constituée d'*effets*. Elle connaît aussi des événements circonstanciés qui peuvent échapper aux prévisions des parties. C'est pourquoi de tels événements sont à considérer strictement comme les *suites du contrat* – c'est-à-dire sans en être pour autant les *effets*. L'exemple est donné par les faits de concurrence déloyale que peut perpétrer un ancien contractant, en tirant profit de l'expérience contractuelle. Ce comportement n'est pas un effet du contrat, il s'inscrit pourtant dans les suites de l'extinction. En résumé, **les *effets* appartiennent à la famille des *suites du contrat*, dès lors que la convention dont il est question a connu sa cessation effective**. Les *suites du contrat* désignent les *effets* et les événements engendrés par l'extinction. Les clauses postcontractuelles, en ce sens, sont purement un effet du contrat. Elles sont une norme et entrent dans le champ de l'effectivité de l'acte. Elles appartiennent en ce sens à la catégorie des actes juridiques. Mais elles ont pour but de faire face à des faits ou d'autres actes juridiques susceptibles de perturber l'après-contrat. Les clauses postcontractuelles peuvent s'apparenter à des obligations-réflexe.

¹⁷⁴⁴ V° « Effet », sens 1, *idem*, p. 824.

¹⁷⁴⁵ *Idem*, sens 4.

¹⁷⁴⁶ V° « Suite », *ibidem*, II, p. 2456.

¹⁷⁴⁷ *Idem*, II sens 2.

¹⁷⁴⁸ *Idem*, II sens 3.

373.- L'existence d'obligations-réflexe. Les parties sont maîtresses de leur engagement. En effet, après avoir créé les obligations, elles s'en libèrent par l'exécution. C'est ainsi que l'*effet réflexe*¹⁷⁴⁹ de certaines obligations, qui obéissent à la règle de l'exhaustivité¹⁷⁵⁰, coexistera avec des obligations elles-mêmes *réflexe*. Pour rappel, l'*effet réflexe* est celui par lequel une obligation s'éteint automatiquement par l'exécution. Il convient alors de distinguer entre l'*effet réflexe* lié à l'exhaustivité, et les *obligations réflexes*. L'*effet réflexe* lié à l'exécution consiste lui-même en l'extinction par l'usage de l'obligation. Les *obligations-réflexe* sont quant à elles un effet du contrat éteint, et désignent précisément des obligations résistant à l'extinction ou provoquées par elle. Le mécanisme *réflexe* ne consiste pas en une extinction mais en une persistance ou une naissance lorsque l'obligation est purement postcontractuel. Comme les réflexes *post mortem* d'un corps humain, les *obligations-réflexe* se manifestent alors que le contrat n'est plus. De telles obligations peuvent être de source conventionnelle, dans le cas ici des stipulations postcontractuelles, ou légale¹⁷⁵¹. Les obligations de restitution sont une illustration courante d'*obligations réflexes* consécutives à la cessation du contrat, et peuvent être aussi bien d'origine légale que conventionnelle. La vocation naturelle des *obligations-réflexe* peut s'apparenter à une fonction « balai » qui s'inscrit dans le sillage de l'extinction. Ainsi, les obligations nées peuvent être alternativement ou cumulativement nourries du sein contractuel comme du sein légal. L'appropriation de ce genre d'obligations, dont l'objectif est de pallier l'inadaptation de la protection sans clause, est donc en réalité l'application d'un principe d'optimisation de la loi des parties. Si le mécanisme attaché à ces obligations est bien automatique, faisant de la clause un réflexe dans son action, la substance de cette dernière est interne au contrat bien qu'elle s'exerce sur un domaine temporel extérieur. Elle s'apparente à une sorte d'anomalie tenant à l'ambivalence naturelle des clauses postcontractuelles qui appartiennent, sur un plan fonctionnel, à un temps hors du contrat, tout en intégrant le champ contractuel. Le mécanisme réflexe est à distinguer du contenu du réflexe qui peut être différent selon l'attribution spécifique de chaque obligation.

Mais, même dans la diversité des attributions, les clauses postcontractuelles partagent tout autant une unité de nature qu'une unité fonctionnelle.

¹⁷⁴⁹ Cf. *supra* n° 80, 175, 323, 615. Pour d'autres occurrences de l'expression, v. not. LOISEAU G., « *Réflexion sur la nature juridique du paiement* », in *JCP G*, n° 39, 27 sept. 2006, I, p. 17 : « *L'extinction de l'obligation [...] est, au fond, l'effet réflexe que la loi attache à la satisfaction du créancier : ce qui identifie et singularise le paiement, parmi les modes d'extinction de l'obligation* » ; KELSEN H., *La théorie pure du droit*, Paris, D., 1962, p. 175 et s., où le droit subjectif est un corrélat réflexe de l'obligation juridique, il fait suite à l'inexécution par exemple.

¹⁷⁵⁰ Cf. *supra* n° 70, 80, 373.

¹⁷⁵¹ Cf. les obligations de garantie Première partie, Titre II, Chapitre 1.

2. Une unité fonctionnelle : la protection d'un intérêt postcontractuel

374.- La notion d'intérêt postcontractuel. « *L'existence antérieure d'une convention apporte des modifications indélébiles. Le contrat laisse des traces sur la situation des anciens partenaires : son "ombre" plane encore sur eux et limite la liberté qu'ils recouvrent du fait de l'expiration du contrat* »¹⁷⁵². L'idée d'une forme spectrale et diffuse épouse l'après-contrat qui sonne comme une rémanence d'un contrat revenant, d'outre-tombe, défendre son œuvre. Comme au travers d'un goût d'inachevé, les clauses d'origines conventionnelles incarnent ainsi l'âme du contrat qui perdure pour finir d'accomplir son œuvre, faisant ainsi de l'après-contrat une figure évanescence. L'existence d'un « *intérêt* » postcontractuel a été avancé afin de justifier la survivance des clauses postcontractuelles¹⁷⁵³. Le besoin d'une protection des effets constructifs du contrat semble certainement directement lié à celui de préserver pour les parties le bénéfice tiré de l'opération contractuelle¹⁷⁵⁴. En ce sens, les effets de la convention ne peuvent se borner à la durée de la convention. Ils doivent s'étirer dans le temps de manière à maintenir l'utilité des profits réalisés au cours de l'exécution, voire auparavant. Dans l'exemple de la transmission du savoir-faire, on observe ainsi que « *nul "lavage de cerveau" ne peut en retirer la connaissance à celui qui l'a reçu* »¹⁷⁵⁵. C'est pourquoi l'après-contrat a été associé à un temps de « *lutte contre le préjudice postcontractuel* »¹⁷⁵⁶. Se développe naturellement la notion d'intérêt postcontractuel. Cet intérêt est protégé par le contrat lui-même qui va déborder de son temps, dans un contexte où le retour à la liberté peut se présenter comme un « *danger* »¹⁷⁵⁷ pour les parties. Il est ainsi possible de considérer la survivance de la clause comme un rempart contre l'opportunisme de l'une des parties, au travers de stipulations dont le sens est directement attaché à la disparition du lien contractuel, sans qu'il s'agisse pour autant de protéger strictement l'acquis contractuel. Tel est le cas, par exemple, de la persistance de la clause pénale contenue dans un contrat devenu caduque, rappelée comme une évidence par la jurisprudence énonçant que l'inefficacité de l'acte n'affecte pas la clause pénale qui doit

¹⁷⁵² BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 254.

¹⁷⁵³ « **Le contrat, lorsqu'il produit, principalement ou de façon accessoire, un effet définitif, donne naissance à un "intérêt" qui perdure malgré l'expiration de la convention** », dans un but de « **protection de l'"acquis contractuel"** », in BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 254-255. V. ég. P. 224.

¹⁷⁵⁴ « *La protection par l'après-contrat des effets définitifs de la précédente convention et la lutte contre un préjudice postcontractuel s'expliquera par la notion de « l'intérêt postcontractuel » qui est un avantage, positif ou négatif, acquis du fait du contrat. L'existence et la défense de cet intérêt s'oppose à l'identité des périodes pré- et post-contractuelles que le principe de liberté des partenaires paraît imposer* », in Penant, *Revue de droit des pays d'Afrique, La documentation africaine*, 2004, p. 418.

¹⁷⁵⁵ MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, 2^{ème} éd., Francis Lefebvre, 1999, n° 1782 et 1783.

¹⁷⁵⁶ BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 223.

¹⁷⁵⁷ BLANC-JOUVAN G., *ibid.*, p. 255.

précisément produire effet en cas de non-réitération de la vente¹⁷⁵⁸. L'intérêt postcontractuel incarne donc une notion dont les contours peuvent être variables. Mais, **malgré l'ancrage postcontractuel des obligations qui le défendent, il faut néanmoins reconnaître que l'intérêt postcontractuel répond à un besoin de préservation d'un capital préexistant.**

375.- **La préexistence de l'intérêt protégé dans l'après-contrat.** Assurément, l'intérêt postcontractuel ne naît pas dans l'après-contrat, il peut simplement y tisser sa toile comme une veuve noire qui « *pique tout le monde autour d'elle du venin de la mémoire* »¹⁷⁵⁹. Les dispositions postcontractuelles, qu'elles soient substantielles ou processuelles, viennent renforcer la protection d'un capital préexistant à la formation du contrat ou généré par l'exécution du contrat. Ce capital est préexistant lorsqu'il précède la relation, comme c'est le cas pour le savoir-faire dans le contrat de franchise. Les clauses postcontractuelles visent dans ce cas la non-divulgence de ce capital partagé pendant le rapport obligatoire, ainsi que sa non exploitation déloyale. Le capital protégé peut être généré par la relation : tel est le cas lorsque la collaboration est source d'innovation ou de constitution de clientèle. À nouveau, les clauses ont pour but de protéger dans l'après-contrat un capital forgé avant la rupture de la relation, montrant que « *les relations contractuelles se forment aussi bien en vue de l'avenir qu'afin de recueillir les fruits du passé* »¹⁷⁶⁰. Aussi l'intérêt postcontractuel peut-il se présenter sous le jour d'un capital à espérer. La cession de fonds de commerce ou de parts sociales l'illustre bien. Toutefois, même lorsque les gains sont à espérer, l'attente légitime repose sur une situation déjà constituée avant l'opération économique, si bien qu'une obligation qui serait faite au cédant de ne pas concurrencer le cessionnaire viendrait protéger le capital existant au moment de la cession et dont la valeur, susceptible de dépréciation, existait au moment de la vente. Un tel impératif est d'ailleurs relayé

¹⁷⁵⁸ Civ. 3^e, 11 janv. 2011, inédit, pourvoi n° 10-10.038 : « *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, par suite de la défaillance fautive de l'une des parties* » ; HONTEBEYRIE A., « La clause pénale et la caducité du contrat », D. 2011. 2179 ; FAGES B., « La caducité de la promesse n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance de l'une des parties, RTD civ. 2011. 345 ; DELPECH X., « Consécration de l'autonomie de la clause pénale », Dalloz actu. 30 mars 2011 ; SAVAUX E., « Les effets de la caducité du contrat sur la clause pénale », RDC, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 826 (critique), relevant que la clause pénale ne peut survivre que dans si l'acte laisse subsister des obligations susceptibles d'une inexécution sanctionnable par la clause pénale. *Adde* HUGON C., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP G 1994, I, 3790 ; MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, CHABAS F., th. LGDJ, 1992, n° 183 et s. ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 789 et s., concernant l'impact de la résolution sur la clause ; Com. 4 juill. 1972, Bull. civ. IV, n° 213, D. 1972. 732 ; MALAURIE Ph. ; Civ. 3^e, 12 janv. 1994, Bull. civ. III, n° 5, Defrénois, 1994, art. 35845, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 1994. 605, obs. MESTREJ.

¹⁷⁵⁹ SERRES M., *Les lieux de mémoire, Petites chroniques du dimanche soir*, éd. Le Pommier, 2006.

¹⁷⁶⁰ PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994, p. 8, ajoutant que toute la valeur de l'après-contrat est axée autour de deux axes : d'une part, la nécessité de préserver une situation établie, et d'autre part, de montrer que toutes les obligations du contrat ne sont pas immédiates « *il importe en effet de préserver les intérêts de chacune des parties en mettant à la charge de l'une ou de l'autre l'obligation de fournir une prestation postérieurement à la réalisation de l'opération juridique faisant l'objet du contrat* ».

par la garantie légale d'éviction si les parties n'ont pas pourvu à ce besoin. On comprend alors que les clauses qui survivent à l'extinction du contrat sont maintenues par un intérêt postcontractuel dont le but est de protéger un capital préexistant. Mais la spécificité des obligations tient au fait qu'elles sont soumises à un particularisme tant dans leur conception que leurs effets. Leur existence est dictée par le besoin de pallier une protection légale jugée inadaptée aux besoins spécifiques des contractants, afin de gérer ce « *futur passé contractuel* »¹⁷⁶¹. Mais, sur le plan de leur définition, il n'est pas certain qu'elles aient « *pour objet l'organisation des conséquences de la rupture de la relation contractuelle et pour effet la destruction progressive du contrat* »¹⁷⁶², comme d'aucuns ont pu l'affirmer.

En effet, les obligations postcontractuelles n'ont certainement pas pour effet la destruction progressive du contrat. Cette analyse est contradictoire avec le rôle et l'effet véritable des clauses postcontractuelles qui ont typiquement comme fonction de maintenir un souffle d'obligations qui n'auraient pas eu vocation à exister sans elles, précisément en résistant à l'extinction du rapport obligatoire. Ce rôle est d'autant plus avéré si le recours à la clause est justifié par l'insuffisante protection du régime légal¹⁷⁶³. Si une fonction doit donc leur être reconnue, elle ne se présente pas sous la forme d'une destruction progressive du contrat, mais bien comme la volonté de nourrir la subsistance et la vitalité d'une convention éteinte ; convention qui serait encore moins efficace si les clauses postcontractuelles n'étaient pas prévues. Les clauses postcontractuelles relativisent assurément l'extinction, comme en adoucissant la radicalité ordinairement prêtée à la fin d'une relation, de telle sorte que la liberté recouvrée connaît des degrés. Ainsi, elles font déborder le contrat dans un temps qui lui est naturellement extérieur. Il serait plus cohérent d'imaginer qu'elles atténuent la rudesse de l'extinction, puisque le contrat, même éteint, a légué à la postérité des obligations qui doivent encore être honorées. La contractualisation de l'après devient dès lors un outil qui favorise un entrelacement de la durée contractuelle avec le temps qui lui succède. Le contrat embrasse ce qui lui est postérieur et habituellement extérieur. Il s'enracine dans l'avenir où il ne sera pourtant plus. Les clauses postcontractuelles sont en ce sens les obligations de l'*en-dehors*, celles qui répondent à la question : comment se comporter quand le contrat s'éteint ? Même en-dehors de sa durée, la loi contractuelle peut aménager quelques cellules contractuelles. Si la chaîne temporelle du contrat est rompue, tel n'est pas le cas de la chaîne génétique des obligations qui survivent à l'extinction. La régulation des

¹⁷⁶¹ CASEAU-ROCHE C., th. préc., p. 497.

¹⁷⁶² CASEAU-ROCHE C., *ibid.*, p. 497. V. ég. ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, n° 2, p. 23.

¹⁷⁶³ « *Les obligations postcontractuelles d'origine conventionnelle sont des obligations accessoires interdépendantes de faire ou de ne pas faire, ayant pour objet, devant l'insuffisance de la protection légale, de modeler rationnellement les effets de l'extinctions des contrats de situation, en organisant et en gérant la liquidation du passé et l'aménagement de l'avenir* », in CASEAU-ROCHE C., *Les clauses postcontractuelles*, th. préc., p. 247-248.

comportements poursuit des objectifs qui se recoupent, partagée entre une fonction indemnitaire et comminatoire (exemple de la clause pénale), une fonction visant à alléger la durée et les coûts liés à un éventuel litige (exemple des clauses de règlement des différends), et une fonction de lutte contre l'opportunisme postcontractuel (exemple des clauses restrictives de la concurrence). Le critère de l'intérêt postcontractuel s'avère en ce sens fondamental dans l'identification d'une continuité entre temps contractuel et postcontractuel. **Comme encordés par cette continuité faite d'impératifs utilitaires, contrat et après-contrat se montrent à la fois dissociés et indissociables.** Cependant, l'unité structurelle entre contrat et obligations postcontractuelles est concurrencé par une individualité essentielle des stipulations postcontractuelles. La séparabilité des clauses, du fait de leur fonction spécifique, signe un indice fort d'autonomie.

§2) L'autonomie des clauses postcontractuelles

376.- **La relation entre le contrat et les clauses postcontractuelles.** Les clauses et le contrat présentent une unité de nature, autant qu'ils semblent inséparables au nom d'une union structurelle. En effet, « *en tant que partie d'un tout, la clause contractuelle est naturellement liée à sa source* »¹⁷⁶⁴, si bien qu'en apparence la clause est essentiellement conçue au travers du contrat qu'elle sert, à l'instar d'un organe et du corps auquel il appartient. Il semble dès lors difficile de surmonter le paradoxe qui contrarie la théorisation de l'après-contrat, lorsque ce dernier est constitué de clauses dites *postcontractuelles* mais qui n'en sont pas moins de nature contractuelle. Comparée à « *une entité dépendante de sa source* », qualifiée de support « *infracontractuel dont la somme constitue le contrat* »¹⁷⁶⁵, la notion de clause apparaît *a priori* incapable de survivre en-dehors de la convention qui crée et nourrit son existence, tant « *il est vrai, sans doute, qu'une obligation contractuelle est complètement configurée par le contrat qui l'a fait naître* »¹⁷⁶⁶. Elle a ainsi la réputation de ne pas disposer, lorsqu'elle est isolée de son contrat de tutelle, des « *qualités nécessaires à la vie juridique, car "si une clause a tout son sens en dehors d'une relation, ce n'est plus une clause, c'est un contrat"* »¹⁷⁶⁷¹⁷⁶⁸. Comment concevoir alors qu'une clause puisse être postcontractuelle sans être une simple expression d'un contrat qui, par le biais de cette stipulation dite *postcontractuelle*, reste bel et bien en cours

¹⁷⁶⁴ CHENU D., *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010 p. 14-15, n° 11.

¹⁷⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁶ ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999. 771.

¹⁷⁶⁷ ARBANT-MICHEL G., *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Montpellier I, 2001, p. 44.

¹⁷⁶⁸ CHENU D., th. préc., p. 14-15, n° 11.

d'exécution¹⁷⁶⁹ ? Car si le contrat est en cours, la clause ne peut par définition, être postcontractuelle. Il faut nécessairement admettre que si certaines clauses sont capables de se maintenir en vie en-dehors du contrat qui les a provoquées, sans former pour autant un contrat distinct du précédent, c'est qu'elles bénéficient parfois de plus d'indépendance qu'il n'y paraît. Sans doute, pour organiser l'après-contrat par le biais de stipulations, fallait-il recourir à un genre d'instrument apte à persister après la clôture du temps contractuel, et même davantage : capable de résister à un éventuel anéantissement rétroactif du contrat. Elles bénéficient donc d'une immunité face à l'extinction (**A. L'immunité des clauses face à l'extinction**), consacrée par le nouvel article 1230 du Code civil, ce qui pose la question de leur relation avec le contrat dont elles sont l'hôtes (**B. Les liens entre le contrat et ses clauses**), ainsi que la signification de l'autonomie dont elles font preuve (**C. La signification de l'autonomie**).

A- L'IMMUNITÉ DES CLAUSES FACE A L'EXTINCTION

377.- La survie des clauses. On a pu craindre un temps une « menace »¹⁷⁷⁰ des clauses d'après-contrat en cas d'exposition aux effets de la résolution pour inexécution. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a effectivement fait « trembler »¹⁷⁷¹ la doctrine, en « neutralisant »¹⁷⁷² l'efficacité de clauses relatives à la sortie de la convention par la résolution de cette dernière. Elle énonçait ainsi 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

¹⁷⁶⁹ Sur la thèse d'une extinction partielle, cf. *supra* n° 23, 131. Sur la portée de la nullité, cf. SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. WEILL A., Bibl. dr. priv., t. 101, LGDJ 1969 ; GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. ANCEL P., th. Saint-Etienne, PUAM, 1999, n° 614 ; PIEDELIEVRE A., « Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum proderit effectum" », in *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 638 et s. ; ROLAND H. et BOYER L., « Quod nullum est nullum proderit effectum », in *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, § 383, p. 758 et s. ; TEYSSIE B., *Les groupes de contrat*, préf. MOUSSERON J.-M., Bibl. dr. priv., t. 139, LGDJ, 1975, n° 323 ; SEUBE J.-B., *L'indivisibilité des actes juridiques*, préf. CABRILLAC M., t. 40, Litec, 1999 ; BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001 ; PELLE S., *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles contractuels*, th. Paris II, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 64, Dalloz, 2007 ; COTTET M., *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, n° 439 ; SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », JCP 1989, I, 3397 ; POUSSON A., « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », RRJ 1996, 697 ; FARJAT G., *L'ordre public économique*, th. préc., n° 469 et s. ; MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat (Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé)*, th. Paris I, préf. GHESTIN J., LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 411, 2004, n° 959 et s., 984 et s. ; SERINET Y.-M., « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles, Colloque de la Faculté de droit de l'Université de Rennes, le 30 septembre 2005*, dir. COLLART-DUTILLEUL Fr. et COULON C., *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Études juridiques, t. 28, Economica, 2007, p. 85 et s., spéc. n° 4 et s. ; COTTET M., *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, th. Paris-Sud, préf. ROCHFELD J., LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 544, 2013, n° 457 et s.

¹⁷⁷⁰ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », D. 2012, 1719.

¹⁷⁷¹ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., *ibidem*.

¹⁷⁷² ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., *ibidem*.

Monetic »¹⁷⁷³. Mais ce choix jurisprudentiel est dépassé¹⁷⁷⁴. Comme les rescapées d'un sauvetage de l'intention des parties, les clauses processuelles sont connues pour persister malgré la disparition rétroactive de l'acte. Malgré la dissipation de la norme contractuelle, une certaine pérennité trouve un passage au travers de l'extinction. « *Propre à attiser les passions* »¹⁷⁷⁵, cette capacité contribue à la spécificité bien connue de « *clauses spéciales* »¹⁷⁷⁶, à la réputation « *suspecte* »¹⁷⁷⁷, c'est-à-dire des clauses dites processuelles.

En effet, les clauses compromissoires¹⁷⁷⁸, ou encore attributives de compétence¹⁷⁷⁹, vont produire leurs effets pendant le contrat mais également après, qu'il s'agisse d'une extinction pour l'avenir ou rétroactive. La doctrine analyse ce mécanisme suivant une variété de fondements qui prive le principe d'une justification univoque : « *cette situation serait commandée par l'indépendance de l'objet de la clause ou la volonté des parties. Elle serait également imposée par sa finalité, qui réside dans la définition de la liberté postcontractuelle de l'un des partenaires. Plus généralement, la logique de ces clauses, leur utilité, leur particularisme ou leur nature sont également avancés pour expliquer leur maintien* »¹⁷⁸⁰. Or, l'effet de la résolution est de révoquer l'obligation et de liquider le bilan obligationnel, comme si « *les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* »¹⁷⁸¹. Les clauses processuelles sont à ce titre un instrument, offert par le contrat lui-même, pour procéder à cette liquidation. Ainsi, il convient d'observer que le contrat porte en lui les conditions de son autodestruction, que ces conditions ont donc vocation à s'appliquer en cas de disparition du contrat, qu'elles constituent même des « *clauses*

¹⁷⁷³ ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., *ibidem*.

¹⁷⁷⁴ Cf. *supra* et *infra* n° 23, 135, 378 et s.

¹⁷⁷⁵ JAROSSON Ch., JCP G 2001, I 333, p. 1317, au sujet de l'arbitrage présenté comme un domaine qui « *ne peut être entièrement dépassionné car il se situe sur un plan où les sentiments comptent autant et plus que les raisons* » et de la clause compromissoire elle-même qui cristallise les passions.

¹⁷⁷⁶ DE MONTEYNARD G., « Le libre choix du juge par les commerçants », in *Etudes diverses pour rapport annuel de la Cour de cassation pour 2001*, disponible sur <https://www.courdecassation.fr>.

¹⁷⁷⁷ CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », in JCP G, n° 48, 28 nov. 2016, doct. 1295. Adde JAROSSON Ch., « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », 1^{er} oct. 2016, Rev. Arb., p. 1007 et s.

¹⁷⁷⁸ Com. 9 avr. 2002, Bull. civ. IV, n° 69, p. 72, pourvoi n° 98-16.829 : « *la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention* ». Rappr. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, Bull. civ., II, n° 68, p. 57, pourvoi n° 00-18.009.

¹⁷⁷⁹ « *Une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte* », in Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, Bull. 2010, I, n° 131, pourvoi n° 07-17788, D. 2010, 1869, obs. DELPECH X.; *ibid* 2323, obs. D'AVOUT L. et BOLLE S.; RTD Civ. 2010, p. 780, obs. FAGES B.

¹⁷⁸⁰ COUSY H., THEVENOZ L., TILLEMANN B., VERBEKE A., *Droit des contrats : France, Belgique, op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁸¹ Cass., 4 avr. 1898, cité par CORENBLIT M., in *Critique des distinctions des contrats à exécution instantanée et à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184*, th. Grenoble, 1940, p. 130. Cf. *supra* n° 141, 147, 172, 183.

organisant l'anéantissement du contrat »¹⁷⁸². À l'image d'organes immunisés contre le mal qui touche le corps, elles ont vocation à s'appliquer postérieurement à la disparition de la convention principale. Leur chronicité leur assure une vitalité dans tous les possibles narratifs, y compris celui de l'anéantissement-sanction qui en devient un des cas d'application, puisque devenu objet même de la stipulation. Ainsi, la clause processuelle échappe au sort du contrat pour la raison suivante : le contrat qui en devient l'objet, même nul, ne peut plus lui échapper. Elle a en cela une spécificité classique.

378.- La spécificité classique des clauses processuelles. Il est clair que les clauses postcontractuelles sont définies par un objectif utilitariste¹⁷⁸³, leur attribuant essentiellement une fonction économique. L'utilité du recours aux clauses processuelles n'est plus à démontrer, en ce qu'elles permettent un « *gain de temps* »¹⁷⁸⁴ autant que l'exercice d'une liberté dans le choix du juge par les professionnels¹⁷⁸⁵ qui se voient offrir l'opportunité de prévoir, avant tout litige, quelle juridiction sera saisie en cas de différend. Elles participent incontestablement à « *une certaine prévisibilité et une sécurité* »¹⁷⁸⁶ parce qu'elles « *évitent ainsi aux parties de subir les aléas consécutifs à la détermination de la juridiction compétente* »¹⁷⁸⁷. Mais les stipulations chargées d'organiser la gestion du litige entre les parties ont l'image d'une chimère difficile à définir, « *aussi dangereuses qu'attrayantes* »¹⁷⁸⁸. Elles sont ainsi comparées au monde animal dans ce qu'il de plus passionnant¹⁷⁸⁹ et singulier, voire étrange¹⁷⁹⁰, comme « *des okapis juridiques : ils ressemblent aux contrats ordinaires comme les okapis ressemblent aux ânes et aux zèbres ; ils leur ressemblent, mais ils ne sont pas de la même classe* »¹⁷⁹¹. La spécificité

¹⁷⁸² Selon une formule de MESTRE J., cité in GAUTIER P.-Y., Rapport de synthèse, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997.

¹⁷⁸³ Cf. *supra* n° 366 et 367.

¹⁷⁸⁴ MAHINGA J.-G., « Les conditions d'opposabilité à un sous-acquéreur, dans l'ordre international, de la clause attributive de juridiction », note sous Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, Bull. 2013, I, n° 162, pourvoi n° 09-12.442, in LPA, 22 janv. 2014, n° 16, p. 9 : la clause attributive de juridiction convenue dans un contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut être opposée à un tiers sous-acquéreur, sauf si celui-ci a donné son consentement effectif à ladite clause.

¹⁷⁸⁵ DE MONTEYNARD G., *op. cit.*

¹⁷⁸⁶ MAHINGA J.-G., art. préc.

¹⁷⁸⁷ *Idem.*

¹⁷⁸⁸ DEUMIER P., « Clause attributive de juridiction : les spécificités du droit commun et du droit de l'Union européenne réunies par la spécificité d'une adhésion peu conventionnelle », note sous Civ. 1^{re}, 17 févr. 2010, Bull. civ. I, n° 38, pourvoi n° 08-12.749, in RDC 1^{er} janv. 2010, 3, p. 965.

¹⁷⁸⁹ CAYROL N., « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », RDC 1^{er} déc. 2014, 4, p. 704 : « *en réalité, ces contrats sont surtout passionnants d'un point de vue procédural, parce qu'ils éclairent d'une lumière neuve les piliers de la procédure* ».

¹⁷⁹⁰ Pour l'emploi de cet adjectif, v. THERY Ph., « Clause attributive de juridiction et chaîne de contrats dans l'Union européenne : l'étrange figure de la clause attributive de juridiction conclue à titre principal », in RTD Civ. 2014, p. 436 ; et CAYROL N., « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », art. préc.

¹⁷⁹¹ CAYROL N., « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », préc. : « *connaissez-vous l'okapi, cet animal rigolo, uni devant, rayé derrière, qui ressemble à un zèbre croisé avec une mule ?*

En fait, l'okapi n'a que peu de choses en commun avec les zèbres, les chevaux et les ânes. Les zoologistes sont formels : l'okapi n'est pas un équidé. Il appartient à la famille des girafidés : c'est un cousin de la girafe. D'où le balancement si étrange de sa démarche, « à l'amble » (c'est-à-dire que les deux pattes du même côté avancent en même temps : les deux pattes de gauche, puis les deux de droite). (...) Les contrats ou les conventions que l'on rencontre en procédure révèlent les exigences

des clauses processuelles est illustrée topiquement par le régime de la clause compromissoire, au travers notamment de son indépendance par rapport au contrat principal¹⁷⁹². Cependant, il faut convenir que dans un premier temps, « *ignorée par l'ancien Code de procédure civile, la clause compromissoire n'a pas été immédiatement perçue comme une convention d'arbitrage autonome* »¹⁷⁹³. Cette spécificité a été signée par l'arrêt Gosset¹⁷⁹⁴, lorsqu'en 1963 la première Chambre Civile a reconnu l'autonomie de la clause¹⁷⁹⁵. Si le fondement de cette autonomie n'avait pas été avancé, la jurisprudence a néanmoins étendu le phénomène à d'autres stipulations comme la clause d'attribution de compétence¹⁷⁹⁶. Depuis 2011, le Code de procédure civile consacre le principe en énonçant clairement que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* »¹⁷⁹⁷, laissant entendre que la stipulation est immunisée contre l'annulation rétroactive ou la caducité de la convention. Ce choix les dote d'une force redoutable : il leur offre une capacité de résistance à l'inefficacité du contrat lui-même.

379.- Un rôle à jouer dans l'extinction. Cependant, les clauses processuelles poursuivent un objectif qui n'est pas proprement celui du contrat ou des autres obligations qui en découlent, mais bien celle de la gestion du différend susceptible de naître entre les parties. Leur but apparaît ainsi comme complémentaire du traitement de l'inexécution et des effets liés à l'extinction-sanction¹⁷⁹⁸. En effet, le

propres de celle-ci, l'idée que s'en font les parties et qu'elles ont su exprimer par un accord de volonté, et la part plus ou moins importante de l'ordre public procédural. Voilà pourquoi ces contrats ou conventions forment une classe à part, distincte des contrats ou conventions ordinaires, comme les okapis se distinguent des zèbres ».

¹⁷⁹² « *The arbitration clause, which is **legally independent of the main contract**, is deemed to be assigned together with the latter irrespective of whether the assignment of the contractual right is itself valid or not* », in (Coll.), *French arbitration law and practice, A dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2009, p. 76, au sujet de Civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, Bull. 2002 I, n° 146 p. 112, pourvoi n° 00-12.144 99-10.741: en matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels.

¹⁷⁹³ JAROSSON Ch., art. préc. V. ég. du même auteur, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », 1^{er} oct. 2016, Rev. Arb., p. 1007 et s.

¹⁷⁹⁴ Arrêt Gosset, Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, Bull. civ. I, 1963, n° 246, (pas de numéro de pourvoi). Sur l'autonomie, ou « *sevrability* » en droit international, cf. DUQUENNE C., *L'autonomie de la clause compromissoire en droit international*, Faculty of Law, McGill University, th. Montréal, 2000, not. p. 5, et 7 et s.

¹⁷⁹⁵ V. aussi ANCEL J.-P., « La Cour de Cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drail*, Dalloz, 2000, p. 161 et s. ; FOUCHARD Ph., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux (Mélanges Ph. Kahn)*, Litec, 2000, p. 95 et s.

¹⁷⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. 2010, I, n° 161, pourvoi n° 07-17788 : une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte ; qu'ayant relevé que la convention de compte comportait une clause attributive de compétence.

¹⁷⁹⁷ Art. 1447 du CPC, modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011, art. 2.

¹⁷⁹⁸ Cf. *supra* n° 135 ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 670, p. 582 ; VIRASSIMY G., « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », JCP 1992, E, I. 137 ; DELEBECQUE Ph., « Les parties peuvent-elles renoncer aux conséquences de l'interdépendance reconnue entre deux contrats ? », D. 2000. 364 ; DEL SOL M., « Les conséquences de la résolution de la vente sur le contrat de crédit-bail », Rev. Jur. de l'Ouest, 1993, vol. 6, n° 1, pp. 1-28 ; COCHET F., « Incidences en matière de transactions immobilières », AJDI 2016. 324 ; Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° n° 87-17.044 ; D. 1991. 121, obs.

contrat éteint, rétroactivement ou non, n'est pas à l'abri de provoquer un différend entre les parties à cause des traces qu'il a laissé persister¹⁷⁹⁹, telles que les obligations de restitution, le préjudice résultant de la rupture, ou même l'exécution d'une clause postcontractuelle. Faire aboutir la procédure de liquidation de la relation contractuelle, c'est alors permettre l'extinction des différends nés des suites de l'extinction. Un différend constituant un obstacle vers l'établissement d'une situation juridique nouvelle, qui succéderait à l'extinction parfaite de la convention, il est alors nécessaire de favoriser la survie des clauses tendues vers cette finalité. C'est ainsi que les clauses processuelles s'avèrent naturellement attachées à la relation contractuelle de fait, c'est-à-dire celle maintenue en vie par le litige entre les parties à un contrat pourtant éteint ou disparu. Cependant, la spécificité classique des clauses processuelles a contaminé les clauses substantielles. Cette extension est due à l'*ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, qui est venue renforcer expressément le principe d'autonomie des clauses qui survivent à la disparition du contrat. Elle a ainsi modifié l'article 1230 du Code civil¹⁸⁰⁰, disposant désormais que « *la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* »^{1801 & 1802}. La clause de différend est la représentante d'un genre plus vaste de stipulations¹⁸⁰³, lesquelles sont précisément définies à partir de leur capacité de résistance à la résolution¹⁸⁰⁴; capacité justifiée par l'intérêt persistant

LARROUMET Ch., RTD civ. 1991. 360, obs. MESTRE J., Defrénois, 1991, art. 35102, p. 1025, obs. CARBONNIER J. ; RTD com. 1991. 440, obs. BOULOC B. ; JCP 1991. II. 21642, obs. LEGEAIS D. Rapp. Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, D. 2013. 1658, obs. DELPECH X., *ibid.* obs. MAZEAUD D. et p. 2487, obs. LARRIEU J., LE STANC Ch. et TREFIGNY P. ; *ibid.* 2014. 630, obs. AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. ; RTD civ. 2013. 597, obs. BARBIER H. ; RTD com. 2013. 569, obs. LEGEAIS D. ; JCP 2013. 673, obs. BUY F. ; *ibid.* E 2013, n° 1403, note MAINGUY D. *Adde* Civ. 1^{re}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-17.772, D. 2016. 566, obs. MEKKI M. ; AJCA 2015. 469 ; RTD civ. 2016. 111, obs. BARBIER H. ; RTD com. 2015. 723, obs. LEGEAIS D. ; Civ. 1^{re}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-13.658, D. 2015. 1837, obs. AVENA-ROBARDET V. ; AJCA 2015. 469, obs. MAZEAUD D. ; JCP E 2015. 1548, note LE GAC-PECH S.

¹⁷⁹⁹ Cf. *infra* n° 303, 434, 484, sur le contentieux de l'extinction : cf. Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2.

¹⁸⁰⁰ Cf. *supra* n° 23, 135 et s.

¹⁸⁰¹ Comp. VIRASSIMY G., « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », art. préc.

¹⁸⁰² Rapp. Art. 9 :305 (02) des Principes d'UNIDROIT : « *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* ».

¹⁸⁰³ Sur la clause pénale, cf. not. HUGON C., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP 1994. I. 3790 ; ALFANDARI E., « Le contrôle des clauses pénales par le juge », JCP 1971. I. 2395 ; BLAISE H., « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », Dr. soc. 1980. 365 ; BENET A., « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », JPC 1987. I. 3274 ; DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D., « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation et clauses pénales », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, Bruylant, LGDJ, p. 361 s. ; AUZERO G., « La distinction entre clause pénale et clause de garantie d'emploi », RDT 2008. 304 ; MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibl. dr. Priv., t. 223, préf. CHABAS F., 1992, n° 188.

¹⁸⁰⁴ Cf. déjà avant la réforme, LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, Préf. C. THIBIERGE, Bibl. de dr. privé, t. 447, LGDJ, Ed. 2005, p. 454-455 : « *La pérennité contractuelle est ainsi partiellement maintenue au regard de l'application de la clause pénale et de la clause compromissoire. La généralisation de cette règle à d'autres clauses semble possible dès lors que ces dernières relèvent expressément de la disparition du contrat. (...) Prendre en considération la clause*

de leur application dans l'après-contrat¹⁸⁰⁵. Le Rapport au Président de la République affirme cette action explicitement : « *l'article 1230 parachève le régime de la résolution en prévoyant expressément que survivent à la résolution les clauses de règlement des litiges et toutes clauses destinées à produire effet même après la disparition du contrat, telles que les clauses de confidentialité ou de non-concurrence. Cette disposition est directement inspirée de la pratique des affaires, et les PDEC et le code Gandolfi la prévoient également* »¹⁸⁰⁶. De plus, l'article 1147 du Code de procédure civile dispose que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* ». La jurisprudence et les réformes récentes du droit positif ont ainsi clairement installé les conditions d'une autonomie des clauses de l'après-contrat¹⁸⁰⁷, surmontant les divergences doctrinales¹⁸⁰⁸. C'est ce qui nous a conduit plus tôt à retenir la survie de principe des clauses postcontractuelles en cas d'inefficacité du contrat qui les supporte¹⁸⁰⁹. Ainsi, les clauses persistent en cas d'extinction pour l'avenir, et résistent à l'effet rétroactif de la résolution ou de la nullité. Entre persistance et résistance, les clauses postcontractuelles s'avèrent autant intriquées qu'imbriquées dans le contrat qui les prévoit, dans un rapport plus ou moins dépendant à l'acte principal.

B- LES LIENS ENTRE LE CONTRAT ET SES CLAUSES

pénale revient à ne plus nier l'existence passée de la pérennité contractuelle et permet également de faire vivre encore pour un temps la convention jusqu'à ce que toutes les modalités d'exécution de la clause soient remplies. ».

¹⁸⁰⁵ SERRA Y., obs. sous Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, préc., remarquant que les raisons ayant justifié l'insertion de la clause dans le contrat ne peuvent être effacées par la résolution. *Adde* ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, p. 127 ; BLANC-JOUVAN G., th. préc., p. 56 (soulignant l'enjeu stratégique du choix d'action par une partie, selon qu'elle souhaite conserver certains effets du contrat) ; LOISEAU G., « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 579.

¹⁸⁰⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sous-section 4.

¹⁸⁰⁷ Sur cette autonomie, cf. *supra* n° 135.

¹⁸⁰⁸ Sur un exposé de ces divergences, cf. ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, p. 127 ; (en faveur d'une survie de principe), CASEAU-ROCHE C., *Les obligations post-contractuelles*, th. Paris I, 2001, n° 247 et s., n° 280 et s. ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc. 2007, n° 769 et 774 ; (en faveur d'une survie à titre exceptionnel) BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat*, th. préc., p. 51 et s. Cf. ég. *supra* n° 135 et s., 365 et s.

¹⁸⁰⁹ Cf. *supra* n° 23, 135 et s. (pour rappel) : « *les stipulations postcontractuelles doivent obéir à un principe de survie, peu importe le mode d'extinction de la convention, parce qu'elles se démarquent justement des autres clauses, de par leur vocation identitaire à l'effectivité une fois l'acte éteint. Finalement, la nullité et la résolution, pas plus que les autres mécanismes susceptibles de remettre en cause le contrat rétroactivement, ne permettent d'exclure le développement de l'après-contrat. Il est même possible que l'après-contrat soit déjà ouvert au moment où la remise en cause du contrat apparaît* » ; « *la limite au principe, dans le sens où il peut sembler injuste d'imposer une restriction de la liberté postcontractuelle au contractant qui a été victime de l'inexécution. Ce serait permettre à la partie fautive de préserver un avantage dans la résolution, laquelle vient pourtant sanctionner le comportement de cette dernière. Ainsi, il est possible de relever que le juge peut tempérer le principe de survie de l'obligations lorsque celle-ci a été stipulé dans l'intérêt exclusif de la partie fautive* ». Cf. sur ce dernier point FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 664 et s. et MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n° 1833.

380.- Intrications et imbrications entre contrat et après-contrat. Le rapport entre le contrat et les clauses postcontractuelles est tissé d'ambivalence. De l'indépendance parfaite à la dépendance totale, plusieurs formes de liens existent entre contrat et après-contrat ; et les clauses destinées à gérer l'après-contrat ont conquis une indépendance de plus en plus grande¹⁸¹⁰. Alors que les effets de l'opération contractuelle ont vocation à durer, et que l'intégrité du bénéficiaire qui s'en dégage dépasse la durée de l'opération économique¹⁸¹¹, l'intérêt des parties est en sursis pendant l'exécution des obligations. Tel est le cas lorsque l'issue de l'exécution est porteuse d'un résultat attendu, comme dans la vente ou le louage d'ouvrage¹⁸¹², ou que le dénouement de la relation laisse place à un risque d'opportunisme postcontractuel, comme en témoigne les contrats basés sur l'échange d'informations confidentielles¹⁸¹³. Cet intérêt peut devenir prépondérant face au contrat qui le crée : le temps de l'après-contrat ne doit pas être une occasion de tirer profit de l'extinction de manière à nuire à l'ancien contractant¹⁸¹⁴. Lorsque les clauses du contrat nourrissent un après-contrat, les stipulations postcontractuelles s'imposent alors comme un instrument de contrainte qui maintient un rapport obligatoire nécessaire, en faisant valoir des obligations ultérieures afin de préserver ce qui s'est construit antérieurement. Les clauses postcontractuelles s'affirment donc comme l'écho d'un capital contractuel construit par l'exécution et qu'il convient de sauvegarder. Elles s'avèrent être à ce titre les obligations de l'*après*. C'est pourquoi il est possible d'observer que les temps contractuels et postcontractuels s'assemblent et se ressemblent. Ils se forment au travers d'intrications et d'imbrications : véritables « intrications »¹⁸¹⁵ entre le contrat et les clauses postcontractuelles substantielles ; simples « imbrications »¹⁸¹⁶ avec les clauses processuelles. La dialectique d'enchevêtrement se révèle alors, selon les cas, plus ou moins forte.

L'intrication suppose une intimité très forte entre obligations contractuelles et postcontractuelles, appelées à poursuivre un même but au sein d'une même œuvre. Tel est le cas des clauses de non-concurrence qui visent clairement la protection d'un intérêt postcontractuel absorbé par l'objet même de la convention¹⁸¹⁷. **L'imbrication** quant à elle suggère un assemblage du contrat avec des obligations auxiliaires dont la finalité est détachable de celle de la convention. C'est le cas pour les clauses

¹⁸¹⁰ Sur l'équilibre interne des clauses, v. *infra*, Titre I, Chapitre 1, Section 2 ; sur leur efficacité en considération d'un équilibre externe, v. *infra* Titre II, Chapitre 1.

¹⁸¹¹ Cf. spéc. *supra* Première partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

¹⁸¹² Cf. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 1.

¹⁸¹³ Cf. not. n° 5, 319, 323, 365, 369, 409, 415, 473, 478.

¹⁸¹⁴ Cf. not. *supra* n° 318 et s. (bonne foi postcontractuelle).

¹⁸¹⁵ Dictionnaire Ortolang, CNRTL, V° « Intrication » : « *État de choses étroitement emmêlées* ».

¹⁸¹⁶ *Ibidem*, V° « Imbrication » : « *Disposition particulière des choses qui se recouvrent partiellement les unes les autres* ».

¹⁸¹⁷ GOMY M., « L'autonomie de la clause de non-concurrence postcontractuelle en droit du travail », *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 199 ; CDC Yves Serra, « Concurrence interdite - Concurrence déloyale », D. 2015. 2526, qui formule l'idée selon laquelle la clause de non-concurrence est une convention accessoire au contrat pendant la durée de ce dernier et qui acquiert son autonomie au moment de l'extinction. Toutefois, cette approche ne permet pas d'expliquer la résistance de la clause, du fait que cette aptitude particulière devrait logiquement précéder l'extinction pour pouvoir y résister.

processuelles. Bien qu'imbriquée dans le contrat, une clause processuelle ne se mélange qu'imparfaitement avec le contrat qui l'a faite. Elle s'apparente à un contrat dans le contrat. Stipulations substantielles et processuelles ont certes une source commune, le contrat, mais, comme dotée d'une vie propre, une clause processuelle fait l'objet d'un *negotium* distinct du reste des obligations contractées. Alors que l'ensemble des obligations accaparent exclusivement le temps de l'exécution, si bien qu'elles souffrent inévitablement d'un caractère provisoire lié à la durée de la convention, la clause processuelle bénéficie d'une certaine permanence dans ses effets. En effet, répondant à des nécessités dictées par le temps de la procédure autour du contrat, sa durée n'est pas déterminée par celle du contrat, ce qui la dote d'une forme d'indépendance face à la convention qui en est le support. Mais il se peut qu'une dépendance existe là où on ne l'attend pas, une dépendance unilatérale : c'est le contrat lui-même qui, en quelque sorte, dépend des clauses postcontractuelles, susceptibles d'ouvrir une action contestant la validité de la convention, sans être réciproquement affectées¹⁸¹⁸. Se dégage ainsi une dialectique soulignant une double caractéristique de l'après-contrat qui s'organise comme un temps d'effets transitoires mais aussi d'effets permanents.

381.- Transition et permanence. Les clauses postcontractuelles sont le résultat d'une négociation contractuelle dont les effets peuvent s'exprimer en-dehors du temps contractuel. Elles ont le pouvoir de survivre à l'extinction afin de gérer les litiges susceptibles de survenir postérieurement à la fin de la relation *inter partes*. Un temps intermédiaire se dessine, situé entre la fin du contrat et la liquidation de certaines obligations trouvant leur nid dans l'après-contrat. Dès lors, l'après-contrat crée-t-il un ordre et une justice transitionnels ? Qu'elles aient pour objet la gestion du risque d'une perte économique postérieure, comme c'est le cas des clauses substantielles telles que celles restrictives de la concurrence, ou l'organisation de l'instance entre les parties, comme c'est le cas des clauses processuelles, les clauses postcontractuelles semblent bien *a fortiori* constituer un ordre juridique transitionnel. Mais la réponse ne peut être catégorique.

382.- Un besoin d'adaptation fonctionnelle. Pour leur part, les clauses substantielles appartiennent bel et bien à un ordre juridique transitionnel du fait qu'elles sont naturellement limitées dans le temps.

¹⁸¹⁸ COUSY H., THEVENOZ L., TILLEMANN B., VERBEKE A., *Droit des contrats : France, Belgique, op. cit.*, p. 144 : Ainsi, même en cas de résolution, il est possible de parler de période postcontractuelle, et l'analyse suivante permet de conforter cette idée : « lorsque le créancier sollicite du juge le prononcé de la résolution, il demande l'extinction de sa propre obligation en réponse à l'inexécution de son cocontractant. La force obligatoire subsiste. C'est même une condition nécessaire à l'exercice de l'action résolutoire. La résolution n'a donc pas pour finalité d'anéantir le contrat. Cette analyse apporte un éclairage nouveau sur les difficultés auxquelles se trouvait confrontée la doctrine. En effet, si l'on veut bien admettre la permanence du contrat, alors la persistance des obligations autres que celles qui constitueraient le rapport d'obligation ou la nature contractuelle de la responsabilité de l'auteur de l'inexécution s'imposent avec la force de l'évidence »

Elles se définissent donc nécessairement au travers d'une durée qui leur est propre et qui forme les contours de la période dédiées aux obligations postcontractuelles¹⁸¹⁹. La différence significative entre ces deux types de clauses se révèle ici : leur circonscription dans une durée. En effet, les clauses processuelles, quant à elles, correspondent mal *prima facie* à l'idée d'une transition. Elles ont un objet spécifique, la gestion du litige, qui les enchaîne à une certaine permanence dans leurs effets ; effets susceptibles de ne jamais être déployés en l'absence de litige. C'est ce qui vaut précisément de les voir résister au contrat rétroactivement anéanti : le besoin d'une couverture permanente de la gestion du contentieux qui peut naître au moment où on ne l'attend pas. Le temps de leur mise en œuvre est donc exclusivement dépendant de la survenance d'un contentieux entre les parties. Pour cette raison, il est difficile de les circonscrire elles-mêmes dans une durée déterminée, ou du moins de les enfermer dans une durée autre que celle de l'action. Elles connaissent ainsi une temporalité plastique qui leur permet de suivre le temps de la procédure, libérées du temps du contrat. C'est pourquoi elles ne sont pas tant caractérisées par le besoin d'assurer une transition entre temps contractuel et temps postcontractuel que par la nécessité de faciliter la procédure autour du contrat. Les conditions de cette procédure, dont les modalités sont issues de la volonté commune des contractants, forment donc un ordre juridique permanent, c'est-à-dire ayant vocation à s'appliquer tant qu'une action peut naître autour de la convention concernée. Néanmoins, lorsqu'elles sont mises en œuvre alors que le contrat est rétroactivement anéanti, elles permettent d'assurer, d'une certaine manière, la transition entre deux états de réalité, le temps de liquider les effets liés à la convention litigieuse et d'instaurer une situation nouvelle. En ce sens, la transition est assurée par des règles qui doivent leur maintien en vie à la survie d'une intention préalable et anticipatrice des situations contentieuses. Leur survie postérieure répond donc à un besoin d'adaptation fonctionnelle, en vertu d'un choix antérieur opéré par les parties elles-mêmes. Elles représentent ainsi l'aboutissement d'un projet essentiel et primitif : gérer les conflits. Le critère de la durée suffit-il à expliquer pourquoi, en cas d'annulation rétroactive du contrat, les clauses processuelles ont eu très tôt vocation à résister ? S'il y contribue, il ne permet pas de fonder une pleine explication.

En effet, il est intéressant de distinguer les clauses postcontractuelles substantielles de celles processuelles, en remarquant que les premières sont les stipulations *du contrat* tandis que les secondes sont des stipulations *sur le contrat*¹⁸²⁰. En somme, « *l'instrument idéal dans ces circonstances reste*

¹⁸¹⁹ Cf. *infra* n° 410 et s. (sur la durée des clauses postcontractuelles).

¹⁸²⁰ POUSSON A., « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », *RRJ*, 1996, n°3, p.712, où une distinction est opérée entre les *clauses du contrat* et les *clause sur le contrat* : « *si la clause considérée a pour cause la liaison contractuelle de base, toute autonomie doit lui être refusée, si en revanche, sa cause diffère de celle ayant servi de support à l'engagement primitif, la clause constitue une convention à part entière dont l'existence n'est pas troublée par la disparition du contrat auquel elle semble appartenir* ». Rappr. CASEAU-ROCHE C., th. préc., qui cherche à déterminer le fondement

L'utilisation des clauses autonomes, seules capables de résister à toute cause d'inefficacité du contrat. Une telle vigueur n'est pas étonnante lorsque l'on admet que la clause autonome est en réalité une convention dont l'objet est indifférent à la validité du contrat dans lequel elle s'insère »¹⁸²¹. C'est en ce sens qu'il convient d'affirmer que les clauses processuelles sont bien des clauses purement métacontractuelles. En effet, « alors que le contrat classique pouvait prétendre être plus que l'addition de ses clauses, symétriquement la clause peut aujourd'hui être plus qu'une division syntaxique du contrat »¹⁸²². Ce premier point permet d'identifier l'idée selon laquelle la disparition rétroactive du contrat n'emporte logiquement pas celle des clauses processuelles qui permettent d'émanciper le contrat de son image de « compilation »¹⁸²³ ou d'un « amas »¹⁸²⁴ de clauses. Peut-on opposer à cette idée que la disparition du contrat priverait d'objet les stipulations processuelles, si bien qu'il serait impossible d'anéantir le contrat lui-même sans que sa métastructure ne périclisse également ? La réponse est négative, si intervient le critère précité de la durée des clauses. On l'a vu, la métastructure contractuelle a une durée détachée de celle du contrat en tant qu'elle administre les droits péricontractuels. Du fait que cette mission exige d'envisager tous les scénarii contentieux possibles, annulation du contrat incluse, les droits péricontractuels résistent eux-mêmes aux conséquences de ces scénarii. Leur temporalité est donc nécessairement isolée, du fait qu'elle ne se réduit pas à la ligne historique du contrat tel que prévu, mais englobe la totalité de ses oscillations en fonction de sa ligne historique telle qu'elle pourrait être. Elles incluent nécessairement dans leur fonction d'anticipation les versions contingentes de la convention, autant qu'elles y incluent leur propre existence. En ce sens, clause processuelle et contrat obéissent à des causalités et des schémas temporels différents. C'est pourquoi la rétroactivité de l'extinction n'atteint que le temps contractuel, sans atteindre la temporalité de la clause processuelle bénéficiant d'une autonomie indispensable à sa fonction, « à l'accomplissement d'un but qui la dépasse au sein d'un ensemble contractuel construit autour du contrat

objectif de l'autonomie des obligations postcontractuelles, qu'elle identifie dans le rôle de la cause, en s'appuyant notamment sur les travaux de Alain Pousson. Elle évoque alors la cause comme organisatrice de la bonne exécution de l'après-contrat voulu par les parties. Elle se réfère cependant une observation de Pascal Ancel et Olivier Gout, (note sous arrêt Civ. 1^{ère}, 8 oct. 1998, Rev. Arb., A999, p. 359, n°11), qui tend à valoriser une combinaison du critère objectif (objet spécifique) et du critère subjectif (volonté des parties), afin d'éviter un « dépeçage du contrat ». Cf. ég. MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, CHABAS F., th. LGDJ, 1992, n° 183 et s., concernant l'effet de la nullité et le caractère accessoire de clause pénale, laquelle deviendrait sans cause en cas de disparition de l'acte.

¹⁸²¹ CHENU D., « *Les clauses contractuelles autonomes* », th. préc., p. 385-386, n° 476.

¹⁸²² FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD Civ. 1998, n° 16, p. 49.

¹⁸²³ ARBANT-MICHEL G., *La relation entre les clauses et le contrat*, th. préc., n° 1.

¹⁸²⁴ FRISON-ROCHE, art. préc.

principal ». L'après-contrat prend clairement une certaine distance avec son contrat d'origine, malgré l'intimité forte qui les tient proches l'un de l'autre. Il conquiert son autonomie¹⁸²⁵.

C- LA SIGNIFICATION DE L'AUTONOMIE

383.- L'autonomie subtile de l'après-contrat. Qu'est-ce que des clauses autonomes ? Les clauses postcontractuelles sont des clauses attachées au contrat, ce qui leur octroie une nature conventionnelle. Elles sont l'œuvre des parties et se traduisent par des stipulations supportées par l'acte. Leur particularisme tient au fait qu'elles ont vocation à s'appliquer dans un temps en-dehors du contrat. Elles obéissent donc à un rythme de vie différent puisque, si leur nature est contractuelle, leur mise en œuvre est pour sa part inscrite dans un temps extracontractuel. Leur mise en œuvre est effectivement postérieure au contrat, qu'il s'agisse d'une extinction pour l'avenir ou d'une extinction rétroactive. Pourquoi le sort de ces clauses est-il détaché du sort du contrat ? Pour répondre à cette question, ce qui permettra d'étendre le raisonnement à toute les clauses « *destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* »¹⁸²⁶, le recours à la notion d'autonomie est inévitable, d'autant que la jurisprudence a consacré explicitement un *principe d'autonomie attaché à la clause compromissaire*¹⁸²⁷. Les clauses autonomes sont remarquables du fait qu'elles ne peuvent être réduites à un accessoire du contrat principal¹⁸²⁸. En effet, « *si certaines clauses n'ont de raison d'être que par leur appartenance au contrat et à la cohérence résultant de l'unité ainsi formée, une particularité doit être reconnue aux clauses capables de survivre à la disparition du contrat* »¹⁸²⁹. Deux critères d'autonomie ont pu être proposés, théorisant ainsi la notion.

Le premier critère est subjectif et se définit positivement : l'existence d'un un accord volontaire spécifique. Cette condition est nécessaire à la « *séparabilité de la clause* »¹⁸³⁰.

Le second est objectif et se définit négativement : l'absence de validité présupposée du contrat principal¹⁸³¹. Pour être autonome, la clause doit connaître un objet dont la poursuite est compatible avec

¹⁸²⁵ Cf. ég. CASEAU-ROCHE C., th. préc., p. 499.

¹⁸²⁶ Selon la formule légale de l'art. 1230 du C. civ.

¹⁸²⁷ Civ. 2^e, 20 déc. 2001, Bull. civ. 2001 II, n° 198, p. 139, pourvoi n° 00-10.806, Rev. arb. 2002, p. 379, note COHEN D. ; DEGOS L., « La Cour de cassation consacre l'autonomie de la clause compromissaire en droit français de l'arbitrage interne », D. 2003. 1117 ; PANCRAZI M.-E., « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011. 469.

¹⁸²⁸ Cf. not. GOUBEAUXG., *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Bibl. de dr. privé, L.G.D.J., 1969, t. 93, préf. TALLON D., p. 201, n° 133. Gilles Goubeaux considère le principal-accessoire comme un ensemble global composant un contrat unique, le principal entraîne l'accessoire dans sa chute puisque privé de son objet, c'est-à-dire servir le principal. Dépourvu d'utilité, l'accessoire disparaît. V. ég. LEGIER G., *Causes d'extinction des obligations*, Juris-cl. Civil, art. 1234, fasc. 22, 1996, spéc. p. 3, n° 7, considérant que la nullité est une cause d'inexistence et non d'extinction du contrat, ce qui devrait avoir pour effet d'emporter l'inexistence de toutes les clauses. *Contra* : CASEAU-ROCHE C., th. préc., p. 205.

¹⁸²⁹ CHENU D., *Les clauses contractuelles autonomes*, th. préc., p. 387-388, n° 477.

¹⁸³⁰ CHENU D., th. préc., p. 387, n° 476.

¹⁸³¹ CHENU D., th. préc., p. 293.

un anéantissement du contrat qui la supporte. De la sorte, si une clause est reconnue comme autonome, cela signifie qu'elle a pour objet d'organiser et de gérer les rapports entre les contractants, peu importe que le contrat principal soit valable¹⁸³². L'exemple traditionnellement donné est celui de la clause de restitution, « *qui ne vaut que par son autonomie* »¹⁸³³, et qui trouve son utilité essentielle précisément en cas d'annulation du contrat qui la porte. Comme dans un mouvement de « *flux et reflux entre la clause et le contrat* »¹⁸³⁴, est mise en valeur la dialectique qui définit les rapports entre le contrat et l'après-contrat, cristallisant le temps en-dehors du contrat comme l'expression du contrat en-dehors de son temps. Le lien spécial qu'entretiennent les clauses postcontractuelles avec le contrat est tissé d'un mélange de dépendance et d'indépendance. Cette dichotomie n'a rien de surprenant lorsqu'elle est éclairée par le concept d'autonomie, lui-même construit autour de cette ambivalence. Pouvant aller jusqu'à élever de simples stipulations contractuelles au rang de contrat à part entière, « *l'autonomie des clauses désigne la qualité paradoxale de ces dernières à être dépendantes du contrat tout en pouvant exister hors de ses frontières (...). Seules les clauses transmissibles ou capables de produire leurs effets après l'extinction du contrat, au premier rang desquelles la clause compromissaire peut être citée, sont considérées comme autonomes* »¹⁸³⁵. Parce qu'elles sont susceptibles de constituer à elles seules des conventions distinctes de la convention principale, les clauses autonomes connaissent donc un régime de formation et d'annulation propre. Bien qu'« *elles restent toutefois matérialisées comme des clauses dans le contrat principal, auquel elles sont liées au sein d'un ensemble contractuel* »¹⁸³⁶, leurs conditions de validité ne sont pas celles du contrat principal. L'autonomie peut être vue au travers d'une approche dynamique de la clause contractuelle, celle qui reconnaît à la notion une « *individualité intellectuelle effective* »¹⁸³⁷, en partant du constat que la clause, certes incluse dans l'*instrumentum* du contrat, est avant tout un élément de son *negotium*. Il est ainsi déterminé que « *isoler une clause, c'est la distinguer des autres composantes du contrat, c'est rechercher son individualité intellectuelle parmi les différentes situations juridiques qui créent le contrat. C'est donc s'attacher aux prévisions des parties* »¹⁸³⁸. Une question peut alors se poser, à la lecture du nouvel article 1230 du Code civil : suffit-il pour les parties de stipuler la capacité de survie d'une clause pour rendre celle-ci autonome ?

¹⁸³² CHENU D., th. préc., p. 387, n° 476.

¹⁸³³ CHENU D., th. préc., p. 293.

¹⁸³⁴ CHENU D., th. préc., p. 387-388, n° 477.

¹⁸³⁵ GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., p. 405.

¹⁸³⁶ CHENU D., th. préc., p. 387, n° 476.

¹⁸³⁷ V. sur « *une individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit* », précisant que « *l'individualité intellectuelle n'est pas synonyme de volonté mais renvoie davantage à une fonction, un rôle propre à la clause* », in ARBANT-MICHEL G., *La relation entre les clauses et le contrat*, th. préc., n° 3 et 4, p. 2. V. ég. CHENU D., th. préc., p. 11.

¹⁸³⁸ CHENU D., th. préc., p. 11.

La réponse doit être positive, en raison de la liberté contractuelle dont disposent les parties, mais repose également sur la définition même de l'autonomie, laquelle suppose qu'en plus d'être désignée comme étant « destinée » à survivre, la clause ait une capacité réelle à la survie. Pour cela, doit lui être reconnu un objet propre qui lui procure une finalité susceptible d'être spécifiquement poursuivie en-dehors du contrat. C'est d'ailleurs ainsi qu'une distinction peut se dessiner entre les clauses substantielles et les clauses processuelles¹⁸³⁹, bien que cette distinction ne soit pas à l'abri d'une certaine incertitude¹⁸⁴⁰. Par exemple, la jurisprudence a pu rejeter l'autonomie des clauses limitatives de responsabilité en cas d'anéantissement rétroactif du contrat¹⁸⁴¹. Pourtant, comparables aux clauses pénales dans leur fonction d'encadrement de la responsabilité et des sanctions encourues en cas de faute de l'une des parties, ces stipulations ne connaissent pas le même sort que les clauses pénales bénéficiant pour leur part d'une aptitude à la survie¹⁸⁴². Cette discrimination réservée à la clause limitative est critiquable en soi, et mériterait d'être révisée de manière à faire entrer lesdites clauses dans le champ du nouvel article 1230 du Code civil. À défaut, les parties désireuse d'immuniser la prévision devraient avoir intérêt à convenir expressément de l'autonomie de la stipulation, justifiée par la finalité propre d'une clause dotée de sa propre « individualité », indice de son autonomie.

384.- D'une « individualité intellectuelle effective » à l'endocausalité des clauses autonomes. Il existe une rupture de la causalité linéaire qui fonde la relation entre les clauses et le contrat¹⁸⁴³. Les clauses postcontractuelles fondent alors leur propre causalité, ce qui crée leur autonomie. Il se pourrait bien que ces clauses forment un système à part, « un système qui se boucle en lui-même crée sa propre causalité, et par là sa propre autonomie. Comme l'avait dit de façon illuminante Claude Bernard au siècle dernier, “la constance du milieu intérieur est la condition de la vie autonome” »¹⁸⁴⁴. Edgard Morin développe avec précision la notion d'autonomie. L'idée capitale est qu'un système autonome est un système qui crée sa propre causalité. L'autonomie constitue une propriété permettant à une organisation de créer sa capacité d'autoproduction. Faire le lien avec les clauses autonome permet d'avancer que la production normative de la stipulation ne dépend alors plus des conditions qui lui sont extérieures et

¹⁸³⁹ Rappr. *supra* n° 369 et s.

¹⁸⁴⁰ AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., « Droit des contrats », D. 2013. 391 (pt 2-Résolution).

¹⁸⁴¹ Com. 5 oct. 2010, inédit, pourvoi n° 08-11.630, JCP G 2011, 63, obs. GROSSER P. ; RDC 2011, 2, p. 431, note GENICON Th., AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., « Droit des contrats », préc. Rappr. Civ. 3^e, 20 juin 2012, n° 11-16.197, inédit, AJDI 2012. 622

¹⁸⁴² Com. 22 mars 2011, Bull. Iv, n° 49, pourvoi n° 09-16.660, D. 2011. 2179, note HONTEBEYRIE A.; Rev. sociétés 2011. 626, note MOURY J., RTD civ. 2011. 345, obs. FAGES B. Cf. ég. sur la clause pénale, *supra* n° 73, 298, 374, et *infra* 412, 449, 476, 477 et s., 626 et s., 630.

¹⁸⁴³ Cf. *supra* n° 381.

¹⁸⁴⁴ MORIN E., *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Nouvelle série, vol. 71, Les sociologies (Juillet-Décembre 1981), p. 260.

pouvant varier. Si le contrat est vu comme un assemblage de stipulations formant un tout, les clauses processuelles se distinguent des autres en ce qu'elles sont capables de faire émerger, une fois insérée dans un contrat, une capacité à produire des effets même une fois isolées de l'ensemble conventionnel. C'est pourquoi il est possible de parler d'endocausalité des clauses autonomes, clauses qui excluent de leurs conditions d'existence le présupposé de l'existence d'un contrat principal. Les variations externes qui perturbent la convention ne les affectent ni dans le but qu'elles ne poursuivent ni dans le cours de leur existence. Ainsi, dans le contrat, « *non seulement le tout est plus que la somme des parties, mais aussi chaque partie est plus qu'un élément du tout* »¹⁸⁴⁵. **Leur particularisme tient donc bien au fait qu'elles connaissent à la fois une finalité interne qui permet leur survie, et une finalité externe qui surpasse celle du contrat. Les clauses postcontractuelles ont en ce sens des objectifs autonomes qui en font des normes adaptées à la survie postérieure à la disparition du contrat**¹⁸⁴⁶. Elles connaissent une **finalité immanente, intrinsèque, qui les soumet à un principe téléonomique**¹⁸⁴⁷ et leur offre une **capacité de résistance aux bouleversements pouvant perturber les conditions d'existence du contrat**. En d'autres termes, si les clauses processuelles étaient des êtres vivants, elles seraient dotées d'un remarquable instinct de survie motivé par l'accomplissement du but qu'elles poursuivent. Dans son organisation le contrat forme un objet logique, de sa cause à ses effets, il en est de même pour les clauses autonomes. Si les clauses processuelles trouvent leur origine dans le contrat, il n'en reste pas moins que leur finalité se situe en-dehors¹⁸⁴⁸. Il est alors possible d'envisager que le fondement permettant leur émancipation du contrat soit également extérieur au contrat.

385.- Un fondement extérieur au contrat. La finalité externe peut être l'indice du fondement juridique susceptible de soutenir l'autonomie des clauses. En l'occurrence, la résistance des clauses à l'effet extinctif est sous-tendue par l'idée que leur utilité persiste dans l'après-contrat. Cet élément doit être mis en perspective avec le fait que les parties, en ayant recours à l'aménagement de l'après-contrat, ont entendu baser leur relation sur la coopération et la sécurité¹⁸⁴⁹. Or, cet aspect relationnel de l'engagement transcende la seule existence de l'acte¹⁸⁵⁰. En effet, les clauses incarnent une intention

¹⁸⁴⁵ MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », art. préc.

¹⁸⁴⁶ Comp. L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947, p. 172. L'auteur propose d'envisager les droits subjectifs, ainsi que les rapports juridiques complexes (faisceaux de droits subjectifs) comme des êtres vivants, en ce qu'ils naissent et meurent, et en ce qu'ils sont susceptibles de modification quant à la durée de leur existence, leur objet, etc... (Nous relevons) Si le contrat est un faisceau de droits, alors les clauses postcontractuelles y sont incluses en tant qu'organismes compris dans ce faisceau. Générées par un premier droit formateur qui donne naissance à la convention, les clauses postcontractuelles ont néanmoins un métabolisme propre : leur vie, leur durée et leur mort ne sont pas affectées par les mêmes phénomènes que ceux susceptibles d'atteindre la vie du contrat.

¹⁸⁴⁷ Du grec *telos* (but), et *nomos* (loi).

¹⁸⁴⁸ Rappr. en ce sens de l'orientation du *statu postquam supra* n° 82 et s.

¹⁸⁴⁹ Cf. *supra* n° 356 et s.

¹⁸⁵⁰ Cf. *supra* n° 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367.

prolongée dans le temps, dont l'effet est d'offrir aux parties un cadre de collaboration qui ne suppose pas l'existence de liens contractuels. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà évalué le comportement de parties dont la relation évoluait au sein d'un complexe de contrats, mettant ainsi à leur charge une obligation de bonne foi même en l'absence de contrat en cours, se basant sur l'existence d'un « *flux d'affaires* »¹⁸⁵¹. D'ailleurs, les obligations qui survivent au contrat en l'absence de stipulations postcontractuelles reposent souvent sur une régulation justifiée par un besoin de sécurité juridique, des considérations d'équité et de règle générale de bon comportement¹⁸⁵². Lorsque cette observation rejoint celle selon laquelle les parties aux contrats anticipent l'après-contrat pour les mêmes raisons, adaptant ainsi le droit positif à leurs besoins spécifiques, les stipulations nées de cet acte de prévision sont une manifestation d'une régulation analogue à celle qui serait extracontractuelle. **Les clauses postcontractuelles seraient l'expression de devoirs généraux entrés dans le champ contractuel, lesquels sont nourris de l'obligation de bonne foi.** Les clauses restrictives en témoignent, fondée sur une exigence particulière de loyauté¹⁸⁵³. Le lien entre les clauses processuelles et l'obligation de bonne foi est plus subtile : c'est l'exécution de bonne foi de la convention processuelle qui commande que les parties s'y soumettent même en cas d'anéantissement du contrat ; au même titre qu'une clause de bonne foi mérite elle aussi une exécution de bonne foi¹⁸⁵⁴. **Ainsi, le devoir général de bonne foi est susceptible de jouer le rôle de source extracontractuelle de l'autonomie de clauses postcontractuelles, offrant une rampe de soutien aux obligations lorsqu'elles sont privées du support contractuel.**

¹⁸⁵¹ Rapport annuel pour 2008, p. 307 : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf. Rapp. *supra* n° 296.

¹⁸⁵² Cf. *supra* Titre II, spéc. Chapitre 2, Section 2.

¹⁸⁵³ Cf. *supra* et *infra* n° 5, 93, 199, 300 et s., 318 et s., 365, 370, 385, 395 et s., 409, 415, 432 et s., 449 et s.

¹⁸⁵⁴ MESTRE J. et RODA J., *op. cit.*, p. 137.

SECTION 2

L'ATTÉNUATION CONTROLÉE DES EFFETS DE L'EXTINCTION

386.- Un équilibre interne. En tant que débordement du rapport obligatoire dans un temps naturellement consacré à la délivrance des parties, l'obligation postcontractuelle peut aisément passer pour l'allégorie d'un bourreau de la liberté individuelle, autant qu'elle brouille les pistes entre la délimitation du temps de l'exécution et celui de l'après-extinction. Elle représente, dès le début de la relation, une ingérence du contrat dans l'après-contrat, au nom d'une prévision précoce des suites de l'extinction, ainsi qu'une atténuation relative des effets extinctifs. De la sorte, elle maintient ou instaure un rapport obligatoire dénaturé par l'incongruité du moment dans lequel il s'inscrit. C'est pour rendre tolérable cette atteinte à la liberté que le régime des obligations postcontractuelles s'avère strict. Les exigences liées aux conditions de validité des stipulations postcontractuelles répondent au besoin de limiter le débordement du contrat en-dehors du temps qui lui est normalement dédié. Une fonction propre appelle un régime propre. C'est aussi pourquoi les clauses postcontractuelles, marquées par une typicité attachée au but qu'elles poursuivent, doivent répondre à des critères méritant d'être distingués de ceux du contrat principal : est exigé un équilibre interne à la stipulation. S'affirme ainsi « *la singularité de leurs conditions d'existence et de validité* »¹⁸⁵⁵. Il convient de traiter, dans un premier temps, l'ensemble des critères conditionnant la validité des clauses postcontractuelles (**§1. La validité des clauses postcontractuelles**), à l'exception de leur durée qui, compte tenu du fait qu'elle constitue un indice fort de « *la mesure de l'après-contrat* »¹⁸⁵⁶, mérite d'être envisagée à elle seule. Nous nous intéresserons alors, dans un second temps, à la durée des clauses postcontractuelles (**§2. La durée des obligations postcontractuelles**).

§1) La validité des clauses postcontractuelles

387.- La première égalité, c'est la liberté¹⁸⁵⁷. Partant d'un prérequis qui s'appuie directement sur un principe élémentaire de justice contractuelle, si ce n'est d'évidence, la jurisprudence ainsi que la doctrine ont dû montrer que « *l'après-contrat ne se détermine pas unilatéralement, une fois le contrat éteint...* »¹⁸⁵⁸. Digne successeur de la convention passée, l'après-contrat, lorsqu'il doit prendre forme par

¹⁸⁵⁵ GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., n° 1, p. 1.

¹⁸⁵⁶ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., et GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁵⁷ Inspiré de Victor Hugo : « *La première égalité, c'est l'équité* », in *Les Misérables*, Laffont, 2001, p. 665. Cf. ég. du même auteur, « Liberté », in *La légende des siècles*.

¹⁸⁵⁸ MESTRE J. et FAGES B., « La potestativité est parfois prohibée », RTD civ. 2002. 511, note sous Civ. 3^e, 13 mars 2002, Bull. civ. 2002, III, n° 61 p. 52, pourvoi n° 99-14.152, au sujet d'une clause potestative donnant au preneur d'un bail commercial le pouvoir unilatéral de décider de la durée du contrat ; et Soc. 12 févr. 2002, Bull. civ. V, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, où un employeur s'est réservé le pouvoir d'imposer, à son bon vouloir, une obligation de non-concurrence postcontractuelle.

une œuvre d'anticipation des parties, s'enracine nécessairement dans le terreau de la volonté. Même les clauses postcontractuelles trouvent leur souffle de vie dans l'exercice de la liberté contractuelle. Cependant il apparaîtrait inéquitable de donner « *encore à l'une des parties, une fois le contrat terminé, le droit d'imposer des obligations à une personne qui n'a plus de lien contractuel* » avec elle¹⁸⁵⁹. La gestion de l'après est donc une discipline redevable du consensualisme¹⁸⁶⁰. C'est pourquoi la validité des obligations postcontractuelles repose naturellement sur un critère fondamental, celui du consentement¹⁸⁶¹. En tant que prévisions de nature contractuelle, elles sont d'ailleurs soumises aux règles imposées par le nouvel article 1128 du Code civil¹⁸⁶². De plus, les parties ne peuvent porter atteinte à l'ordre public, ni convenir de clauses portant sur des droits dont elles n'ont pas la libre disposition¹⁸⁶³. L'exemple est donné en matière de propriété industrielle, dans laquelle la procédure a une fonction primordiale de lutte contre la contrefaçon¹⁸⁶⁴. Elle s'articule autour de deux formes : la procédure relative à la délivrance et la procédure post-délivrance. Or le contentieux de la validité des titres n'est pas arbitral, en ce qu'il appartient à l'ordre public régulateur de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁸⁶⁵.

Donnant tout son sens à l'adage selon lequel *verba volant, scripta manent*, l'importance de l'écrit est révélatrice du besoin de sécurité sur ce type d'obligations qui, pour être valable, doivent être écrites. Ce point est exprimé par la Commission européenne au sujet des clauses en matière de droit de la

¹⁸⁵⁹ MESTRE J. et FAGES B., « La potestativité est parfois prohibée », art. préc.

¹⁸⁶⁰ Cf. STRICKLER Y., J.-Cl. Code civil, Art. 2059 à 2061, Fasc. 20, « Arbitrage », n° 31-34.

¹⁸⁶¹ Les juges doivent parfois apprécier le consentement *in concreto*, v. Com. 24 avr. 1990, inédit, pourvoi n° 88-18.308 : « *la cour d'appel a relevé que la clause d'attribution de compétence figurant dans les documents contractuels était imprimée en "caractères suffisamment apparents" pour que l'attention de l'intéressé soit "particulièrement attirée sur cette disposition", de sorte que son contenu ne pouvait "lui échapper"* ». Par ailleurs, vu l'article 1448 du CPC, la stipulation contenue dans un accord non signé par les parties n'est pas manifestement inapplicable, selon Civ. 1^{ère}, 21 sept. 2016, inédit, pourvoi n° 15-28.941, *Soc. BK Medical APS c/ M. Didier X.*, obs. LOQUIN E., RTD com. 2016. 705 : « *en statuant ainsi par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord et en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹⁸⁶² « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ». *Adde* art. 901 et s. du C. civ.

¹⁸⁶³ Cf. Art. 6 et art. 2059 du C. civ.

¹⁸⁶⁴ Cf. Directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, transposée en droit français par : *Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon* ; et *Décret n° 2008-624 du 27 juin 2008 pris pour l'application de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon et portant modification du code de la propriété intellectuelle*

¹⁸⁶⁵ Cf. GALLOUX J.-Ch., « La procédure dans les droits de propriété intellectuelle », *RIDE*, 2015/4, t. 29, p. 469 : « *le contentieux de la validité de ces titres n'est pas en principe arbitral. Cela résulte du fait que la nullité ou la validité de ces titres étend ou restreint le domaine public et met en cause la liberté du commerce et de l'industrie. Il paraît dès lors exclu de saisir les arbitres à titre principal d'une action en nullité d'un brevet, d'une marque ou d'un modèle ou d'une action en déchéance* ». Toutefois, les différends portant sur la responsabilité des parties entrent dans le champ de l'arbitrage. *Adde* OPPETIT B., « L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », *Rev. arb.*, 1979.83.

concurrence¹⁸⁶⁶. Les parties doivent ainsi se mettre d'accord, en amont du contrat, sur les conditions d'extension d'un rapport obligatoire dans le temps qui succèdera à leur séparation. Mais le contenu de cet accord spécifique doit être équilibré : l'atteinte à la liberté postcontractuelle ne peut être disproportionnée¹⁸⁶⁷. La proportion devra donc s'apprécier selon la nécessité de la clause, de son étendue, mais aussi la prise en compte de la situation des parties. En dépendra la validité de la clause et donc son applicabilité. Il convient d'envisager d'une part les clauses processuelles, en plein essor (**A. L'essor grandissant des clauses processuelles**), et, d'autre part, les clauses substantielles, au travers de la clause de non-concurrence (**B. Les clauses substantielles, le cas de la clause de non-concurrence**).

A- L'ESSOR GRANDISSANT DES CLAUSES PROCESSUELLES

388.- Le particularisme des clauses processuelles. La place des clauses processuelles est de plus en plus valorisée. Alors qu'une certaine méfiance a accompagné un temps leur traitement par le juge¹⁸⁶⁸, elles connaissent un essor considérable par la une véritable reconnaissance de leur utilité dans l'ordre juridique. Elles incarnent une forme de modernité dans le traitement du contentieux, incarnant une justice « contractualisée », répondant réciproquement à une conception du contrat « relationnalisé ». Le contrat engage ainsi les parties dans un engagement allant au-delà de la seule exécution de la prestation caractéristique. Il est institutionnalisé de sorte qu'il organise et offre un cadre d'évolution à la relation humaine des parties. Les clauses de gestion du différend apparaissent comme un premier pas de résolution amiable du litige potentiel : les parties ont été capable de s'entendre sur la façon dont elle souhaite résoudre leur éventuel différend. Le particularisme de ces stipulations s'est démarqué par leur autonomie. En effet, elles sont capables de résister à l'effet extinctif, y compris le plus redoutable qu'est celui de l'anéantissement rétroactif du contrat. Elles ont donc une place de choix dans l'après-contrat, étant destinées naturellement à la survie¹⁸⁶⁹. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue qu'elles obéissent à des règles de droit commun, imposant que leur validité soit soumise au consentement des parties (**a. Le consentement à la clause**), même si une nette tendance à la libéralisation (**b. Une tendance à la libéralisation**) est observable dans leur traitement par le droit objectif. Se poseront néanmoins certaines

¹⁸⁶⁶ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013, n° 5.2, p. 21, URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=FR>

¹⁸⁶⁷ Sur une allusion claire à cette atteinte, v. par exemple : Com. 15 mars 2011, Bull. civ. IV n° 39, pourvoi n° 10-13.824 : « attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient que la clause de non-concurrence est justifiée par un motif légitime, qu'elle est proportionnée et n'apporte pas une restriction trop importante à la liberté du travail ».

¹⁸⁶⁸ Cf. *infra* n° 393.

¹⁸⁶⁹ Rapp. *supra* n° 135, 377 et s.

difficultés dans la délimitation de leur champ d'application, invitant à s'intéresser au domaine d'applicabilité de la clause (*c. Le domaine d'applicabilité de la clause*).

a) Le consentement à la clause

389.- Validité et licéité la clause compromissoire. « *Même si l'on s'en tient aux trois derniers siècles, l'histoire de la clause compromissoire apparaît comme un chemin parsemé d'embûches et de longs tunnels obscurs* »¹⁸⁷⁰. Depuis la rédaction des articles 1442 à 1507 du Nouveau Code de procédure civile, la France s'est montrée actrice d'un droit arbitral considéré à la fois comme « *l'un des plus complets et performants* »¹⁸⁷¹ et « *bancal* »¹⁸⁷². Bancal, du fait de la prohibition de principe du recours aux clauses compromissoires prévue alors par le Code civil. Le texte concerné, l'article 2061, a fait l'objet de plusieurs réécritures jusqu'à la dernière intervenue en 2016¹⁸⁷³. Il est désormais ainsi rédigé : « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Lorsque cette nouvelle version est mise en regard avec sa version initiale de 1972, qui énonçait que *la clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi*, le chemin parcouru saute aux yeux. L'ouvrage jurisprudentiel et doctrinal a largement contribué à la métamorphose de cette disposition, opérant progressivement une révolution de paradigme en la matière, mais également dans la conception de la Justice elle-même. Déjà en 2001 le législateur était intervenu pour en prendre acte, renversant le principe de prohibition, instituant ainsi la validité primordiale de la clause d'arbitrage dans le domaine professionnel¹⁸⁷⁴. Ce renouveau¹⁸⁷⁵ de la clause se poursuit, puisque dans son action la plus récente, le législateur a provoqué une profonde émancipation

¹⁸⁷⁰ JAROSSON Ch., « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », préc.

¹⁸⁷¹ JAROSSON Ch., *ibidem*.

¹⁸⁷² JAROSSON Ch., *ibidem*. Adde LOQUIN E., J.-Cl. Procédure civil, Synthèse 300: Arbitrage en droit interne, notion, conventions d'arbitrage, compétence, 26 juin 2017 ; du même auteur, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1020 : Compromis et clause compromissoire, 14 mars 2017, spéc. n° 4.

¹⁸⁷³ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle - art. 11.

¹⁸⁷⁴ Art. 126 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles régulations économiques, prévoyant que : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

¹⁸⁷⁵ Cf. JAROSSON Ch., art. préc.

de la clause en permettant son usage en-dehors du seul droit des affaires¹⁸⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que, certes licite, « *l'institution d'un juge privé ne peut être que le fruit de la volonté des parties* »¹⁸⁷⁷.

En tant qu'expression d'une volonté commune, manifestant l'intention de déroger ou d'aménager les règles de procédure dans l'éventualité d'un litige, la validité de la clause passe nécessairement par le consentement des parties. Le moment du consentement à la stipulation est également associé, généralement, à celui du consentement à l'acte principal¹⁸⁷⁸. Mais les parties peuvent recourir à un aménagement après la naissance du contrat¹⁸⁷⁹, au travers, par exemple, d'un avenant ou d'un compromis¹⁸⁸⁰. Autrement, la clause peut aussi être insérée dans le contrat sous la forme d'une obligation optionnelle bilatérale ou unilatérale. Elle se présente alors sous le jour d'une prérogative contractuelle posant la question de ses effets sur l'équilibre des droits entre les parties.

390.- Prérogative bilatérale. La clause peut offrir une option à chacune des parties. Il s'agit alors d'une clause optionnelle bilatérale. Sa validité est reconnue du fait d'un droit d'option partagé, respectant ainsi l'égalité entre les contractants¹⁸⁸¹. Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 1442 du Code de procédure civile énonce que « *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 contrat* ». Le ton de cette disposition légale donne à croire que pour exister, la clause d'arbitrage doit revêtir un caractère obligatoire. De la sorte, une stipulation présentée sous la forme d'une option laissée aux parties ne semble pas satisfaire les exigences de sa propre définition¹⁸⁸². Une option partagée

¹⁸⁷⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

¹⁸⁷⁷ TESTU F. X., « Compétence juridictionnelle et contrats de droit interne », in *Dalloz Référence Contrats d'affaires*, n° 131.14.

¹⁸⁷⁸ L'art. 1443 du CPC prévoit que la clause compromissoire, comme le compromis, doivent, à peine de nullité être contenu dans un acte écrit.

¹⁸⁷⁹ Civ. 2^e, 28 sept. 2000, inédit, pourvoi n° 97-21.350, au sujet d'une clause contenue dans « *le protocole s'insérant dans le cadre des dissensions déjà intervenues entre les associés* ». Com. 30 janv. 1990, Bull. 1990, IV, n° 26, p. 17, pourvoi n° 88-10.466 : Un acheteur est fondé à se prévaloir d'une clause attributive de compétence insérée dans ses conditions générales d'achat. En l'espèce, l'acheteur avait fait parvenir au vendeur un document confirmant une commande, document spécifiant en première page que la commande était passée " aux conditions générales annexées ci-après ", lesquelles comportaient une clause attributive de compétence. Le vendeur ayant renvoyé ledit document à son cocontractant avec, en première page, la mention signée qu'il l'acceptait sans réserve, ce dont il résulte que la clause litigieuse figurait dans l'engagement du vendeur et que celui-ci avait expressément consenti à cette stipulation, peu important, dès lors, que cet accord fût postérieur à l'exécution partielle du contrat.

¹⁸⁸⁰ Le compromis ne se formant pour sa part postérieurement à la naissance du litige. Cf. art. 1142 du CPC.

¹⁸⁸¹ Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, Bull. 2013, I, n° 121, pourvoi n° 12-22.656, *Soc. Thermodyn c/ Soc. M-Real Alizay et autre*, obs. LOQUIN E., « La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelles bilatérales », RTD com. 2013. 478.

¹⁸⁸² Comp. Paris, P. 1, ch. 1, 14 oct. 2014, n° 14/12478, *Mount Gay Distilleries et Rémy Cointreau c/ Somaf et Sodimar*, Gaz. Pal. 21-24 nov. 2014, obs. Bensaude : aucun accord de volontés ne peut être déduit d'une clause qui prévoit simultanément l'arbitrage et la compétence judiciaire pour les mêmes litiges (CA). Toutefois, la qualification d'arbitrage bénéficie d'une certaine faveur en cas de doute : « *la clause compromissoire équivoque doit être interprétée en considérant que si les parties n'avaient pas voulu soumettre leur différend à l'arbitrage, elles se seraient bornées à passer sous silence la possibilité de recours aux arbitres* » (TGI Paris, 1^{er} févr. 1979, Rev. arb. 1980, p. 97, note FOUCHARD). Le pouvoir d'interprétation

de recourir à l'arbitrage ne constitue pas *per se* une clause compromissoire. Mais, en outre, elle peut être optionnelle en instituant une prérogative unilatérale pour une partie. Sa validité peut alors en être heurtée.

391.- Prérogative unilatérale. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a eu l'opportunité d'encadrer le recours aux stipulations bénéficiant uniquement à l'une des parties, par une application très rigoureuse de la Convention de Bruxelles de 1968, dans son article 17, alinéa 3, prévoyant que « *si une convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention* ». La Cour avait alors souligné un ancrage profond de l'alinéa 3 dans l'esprit du texte qui le comporte, à savoir un attachement au principe d'autonomie de la volonté, à l'aune duquel il convient d'interpréter l'intention commune des parties au moment de la formation de l'acte¹⁸⁸³. Elle exigeait ainsi que soit identifiable, au sein même des termes de la stipulation, par le faisceau d'indices contractuels ou par les circonstances péricontractuelles, une volonté commune et claire d'avantager l'une des parties au contrat. Mais les dispositions de 1968 n'ont guère été reprises par les règlements ultérieurs, si bien que la liberté théorique de recourir à une clause unilatérale se montre désormais plus timide. Lorsque la clause est optionnelle, livrée à la seule appréciation de l'un des contractants, la formation de l'obligation se fait dans la durée, sous la forme d'une promesse unilatérale¹⁸⁸⁴. Libre au bénéficiaire de la clause promise de lever l'option ou non. Toutefois, lorsque la stipulation est abandonnée à la toute-puissance d'une seule partie, elle est alors caractéristique d'une forte potestativité, se présentant comme « *une clause de pouvoir* »¹⁸⁸⁵. Bien que source d'incertitude pour le cocontractant quant au traitement potentiel du contentieux, cette pratique est admise en droit de l'arbitrage¹⁸⁸⁶. Ont même été tolérées des clauses optionnelles unilatérales alternatives, c'est-à-dire permettant à une partie de choisir entre le recours à une juridiction étatique et une juridiction arbitrale¹⁸⁸⁷. Mais, concernant les clauses attributives de

reconnu au juge est donc d'importance : le juge peut rechercher la volonté des parties et si celle-ci démontre la volonté commune de soumettre la relation contractuelle à l'arbitrage, la stipulation déploie son plein effet.

¹⁸⁸³ CJCE, 24 juin 1986, aff. 22/85, *Anterist*.

¹⁸⁸⁴ PIGNARRE L.-F., « Convention d'arbitrage », *Rép. Civ. Dalloz*, déc. 2013, n° 40.

¹⁸⁸⁵ MESTRE J., FAGES B., « La potestativité est parfois prohibée », préc., note sous Civ. 3^e, 13 mars 2002, *Bulle. 2002 III N° 61* p. 52, pourvoi n° 99-14.152, au sujet d'une clause potestative donnant au preneur d'un bail commercial le pouvoir unilatéral de décider de la durée du contrat ; et Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, où un employeur s'est réservé le pouvoir d'imposer, à son bon vouloir, une obligation de non-concurrence postcontractuelle.

¹⁸⁸⁶ PIGNARRE L.-F., « Convention d'arbitrage », *rép. préc.*, n° 40.

¹⁸⁸⁷ Angers, 25 sept. 1972, *Rev. arb.* 1973. 164, note RUBELLIN-DEVICHI J. ; Civ. 1^{ère}, 15 mai 1974, *Bull. civ. I*, n° 122, pourvoi n° 72-14.706.

juridiction¹⁸⁸⁸, le caractère potestatif de l'option, constitutif d'un « *grief de déséquilibre* »¹⁸⁸⁹, a pu provoquer une défiance des juges qui ont « *sonné l'alerte* »¹⁸⁹⁰ dans leur traque aux clauses abusives¹⁸⁹¹, valant à ce type de techniques d'être désignées comme « *des stipulations bien dérangeantes* »¹⁸⁹². Courantes dans la pratique du commerce international¹⁸⁹³, elles forment un contentieux connu, bien que « *clairsemé* »¹⁸⁹⁴, notamment en droit international bancaire. Les établissements bancaires imposent régulièrement à leur partenaire, dans leurs conditions générales, la saisine de la juridiction prévue au contrat, tout en s'octroyant pour leur part la possibilité de saisir toute autre juridiction de leur choix¹⁸⁹⁵. C'est à cette occasion que la Cour de cassation a condamné l'usage de la clause attributive de compétence optionnelle dissymétrique, en raison de sa nature purement potestative, en la sanctionnant de nullité¹⁸⁹⁶, modérant de la sorte une tendance à la libéralisation dans ce domaine¹⁸⁹⁷.

b) Une tendance à la libéralisation

392.- Une politique juridique libérale. Quel sens donner à la différence de traitement entre la clause compromissoire et la clause attributive de compétence ? Peut-être l'action jurisprudentielle est-elle plus libérale pour l'arbitrage, visant à contrecarrer le constat selon lequel « *les manœuvres dilatoires des parties pour éviter une procédure arbitrale à laquelle elles avaient pourtant consenti se sont diversifiées durant ces décennies* »¹⁸⁹⁸. Toutefois, rien ne permet véritablement de le confirmer, du moins pas plus qu'au sujet des clauses attributives de compétence susceptibles, elles aussi, de susciter

¹⁸⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rothschild*, Bull. Civ. 2012, I, n° 176, pourvoi n° 11-26.022, RTD Civ. 2013. 383, note DELEBECQUE Ph.; D. 2013. Pan. 2293, obs. D'AVOUT L. ; Rev. crit. DIP 2013. 256, note BUREAU D.

¹⁸⁸⁹ BARBIER H., « Grief de déséquilibre encore, à l'encontre d'une clause attributive de juridiction », RTD civ. 2015. 607, note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, pourvoi n° 13-27.264.

¹⁸⁹⁰ BARBIER H., « Les nouveaux ressorts normatifs de l'exigence de détermination du contenu contractuel », RTD civ. 2016. 98.

¹⁸⁹¹ Art. R. 212-2-10 (modifié par le décret n° 2016-884) du C. de la consom. intègre la clause compromissoire dans liste des grise des clauses suspectes.

¹⁸⁹² DELEBECQUE Ph., RTD Civ. 2013. 383, note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-26.022.

¹⁸⁹³ V. Paris, 5 juill. 1989 : JDI 1990, p. 151, note HUET A. : la clause d'*electio fori* potestative aboutit à « *donner à une des parties un choix sans limite de la juridiction compétente et à permettre ainsi toute fraude destinée à faire obstacle ou à entraver la mise en œuvre d'une bonne administration de la justice* ».

¹⁸⁹⁴ RACINE J.-B., « Le caractère potestatif d'une clause attributive de juridiction internationale conduit à son inefficacité », *in* RDC 1^{er} avr. 2013, 2, p. 661.

¹⁸⁹⁵ Cf. USUNIER L., « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques » RTD civ. 2015. 844, note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 13-27.264 et Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-16.898.

¹⁸⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rothschild*, préc. : nullité de la clause fondée sur le caractère potestatif – fondement critiqué par la doctrine. Comp. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 13-27.264 : nullité fondée sur le déséquilibre causé par la clause litigieuse – fondement plus « *en vogue* » selon BARBIER H., préc. *Contra* RACINE J.-B., « Le caractère potestatif d'une clause attributive de juridiction internationale conduit à son inefficacité », préc.

¹⁸⁹⁷ V. RACINE J.-B., art. préc. ;

¹⁸⁹⁸ BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe compétence-compétence*, th. Nice, 2011, n° 22, p. 35.

chez le défendeur la tentation d'y échapper¹⁸⁹⁹. Alors faut-il voir dans la souplesse qui profite à la stipulation compromissoire un « effet de mode »¹⁹⁰⁰, une puissante volonté politique de promouvoir l'arbitrage ? Politique, reposant peut-être sur une « vision idéalisée de règlement des différends »¹⁹⁰¹, signée par le nouvel article 2061 du Code civil issu de l'« ambitieuse »¹⁹⁰² loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Y est effectivement consacré « l'arbitrage pour tous »¹⁹⁰³ qui a pu être interprété comme « le triomphe du service privé de la justice »¹⁹⁰⁴, avec l'objectif « d'assurer le développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD) au sens le plus large du terme »¹⁹⁰⁵. L'objectif affiché de la réforme a effectivement été de « favoriser les modes alternatifs de règlement des différends »¹⁹⁰⁶, dans un mouvement de réformation tant de la société que de l'administration de la justice¹⁹⁰⁷, visant notamment à « donner les moyens aux citoyens d'être plus actifs dans la résolution de leurs conflits »¹⁹⁰⁸. Les objectifs d'une déjudiciarisation passent en ce sens par davantage de « contractualisation »¹⁹⁰⁹ du contentieux dont la tendance était déjà observable¹⁹¹⁰, notamment avec le développement de la médiation familiale¹⁹¹¹. Ce boom d'une conception plus

¹⁸⁹⁹ Paris, 5 juill. 1989, préc. V. FRICERO N., « Panorama », Pr. Civ., D. 2016. 422, n° 5 : « Il est regrettable de constater que le contentieux que les parties souhaitaient éviter se retrouve dans le cadre de la mise en œuvre de la clause ! ».

¹⁹⁰⁰ STRICKLER Y., préc., n° 4.

¹⁹⁰¹ STRICKLER Y., préc.

¹⁹⁰² CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 48, 28 nov. 2016, doct. 1295.

¹⁹⁰³ GUYADER H., « Loi Justice du XXI^e siècle : promotion de l'arbitrage pour tous », in *Les Echos*, 15 déc. 2016, évoquant la consécration d'un « élargissement tous azimuts, ou presque, du champ d'application de la clause compromissoire », au travers d'un « glissement sémantique [qui] s'est opéré, passant de l'étude de la validité de la clause à celle de son consentement. En clair, la question qui est désormais posée revient simplement à savoir si oui ou non la clause a été acceptée par les parties, quelles qu'elles soient, et quel que soit le contrat ». URL : <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-163897-loi-justice-du-xxie-siecle-promotion-de-larbitrage-pour-tous-2050836.php#qX9qggIIYEcMuWKc.99>.

¹⁹⁰⁴ GUYADER H., « Loi Justice du XXI^e siècle : promotion de l'arbitrage pour tous », art. préc.

¹⁹⁰⁵ STRICKLER Y., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. Procédures*, n° 2, Févr. 2017, étude 7, rappelant les objectifs du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends « qui visait selon la notice publiée en exorde à une « incitation » faite aux citoyens « à recourir à des modes de résolution amiable des différends », le titre II de la loi du 18 novembre 2016 a pour objectif annoncé de « favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » ».

¹⁹⁰⁶ Titre II de la loi. Cf. BERNHEIM-DESVAUX S., « Favoriser les MARD », CCC n° 2, Févr. 2017, repère 2.

¹⁹⁰⁷ « La moitié des Français considère qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge pour certaines affaires civiles », in *Exposé des motifs, Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

¹⁹⁰⁸ Précisant à ce titre qu'il s'agit de : « favoriser des modes de règlement des conflits reposant sur l'accord de chacun, qui permettent une solution durable, rapide et à moindre coût tout en assurant la sécurité juridique », in *Exposé des motifs, Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

¹⁹⁰⁹ CADIET L. et RICHER L. (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Droit et Justice, PUF, Paris, 2003, pp. 185-219 : « Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », par JAROSSON Ch., ANCEL P., COUV RAT P., NADAL J. et GAUDEMET Y.

¹⁹¹⁰ STRICKLER Y. et RACINE J.-B. (dir.), *L'arbitrage, questions contemporaines*, L'Harmattan, Paris, 2012, où l'arbitrage est présenté comme « un droit pragmatique » (RACINE J.-B., p. 11). Cf. dans le même ouvrage : STRICKLER Y., « Arbitres et juges internes », p. 57 ; CADIET L., « L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits », p. 29.

¹⁹¹¹ LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le cadre juridique général de la médiation familiale », in ANTONINI-COCHIN L. (dir.), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 9-30 ; FRICERO

amiable de la justice vient élargir le champ des possibles – autant qu'il présente certains risques à ne pas négliger¹⁹¹² - précisément quant au fait de déterminer *qui peut contracter* une clause d'arbitrage. C'est d'abord la qualité de *commerçants* qui avait été retenue comme critère de validité¹⁹¹³, soulignant ainsi le cantonnement du recours à l'arbitrage au droit des affaires, avant que la condition ne s'assouplisse par la suite pour retenir la qualité plus large de *professionnels*. Un degré de libéralisation supplémentaire est atteint par la loi de 2016. Cette démocratisation connaît toutefois des tempéraments qui cherchent à protéger certains contractants présumés économiquement plus faibles. Tel est le cas des salariés¹⁹¹⁴ et des consommateurs qui peuvent bénéficier d'un droit d'option. Ainsi, dans un contrat de travail ou un contrat de consommation, la clause d'arbitrage est toujours optionnelle pour la partie protégée par la loi, ce qui permet une mise en œuvre de la clause après la naissance du litige pourvu que le consentement soit réitéré¹⁹¹⁵. De plus, cette nouvelle disposition a le mérite d'une juste souplesse en ne condamnant pas dogmatiquement la clause compromissaire, permettant ainsi au contractant bénéficiaire de la protection d'exercer un libre choix par le jeu d'une ratification postérieure. Il est intéressant d'observer les circonvolutions effectuées par le droit au sujet de la validité de la clause d'arbitrage, dont le cœur, on le voit, bat au rythme de la question du consentement.

393.- L'évolution de la place de la clause en droit français. Au travers du temps, la stipulation a connu une évolution en circonvolution : en 1843, elle suscitait la méfiance de la Cour de cassation qui l'annulait, craignant qu'elle vienne contraindre le contractant le plus faible au contrat d'adhésion ;

N., « Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux », *in ibidem*, pp. 69-81 ; LARRIBAU-TERNEYRE V., « Procédure - Les conventions de rupture - Etat des lieux », *Droit de la famille*, n° 3 et 4, mars 2015, dossier 4 : (au sujet des convention de rupture dans le contentieux familial) « *les couples en rupture sont largement incités à s'entendre, à différents stades du processus de rupture, voire même avant, avec une gamme assez large de possibilités concernant les accords qu'ils sont autorisés ou incités à passer* », « *Pour autant, la contractualisation n'implique pas non plus nécessairement la déjudiciarisation. Soit parce que le juge sera de toute façon amené à exercer sa fonction juridictionnelle même si les parties ont passé une convention de rupture et c'est le cas en matière de divorce (prononcé du divorce notamment ou fixation de la prestation compensatoire même s'il se contente d'homologuer sur ce point une convention des époux) ; soit parce que la convention peut elle-même être source de contestation ou de remise en cause, si, à défaut d'homologation, elle a une nature purement contractuelle ou s'il s'agit d'une convention concernant les enfants. Développer la convention comme outil de gestion de la rupture n'aboutit donc pas nécessairement à la déjudiciarisation, mais permet certainement un meilleur traitement des questions liées à la rupture en préparant l'office juridictionnel du juge, dans le divorce notamment* ».

¹⁹¹² V. STRICKLER Y., « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », art. préc., not. n° 4.

¹⁹¹³ Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2014, inédit, pourvoi n° 13-11.568 : s'analyse comme un acte de commerce l'acte qui emporte cession du contrôle d'une société commerciale, c'est pourquoi dans une cession de parts sociales, dès lors que la qualité de commerçant est reconnue aux cédants d'un bloc de contrôle d'une société, ceux-ci peuvent se voir opposer la clause attributive de compétence prévue dans l'acte de cession.

¹⁹¹⁴ Art. L. 1411-1 du C. trav.

¹⁹¹⁵ « *Autant il est important que le non-professionnel ne puisse se voir attrait de force à l'arbitrage, autant il était absurde que préférant l'arbitrage, et réitérant son consentement une fois le litige né, on le lui interdise* », *in* CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle » - . - préc., n° 19.

tolérée en 1925, elle se limitait aux litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux de commerce ; prohibée en 1972, elle était reléguée à la nullité de principe par l'ancien article 2061 du Code civil ; réhabilitée en 2001, à nouveau étendue aux commerçants, puis aux professionnels, elle est finalement démocratisée en 2016, prenant en compte la protection due aux contrats de travail et aux contrats types et d'adhésion. Ce parcours est une parfaite illustration de l'idée selon laquelle « *il faut débusquer le général de demain sous le spécial d'aujourd'hui* »¹⁹¹⁶. Finalement, la capacité de résistance de cette clause, au « *halo sulfureux* »¹⁹¹⁷, par-delà les épreuves imposées par l'histoire de sa propre construction juridique, est à l'image de celle sa « *survie* »¹⁹¹⁸ dans l'après-contrat.

La loi de 2016 a fait preuve d'une confiance renouvelée à l'égard de la clause d'arbitrage. Mais il est possible d'observer une tendance plus large à la flexibilité envers les clauses processuelles, au sein même de la jurisprudence qui tend désormais à gommer la différence de traitement entre clause d'arbitrage et clause d'*electio fori*. Dans une décision signataire d'une rupture avec la jurisprudence antérieure¹⁹¹⁹, qualifiée de « *marche arrière* »¹⁹²⁰ de la Cour de cassation, la première Chambre civile a adouci son traitement des clauses d'attribution de compétence dissymétriques comme pour « *corriger le tir* »¹⁹²¹ de ses décisions antérieures. Elle a effectivement opéré une petite révolution, à l'occasion d'un différend international, en permettant de faire valoir une clause unilatérale qui contraignait l'un des contractants à saisir la juridiction irlandaise, tout en permettant à l'autre de saisir la juridiction de tout pays dans lequel un préjudice serait subi. Écartant les griefs adossés à la notion de potestativité ainsi qu'à l'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique, la Haute juridiction entérine l'appréciation des juges du fond reposant sur la possibilité de déterminer, à partir de la stipulation, les juridictions susceptibles d'être saisies par la partie bénéficiaire. S'est effectué un glissement dans l'appréciation des juges proposant une nouvelle grille de lecture de la clause d'élection de for à partir du caractère déterminable de la compétence.

394.- Une solution moderne. Cette analyse est bien dans l'air du temps : si elle précède la réforme de 2016 qui est venue élargir le champ de la clause compromissoire, elle permet d'étendre le territoire sur lequel la volonté des parties peut imposer sa loi sans risquer l'intervention du juge. À bien

¹⁹¹⁶ CADIET L., « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, CADIET L. (dir.), Economica, 1987, n° 30, p. 28.

¹⁹¹⁷ CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI siècle" - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », art. préc.

¹⁹¹⁸ CLAY Th., art. préc.

¹⁹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rotschild*, préc., et Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 13-27.264, *Danne holding patrimoniale*. Rapp. Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, Bull. 2012, I, n° 176, pourvoi n° 11-26.022.

¹⁹²⁰ JAULT-SESEKE F., « Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », D. 2015. 2620.

¹⁹²¹ BARBIER H., « Les nouveaux ressorts normatifs de l'exigence de détermination du contenu contractuel », art. préc.

y regarder, les hauts magistrats abandonnent certes le recours à la potestativité (rappelons-le, en l'espèce, dans une relation entre professionnels), mais n'enterrent pas véritablement le critère défendant le besoin de sécurité et de prévisibilité. En effet, en s'intéressant au caractère déterminable des juridictions, elle maintient ce critère de façon implicite. C'est en cela que la jurisprudence ne rompt pas entièrement avec ses décisions antérieures déjà assimilées à une « *valse-hésitation* »¹⁹²². Elle affirme plus clairement l'intention d'écarter un modèle d'interprétation qui met l'unilatéralisme au cœur de son questionnement, pour choisir le pivot de la sécurité juridique auquel elle a déjà eu recours. Elle modère et précise ainsi les conditions tendant à satisfaire cette sécurité, dans une position qui fait preuve de nuance puisque, en renonçant à associer systématiquement la dissymétrie de la clause à un déséquilibre entre les parties, la Cour sauvegarde la loi contractuelle tout en s'octroyant une possibilité de contrôle. Par ce biais, elle déplace également la mise en perspective temporelle de la clause qui n'est plus regardée par le prisme des conditions dans lesquelles la stipulation a été consentie dans le passé, mais de celles dans lesquelles elle pourra être exécutée dans l'avenir. Nuancée encore, la position de la première Chambre civile laisse penser qu'une clause dont les juridictions élues ne seraient pas identifiables, c'est-à-dire une stipulation dans laquelle le contractant bénéficiaire pourrait saisir de manière illimitée n'importe quelle juridiction, tomberait sous le coup d'une nullité. Une solution médiane et moderne, entre la libéralisation et protection, c'est finalement ce qu'a semblé vouloir aménager la Cour de cassation. La première Chambre civile a eu à connaître à l'occasion de cette même affaire. En l'occurrence, la problématique concernait le recours à la clause d'élection de for alternative dans le cas d'un litige né d'un abus de position dominante. Alors que la clause de différend étend normalement son champ aux litiges relatif à l'exécution du contrat, se pose la question du critère d'identification des demandes susceptibles d'entrer dans le champ de la clause.

Toutefois, il est des matières dans lesquelles les enjeux du contentieux portent naturellement sur la prise en compte du comportement abusif du contractant. La question ne se déporte alors de celle de l'abus dans l'exercice même de la clause, mais dans l'identification des abus susceptibles de donner naissance à une action entrant dans le domaine de la clause d'arbitrage. Il faut alors rechercher si les agissements invoqués peuvent être « *rattachés* »¹⁹²³ à la stipulation compromissoire, ce qui pose la question du domaine de son applicabilité.

¹⁹²² USUNIER L., « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques », RTD civ. 2015. 844, note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 13-27.264 et Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-16.898.

¹⁹²³ Com. 9 juill. 1974, Bull. civ. IV, n° 232, p. 181, pourvoi n° 73-12.679, Rev. arb. 1976. 107, note FOUCHARD Ph. *Adde* sur la question du critère de rattachement en cas de préjudice causé par une mesure provisoire qui se révélerait ultérieurement « inappropriée » (choix de voc. de l'auteur) : HERINCKX Y., « Liability for inappropriate interim measures in commercial arbitration », Cahiers de l'arbitrage, 1^{er} juin 2014, n° 2, p. 243.

c) Le domaine d'applicabilité de la clause

395.- La portée de la clause de gestion du litige. Les clauses d'arbitrage sont souvent rédigées dans le sens d'une application au contentieux relatif à « l'exécution du contrat »¹⁹²⁴. Est-ce à dire qu'elles doivent être écartées lorsque la faute est constituée à l'occasion de la rupture et de ses suites ? Le contentieux de l'extinction n'échappe pas à la déloyauté¹⁹²⁵ et « *quel contentieux plus lourd que celui nourri par la brusque rupture d'une relation commerciale établie ?* »¹⁹²⁶. La clause processuelle rencontre alors le droit de la concurrence. Le rendez-vous paraît d'emblée explosif tant il croise deux poids lourds du contentieux¹⁹²⁷.

396.- La clause processuelle face au droit de la concurrence. En 2013, la Commission européenne est venue prodiguer des recommandations relatives aux pratiques de concurrence déloyale (dans le domaine des chaînes d'approvisionnement)¹⁹²⁸. Les pratiques de concurrence déloyale incarnent le Goliath de la matière, appelée le « *grand droit de la concurrence* » portant sur l'ordre économique. C'est pourtant à cette occasion que la Commission a jugé utile de s'immiscer dans le « *petit droit de la concurrence* », relatif aux relations commerciales *inter partes*, précisément au sujet des pratiques restrictives susceptibles d'intervenir tout au long de la chaîne d'approvisionnement interentreprises et de « *nuire aux entreprises, ce qui peut, par ricochet, avoir des effets néfastes sur l'ensemble de l'économie* »¹⁹²⁹. La Commission effectue un retour sur la définition des pratiques déloyales en insistant sur le fait qu'elles peuvent intervenir à différentes étapes de la chaîne de distribution, mais surtout, trouver leurs germes dans la loi contractuelle forgée par les entreprises, au travers notamment des clauses ambiguës visant à créer un déséquilibre dans la relation. Ces recommandations européennes trouvent un sérieux écho en droit interne dans l'article L. 442-6 du Code de commerce qui s'affirme

¹⁹²⁴ Pour un exemple de rédaction : « *en cas de litige survenant pendant la durée et à propos de l'exécution du contrat les parties conviennent de s'en rapporter à un tribunal arbitral* », in Com. 9 juill. 1974, Bull. civ. IV, n° 232, p. 181, pourvoi n° 73-12.679, Rev. arb. 1976. 107, note FOUCHARD Ph.

¹⁹²⁵ Cf. *supra* n° 93, 199, 300 et s., 318 et s., 365, 370, 385, 395 et s., 409, 415, 432 et s., 449 et s. (sur la prise en compte de la loyauté).

¹⁹²⁶ DISSAUX N., « L'article L. 442-6 du code de commerce et son juge... arbitral », préc.

¹⁹²⁷ LOQUIN E., « Le contentieux de la rupture abusive de relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture », RTD com. 2012. 525 ; du même auteur, « Arbitrage et rupture abusive de relations d'affaires établies », RTD com. 2016. 693 ; Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, pourvoi n° 14-25.080, D. 2015. 2537, note DISSAUX N. ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2588, obs. CLAY Th. ; AJCA 2015. 520, obs. RUY B. ; RTD civ. 2016. 118, obs. BARBIER H. ; JurisData n° 2015-023370 ; JCP 2015. 1228, WEILLER L.

¹⁹²⁸ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janv. 2013, URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=FR>

¹⁹²⁹ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, préc.

comme un texte sanctionnateur des contractants ayant recours à des abus restrictifs de la concurrence, parmi lesquels figure le fait de rompre brutalement les relations commerciales établies ou de menacer de les rompre afin d'exercer une pression sur le partenaire. Sur ce point, la rupture des relations établies, elle-même à l'origine d'un contentieux considérable¹⁹³⁰, peut laisser jaillir des difficultés quant à l'application des clauses de différends¹⁹³¹. En effet, la gestion contractuelle de la responsabilité extracontractuelle des parties peut s'apparenter à un procédé oxymorique, voire une « *aporie* »¹⁹³².

397.- La rupture des relations commerciales établies. La qualification de relations d'affaires établies¹⁹³³ « *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* »¹⁹³⁴. Il s'agit donc d'une série de contrats successifs. Pour que la rupture soit brutale, il faut qu'elle intervienne dans un contexte de relations stables et habituelles, de sorte que la victime puisse « *raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial* »¹⁹³⁵ et que la « *rupture puisse apparaître en contradiction avec les prévisions légitimes du partenaire* »¹⁹³⁶. La question a été posée de savoir s'il fallait appliquer une clause attributive de compétence en cas de rupture brutale des relations commerciales établies. En effet, la loi contractuelle chasse sur les terres de la responsabilité extracontractuelle lorsqu'il est question de gérer un contentieux autour de la rupture abusive d'une relation commerciale établie. La cessation brutale du rapport contractuel peut constituer *per se* une restriction abusive de la concurrence et dont le sort des clauses processuelles peut former « *l'enjeu apparent* »¹⁹³⁷ : si le comportement fautif est un délit civil, entre-t-il dans le champ du contentieux contractuel couvert par la stipulation processuelle ? La Cour d'appel de Paris a apporté une réponse à cette question en droit de la distribution¹⁹³⁸, estimant qu'une

¹⁹³⁰ Pour un point sur la question, cf. not. CHAGNY M., « Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile », RTD com. 2016. 719, faisant remarquer que : « *Il est vrai qu'une fois la rupture consommée, le partenaire évincé n'a plus rien à perdre hors les frais de procédure s'il succombe* ».

¹⁹³¹ V. PIHERY R., « Les clauses attributives de juridiction à l'épreuve du droit de la concurrence », art. préc.

¹⁹³² 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.

¹⁹³³ Cf. not. sur la notion MATHEY N., J.-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 300 : « Rupture brutale des relations commerciales établies », 2012 ; STRICKLER Y., « Les rapports d'affaires », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse* 1995, pp. 27-57 ; VOGEL J. et VOGEL L., *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Bruylant, 2^e éd., 2017 ; IGNATOFF M., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », AJ contrat 2017. 203. Cf. *supra* n° 282, 296, 395.

¹⁹³⁴ Com. 15 sept. 2009, CCC 2009, comm. 265, obs. MATHEY N. V. aussi Paris, 29 nov. 2007, D. 2008, Panorama 2196, obs. FERRIER ;

¹⁹³⁵ Paris, Pôle 5, ch. 11, 10 déc. 2010 ; CCC 02/2011, comm. 31, obs. MATHEY N.

¹⁹³⁶ *Idem*.

¹⁹³⁷ SINDRES D., « La rupture du contrat international », AJ contrat 2016, p. 464 : « *Pour certains, la qualification de la rupture du contrat conditionne avant tout le sort des clauses de règlement des litiges, et notamment des clauses d'élection de for, des clauses compromissoires et des clauses de choix de la loi applicable* ».

¹⁹³⁸ Paris, Pôle 1, ch. 1, 28 oct. 2010, CCC 02/2011, comm. 32, obs. MATHEY N.

clause processuelle insérée dans la convention de distribution, visant « *tout différend survenant entre les parties* »¹⁹³⁹, a vocation à s'appliquer en cas de rupture brutale des relations commerciales établies. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation s'est montrée plus indécise, en refusant tantôt l'applicabilité de telles clauses au motif que la responsabilité encourue est de nature délictuelle¹⁹⁴⁰, tout en admettant son application dans d'autres décisions¹⁹⁴¹. En effet, l'analyse de la Chambre commerciale qui, voyait dans la rupture brutale une pure expression de la responsabilité délictuelle¹⁹⁴², n'était pas partagée par la première Chambre civile, retenant la responsabilité contractuelle en cas de rupture brutale¹⁹⁴³.

L'appréciation de la Chambre commerciale avait pour sa part fait le choix d'une lecture restrictive du critère de rattachement de l'agissement litigieux au domaine de la clause d'arbitrage. Elle estimait ainsi que la stipulation devait être écartée à partir du critère de la responsabilité encourue par l'acte de concurrence prohibée. Cette responsabilité étant de nature extracontractuelle, les Hauts magistrats en déduisant alors l'éviction de la clause jugée manifestement inapplicable à litige portant sur un délit civil et non une faute contractuelle. La lisibilité du contentieux en était nécessairement affectée¹⁹⁴⁴.

La première Chambre civile a adopté pour sa part un raisonnement très différent. La question lui a clairement été posée¹⁹⁴⁵ : la clause compromissoire qui vise les litiges survenus dans le cadre de

¹⁹³⁹ *Idem.*

¹⁹⁴⁰ Com. 13 janv. 2009, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 3, pourvoi n° 08-13.971, CCC 2009, comm. 72, obs. MATHEY N. ; Com. 13 oct. 2009, inédit, pourvoi n° 08-20.411 ; Com. 9 mars 2010, inédit, pourvoi n° 09-10.216, CCC 2010, comm. 180, obs. MATHEY N. V. aussi, Paris, 28 oct. 2010 : *JurisData* n° 2010-021513 ; et Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 18 nov. 2010, n° 09/02118, *SARL Delor Vincent c/ SS Claas Tractor*, *Jurisdata* n° 2010-026134.

¹⁹⁴¹ Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, pourvoi n° 06-10.946, *bull.* 2007, I, n° 93 : une clause attributive de juridiction, qui s'applique à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, est valable au regard de l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, peu important le fondement de la demande. *Rapp. Civ.* 1^{ère}, 19 mars 2002, *Bull.* 2002, I, n° 97, p. 75, pourvoi n° 00-17.709.

¹⁹⁴² Com. 6 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 20, pourvoi n° 03-20.463 ; Com. 21 oct. 2008, pourvoi n° 07-12.336 ; Com. 13 janv. 2009, inédit, pourvoi n° 08-13.971 ; Com. 7 juill. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 96, pourvoi n° 08-16.633 ; Com. 15 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 07-10.493 ; Com. 13 oct. 2009, inédit, pourvoi n° 08-20.411.

¹⁹⁴³ Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, *Bull. civ.* I, n° 93, pourvoi n° 06-10.946 ; Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, D. 2010. 2884, obs. DELPECH X., note AUDIT M. et CUPERLIER O. ; *ibid.* 2540, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2933, obs. CLAY Th. ; *Rev. crit. DIP* 2010. 743, note BUREAU D. et MUIR WATT H. ; D. 2011. 667, obs. DELEBECQUE Ph. ; *ibid.* 2012. 525, obs. LOQUIN E. *Rapp. Cass.* 28 nov. 1950, *Tissot c/ Neff*, *Bull. civ.* III, n° 355 ; D. 1951. 170 ; S. 1951, 120, note ROBERT ; *GAZ. PAL.* 1951. 1, 80 ; Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993. 645, note JARROSSON Ch. ; *RTD Com.* 1993. 494, obs. LOQUIN E. ; Paris, 30 sept. 1993, D. 1993. 225 ; *Rev. crit. DIP* 1994. 349, note HEUZE V. ; *RTD civ.* 1994. 96, obs. MESTRE J. ; *RTD Com.* 1994. 703, obs. DUBARRY J.-C. et LOQUIN E. ; *Rev. arb.* 1994. 359, note BUREAU D. *Adde* Paris, 20 sept. 1995, *Rev. arb.* 1996. 82, note COHEN D. ; 10 sept. 1997, *Rev. arb.* 1999. 121, obs. BUREAU D. et HORY A. ; 1^{er} mars 2001, *Rev. arb.* 2001. 584, obs. RACINE J.-B. ; Paris, pôle 1, ch. 1, 18 mars 2014, n° 12/13601, *Sarl Sept de Coeur c/ Soc. Babyjorn AB*, D. 2014. 2541, obs. CLAY Th. ; *RTD com.* 2015. 57, obs. LOQUIN E. *Adde* CHAGNY M., « Un an de droit des contrats de distribution », *Journ. sociétés* 2008, n° 51, p. 60 s.

¹⁹⁴⁴ DISSAUX N., « « L'article L. 442-6 du Code de commerce et son juge...arbitral », D. 2015. 2537 : « prenez une clause sensible. Mélangez-la dans la soupe d'un épais contentieux. Laissez mijoter quelques années : la Cour de cassation finira bien par vous donner sa recette ».

¹⁹⁴⁵ Civ. 24 fév. 2016, à paraître, pourvoi n° 14-26.964.

l'exécution de l'accord est-elle manifestement inapplicable à une action en responsabilité pour rupture abusive et brutale du contrat, de sorte que le différend né de la rupture abusive et brutale du mandat qui liait des parties se situait en dehors du champ d'application de la clause compromissoire ? La Haute juridiction retient que l'appréciation de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage à un litige, né des conditions dans lesquelles il a été mis fin aux relations contractuelles, nécessite une interprétation de la convention et une recherche de la commune intention des parties. La décision relève qu'à défaut de possibilité de résolution par la médiation ou la procédure de résolution des conflits appropriée, suggérée en l'occurrence par l'ordre des avocats, la clause prévoit un arbitrage d'après les règles des litiges commerciaux choisies par la convention. La décision conclut ainsi à l'applicabilité de la clause. Le raisonnement de la première Chambre civile semble s'attacher précisément à interpréter l'intention des parties, suivant la lettre des prévisions entrées dans le champ contractuel. Le contrat s'éteint, mais l'intention actée persiste. Cohérente, elle rejoint ainsi sa jurisprudence relative à la rupture brutale, menant aux mêmes effets, mais cette-fois-ci à partir du temps précontractuel, affirmant l'indifférence quant au fait que l'action engagée soit de nature délictuelle : la partie qui agit sur le fondement du vice du consentement, en l'espère des manœuvres dolosives, peut se voir opposer la clause compromissoire, même si celle-ci a déjà été mise en œuvre lors d'une première procédure succédant à la résiliation du contrat. L'arrêt s'applique à relever que la partie qui agit sur le fondement délictuel a eu connaissance de la clause d'arbitrage, dont la validité n'est pas contestée en l'occurrence, et a été impliquée activement à l'exécution du contrat lorsqu'il était en cours. La clause compromissoire n'est donc pas manifestement nulle ou inapplicable. Il est ainsi indifférent que l'action engagée contre l'ancien cocontractant soit de nature délictuelle¹⁹⁴⁶. Les magistrats semblent ainsi viser un objectif spécifique : « *donner toute sa portée à l'intention des parties dans l'anticipation de leurs éventuels différends* »¹⁹⁴⁷. Cette analyse permet alors d'affirmer qu' « *en ne limitant pas son application à l'exécution et l'inexécution mais en couvrant tous les litiges nés entre les parties, il serait possible d'en étendre l'application à la responsabilité délictuelle résultant de la rupture brutale de la relation contractuelle* »¹⁹⁴⁸. Elle montre ainsi combien peut être artificiel le critère de la responsabilité encouru par le comportement litigieux ; critère qui reposerait sur un clivage contreproductif des deux ordres de responsabilité¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁶ Civ. 1^e, 13 juill. 2016, inédit, pourvoi n° 15-21.345.

¹⁹⁴⁷ Paris, Pôle 1, ch. 1, 28 oct. 2010, CCC, févr. 2011, comm. 32., Obs. MATHEY N.

¹⁹⁴⁸ *Idem*. V. aussi à ce sujet Com. 13 janv. 2009, préc. ; et Com. 6 fév. 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 21, pourvoi n° 04-13.178, CCC 2007, comm. 91, obs. MALAURIE-VIGNAL M. ; Com. 18 janv. 2011, *Bull.* 2011, IV, n° 9, pourvoi n° 10-11.885, CCC, mars 2011, comm. 64, obs. MATHEY N.

¹⁹⁴⁹ Les régimes de responsabilité seraient tenus éloignés par « *une force de répulsion telle que l'existence d'un contrat rendrait une des parties irrecevable à demander, à titre délictuel, justice d'une faute dont le principe est distinct de la violation du contrat, et qui lui a causé un préjudice différent de l'inexécution du contrat* » c'est se prendre aux mots. On attribuerait ainsi à la règle du non-cumul un effet que, sans doute, peut suggérer la formule, mais que repoussent les réalités »

Les visions des deux chambres se soient finalement rejointes : il est heureux de voir que la solution civiliste semble maintenant acquise tant sur le plan des clauses relative à la compétence interne qu'internationale¹⁹⁵⁰, au sujet des stipulations de loi applicable comme à de celles attributives de juridiction¹⁹⁵¹, d'*electio juris*¹⁹⁵² et des clauses compromissaires¹⁹⁵³. La nature stricte des actions demeure inchangée, mais leur sens est jaugé au travers d'une appréciation plastique de la nature du litige dans sa globalité¹⁹⁵⁴.

398.- Droit international. En matière de commerce international, la question de la résistance de la clause processuelle à la rupture abusive est décrite comme « *un angle mort de la réflexion des internationalistes* »¹⁹⁵⁵. La jurisprudence a reconnu l'applicabilité d'une clause d'*electio juris* à un litige

SAVATIER R., sous Civ. 2^e, 13 mai 1955, D. 1956. 53. Cf. ég. LETURMY L., « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998. 839. Rapp. *supra* n° 327 et s. (responsabilité encourue en cas de violation de la bonne foi alors que le contrat a été anéanti rétroactivement).

¹⁹⁵⁰ Com. 20 mars 2012, inédit, pourvoi n° 11-11.570 ; Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-16.898. Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, pourvoi n° 14-25.080, *Soc. Scarmark c/ Soc. Conserveries des cinq océans*, D. 2015. 2537, note DISSAUX N. ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2588, obs. CLAY Th. ; RTD Com. 2016. 693, obs. LOQUIN E. ; AJCA 2015. 520, obs. RUY B. ; RTD civ. 2016. 118, obs. BARBIER H. : « *même si les articles L. 442-6 et D. 442-3 du code de commerce ont pour objet d'adapter les compétences et les procédures judiciaires à la technicité du contentieux des pratiques restrictives de la concurrence, et que le premier de ces textes confie au ministre chargé de l'Économie et au ministère public une action autonome aux fins de protection du marché et de la concurrence, ces textes n'ont pas pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés entre les opérateurs économiques de l'application de l'article L. 442-6* ».

¹⁹⁵¹ Com. 9 mars 2010, inédit, pourvoi n° 09-10.216.

¹⁹⁵² SINDRES D., « La rupture du contrat international », AJ contrat 2016, p. 464. Dans le cadre de l'art. 3 du règl. Rome I, « *le choix est à l'inverse possible à tout moment, quelles que soient les parties concernées, mais il ne peut porter atteinte aux dispositions impératives applicables à défaut de choix dans les cas prévus aux articles 6 et 8, consacrés respectivement aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail* ». Dans le cadre de l'art. 14 du règl. Rome II : « *Lorsque les parties n'exercent pas toutes deux une activité « commerciale », le choix n'est en revanche autorisé qu'après la survenance du fait générateur du dommage* ».

¹⁹⁵³ Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, publié au bulletin, pourvoi n° 14-25.080 : L'action aux fins d'indemnisation du préjudice prétendument résulté de la rupture de relations commerciales n'est pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques, de sorte qu'elle peut faire l'objet d'une clause compromissaire. Dès lors, ayant relevé que la généralité des termes de la clause compromissaire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée, la cour d'appel en a souverainement déduit que le tribunal arbitral était compétent. V. obs. DISSAUX N., D. 2015. 2537 : la clause prévoyait « *les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la réalisation du présent contrat* ».

¹⁹⁵⁴ De plus, « *les règles de droit matériel applicables au fond d'un litige ne sauraient avoir d'influence sur la validité d'une clause attributive de juridiction* », c'est ce qu'a estimé la CJUE (CJUE 21 mai 2015, aff. C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) c/ Akzo Nobe*). Cette dernière a également permis l'efficacité des clauses en droit de la concurrence « *à la condition que ces clauses se réfèrent aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence* ». CJUE 21 mai 2015, *ibid.* Pour un exemple de rédaction de clause, v. PIHERY R., « Les clauses attributives de juridiction à l'épreuve du droit de la concurrence », in AJCA 2016, p.235 : « *Les parties déclarent donner compétence exclusive aux tribunaux compétents de [juridiction spécialisée] pour connaître de l'ensemble des litiges, contestations ou difficultés de toute nature intervenant dans le cadre de leurs relations, en ce compris ceux relatifs au contrat, concernant notamment sa formation, sa conclusion, sa validité, son interprétation, son exécution, son inexécution, sa résiliation, sa résolution ou sa cessation pour quelque cause que ce soit, et/ou impliquant l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce ou du droit des pratiques restrictives de concurrence au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce.*

Cette clause s'applique même en cas de référé, de pluralité de défendeurs ou de demande incidente ou en garantie ».

¹⁹⁵⁵ AVOUT (d') L. et BOLLEE (S.), « Droit du commerce international », D. 2014. 1973.

pourtant fondé sur à la responsabilité délictuelle encourue par l'auteur de la rupture. Si la Haute juridiction prend soin de rappeler la règle de compétence internationale applicable à la responsabilité extracontractuelle (la *lex loci delicti* est attachée au sol sur lequel est identifié fait dommageable¹⁹⁵⁶), elle retient en revanche que « *les liens [entre le lieu et le fait dommageable] résultent de la relation contractuelle préexistant depuis plus de douze ans entre les parties* »¹⁹⁵⁷. En l'occurrence, « *la Cour a introduit, au stade de la mise en œuvre de cette règle de conflit, une prise en compte de la relation contractuelle sous-jacente* »¹⁹⁵⁸. C'est par ce raisonnement que la juridiction enrobe l'action délictuelle des atours celle contractuelle. Au même titre que la *culpa in contrahendo*¹⁹⁵⁹, la *culpa in discedendo*¹⁹⁶⁰ relève d'une responsabilité extracontractuelle qui entretient un lien intime avec la vie du contrat et le comportement des acteurs en tant que contractants, jusqu'à les faire se superposer. Contrat et après-contrat, champ contractuel et terrain extracontractuel, les éléments s'attirent et se rejettent dans un corps à corps qui donne peine à les discerner franchement, remettant en cause les idées selon lesquelles la responsabilité délictuelle du contractant ne serait engagée que « *lorsque le préjudice sera causé entre cocontractants, dès lors qu'il n'a aucun rapport avec l'obligation née du contrat* » et que « *la responsabilité délictuelle intervient entre deux étrangers que le hasard a mis épisodiquement en présence* »¹⁹⁶¹. L'appréciation jurisprudentielle surmonte ainsi ce qui peut apparaître comme la cristallisation de la principale contradiction dialectique qui caractérise l'idée même d'après-contrat, et opère une synthèse conciliatrice des natures contractuelle et délictuelle, si bien qu'il est définitivement possible d'affirmer que les obligations postcontractuelles d'origine conventionnelle sont un

¹⁹⁵⁶ Contrairement à la *lex loci conclusionis contractus* qui désigne le sol sur lequel le contrat est conclu. V. sur les lois de police et la conception française de l'ordre public international : Rapport 2013 de la Cour de cass., spéc. Livre 3, Partie 1, Titre 1, Chap. 2, disponible sur le site internet de la Cour de cassation. Rappr. Art. 4, § 1, du règlement Rome II : « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ».

¹⁹⁵⁷ Com. 25 mars 2014, *Guerlain*, Bull. 2014, IV, n° 58, pourvoi n° 12-29.534, D. 2014. 1250. Rappr. Art. 4, § 3, du règlement Rome II : « *Si il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question* ». *Contra* Com. 21 oct. 2008, inédit, pourvoi n° 07-12.336, RDC 2009. 197, note BEHAR-TOUCHAIS M. : le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit. En revanche, la clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail international ne saurait contrer dispositions impératives de l'art. R. 1412-1 du C. du trav. applicables dans l'ordre international (*in Soc.*, 29 sept. 2010, Bull. 2010, V, n° 204, pourvoi n° 09-40.688).

¹⁹⁵⁸ AVOUÉ (d') L. et BOLLEE (S.), « Droit du commerce international », D. 2014. 1973.

¹⁹⁵⁹ VON IHERING R., « De la faute "*in contrahendo*" ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », *in Œuvres choisies*, traduction Meulenaere, t. 2, Paris, 1893, pp. 1-100 ; ANCEL P., 45 RJT 87, p. 100 ; CARUSO D., *La supra in contrahendo. L'esperienza statutitense e quella italiana*, Milan, Giuffrè, 1993.

¹⁹⁶⁰ *La faute en se séparant*.

¹⁹⁶¹ CARBONNIER J., *Les obligations*, Droit civil, t. 4, PUF, 16e éd. p. 292, n° 154.

rayonnement de la loi contractuelle dans une mise en scène extracontractuelle. En ce sens, la responsabilité postcontractuelle permet de mettre en exergue le fait que « *responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle seraient deux variétés d'une institution unique : l'obligation de répondre des dommages causés par sa faute* »¹⁹⁶². En ce sens, lorsque les parties au contrat adoptent un comportement déloyal postérieurement à la rupture, alors même que celle-ci est déjà liquidée, en violation d'un devoir de bonne foi postcontractuelle¹⁹⁶³, la clause processuelle devrait alors également trouver à s'appliquer.

399.- Clause compromissaire et procédures collectives. La Cour de cassation a également eu l'opportunité de se prononcer sur l'applicabilité de la clause compromissaire dans le cadre des procédures collectives. En l'espèce, la date de cessation des paiements a été identifiée antérieurement à la résiliation d'un contrat de franchise - la résiliation consentie par les parties ne prévoyait pas d'indemnité. La convention de résiliation contenait une clause compromissaire. Le liquidateur assignait, devant les juridictions ordinaires, le franchiseur aux fins de voir constater la nullité de l'acte de résiliation. Toutefois, le franchiseur souleva l'incompétence du tribunal. Toutefois la Cour reconnaît l'inapplicabilité manifeste de la clause au motif que, en l'occurrence, « *le liquidateur, qui demande, à titre principal, la nullité d'un acte sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du code de commerce ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom, mais exerce une action au nom de l'intérêt collectif des créanciers* »¹⁹⁶⁴. En revanche, si l'action était née indépendamment de l'existence d'une procédure collective, le liquidateur aurait agi à la place du débiteur dessaisi, si bien que la clause aurait alors été applicable¹⁹⁶⁵.

400.- Utilitarisme de la technique des clauses postcontractuelles. Les clauses appelées à coloniser l'après-contrat sont nourries par la liberté contractuelle, expression du principe d'autonomie de la volonté, et peuvent simplement voir leur mise en œuvre différée dans le temps postcontractuel, grâce notamment à leur fort instinct de survie. En font la démonstration tant les clauses substantielles que processuelles. Toutefois, la liberté contractuelle n'est pas seule à fonder l'existence des obligations

¹⁹⁶² MALAURIE Ph. et AYNES L., *Les obligations*, Cujas, 1994-1995, p. 441.

¹⁹⁶³ Cf. *supra* n° 318 et s.

¹⁹⁶⁴ Com. 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, D. 2015. 2439, obs. LIENHARD A. ; AJCA 2016. 43, obs. FONTMICHEL (de) M. ; Rev. sociétés 2016. 198, obs. ROUSSEL GALLE P. ; RTD com. 2016. 334, obs. MARTIN-SERF A. ; Cah. arb. 2016. 49, note BARBIER H. Cf. ég. LOQUIN E., « Arbitrage et procédure collective : l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissaire à l'action en nullité du liquidateur sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du code de commerce », RTD com. 2016. 696, rappelant que « *seront non arbitrables les litiges relatifs à l'ouverture de la procédure collective, aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux responsabilités particulières, aux sanctions que la loi édicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise. La nullité de la convention d'arbitrage portant sur ces matières est absolue et peut être invoquée par chacune des parties à la convention d'arbitrage, par l'administrateur ou le liquidateur, par le ministère public* ».

¹⁹⁶⁵ Cf. Civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 2015, Bull. I, n° 76, pourvoi n° 14-14552.

de l'après. Trouve parfaitement à s'appliquer une autre théorie, complémentaire, fondatrice du contrat lui-même : celle de *l'utile et du juste*¹⁹⁶⁶. C'est ce que montrent particulièrement les clauses substantielles. En effet, pour exister elles ne doivent pas seulement être consenties, au travers d'une appréciation qualitative du consentement, mais être regardée encore dans leur aspect quantitatif. L'impérialisme contractuel qui s'étend en-dehors de son temps ne peut être absolu, les stipulations doivent également, dans une analyse quantitative, se montrer nécessaires et proportionnées par rapport au but poursuivi¹⁹⁶⁷. En conséquence, si l'élément essentiel de la licéité des clauses se concentre sur le consentement, se dessine inmanquablement un autre élément, celui de leur caractère nécessaire.

Ce dernier est le plus souvent illustré au travers de la licéité des clauses substantielles telles que la clause de non-concurrence.

B- LES CLAUSES SUBSTANTIELLES, LE CAS DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

401.- L'encadrement des pratiques anticoncurrentielles. Les clauses substantielles ont pour but de restreindre les possibilités du débiteur après l'extinction du contrat. Sa liberté de mouvement est encadrée afin de prendre en compte la protection des intérêts postcontractuels. La clause de non-concurrence est emblématique de cette restriction, et son régime est représentatif de l'équilibre qui doit être trouvé dans l'aménagement de contraintes postcontractuelles. Du fait de son caractère restrictif, consistant par nature en une pratique anticoncurrentielles, la stipulation a l'apparence d'une atteinte à la liberté fondamentale du travail, du commerce et des affaires. Mais, dans une optique de régulation

¹⁹⁶⁶ Cf. ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, RODIERE R. (dir.), 1965, p. 411 ; GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », APD 1981, p. 35 ; *Ibid*, « La notion de contrat », D. 1990. 147 et « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev. D'éco. Ind., 2000. Adde ANCEL M.-E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in REVET Th. (dir.), *Code civil et modèles*, LGDJ, 2005, p. 285. Comp. ATIAS Ch., *Le Droit civil*, préc., p. 108, rappelant que la consécration du principe de liberté contractuelle a engagé les rédacteurs du Code napoléonien dans une conception du contrat ne tenant pas compte des inégalités entre les parties, « chaque contractant étant supposé apte à défendre ses propres intérêts, il n'y a pas lieu de tenir compte de la situation particulière de l'un ou de l'autre. Le besoin de logement du locataire était, par exemple, réputé équilibré par le besoin du bailleur de rentabiliser son investissement, c'est-à-dire de percevoir des loyers » ; les contrats sympathiques, in XIFARAS (dir.) LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 69 et s. Rapp. FOUILLE : « toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel dit juste » ; KANT E., *Doctrine du droit*, Auguste Durand, 1853, p. 169 : « la volonté, source unique de toute obligation juridique est en même temps la seule source de justice ».

¹⁹⁶⁷ Cf. sur la notion de proportionnalité de façon plus générale : LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. MUIR-WATT H., LGDJ, 2000 ; GUYON Y., « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de M. Vasseur*, éd. Banque, 2000, p. 75 et s. ; CORNESSE I., *La proportionnalité en droit du travail*, préf. ANTONMATTEI P.-H., Litec, 2001.

du marché¹⁹⁶⁸, elle peut bénéficier d'un régime d'exonération en droit des affaires¹⁹⁶⁹, et est tolérée en droit du travail. Les pratiques restrictives ont ainsi connu un certain essor¹⁹⁷⁰, mais le recours aux restrictions s'est ainsi développé en composant avec les exigences légales¹⁹⁷¹. Une quête d'équilibre est caractéristique de l'élaboration du contenu de la clause postcontractuelle, afin de faire dépendre sa validité d'une bonne adaptation dans son milieu économique et juridique. Se pose le besoin d'établir le principe de la licéité de la stipulation concernée (**a. Le principe de la licéité**), avant de voir que sa validité est naturellement soumise au consentement des parties (**b. Le consentement à la clause**). Dérogeant au principe de liberté de la concurrence, c'est bien sûr la nécessité de la clause (**c. La nécessité de la clause**) qui doit être démontrée, afin de justifier de l'atteinte. Cette dernière pose enfin la question de déterminer si la limitation des droits postcontractuelles du débiteur de la stipulation doit être indemnisée au travers d'une contrepartie (**d. La contrepartie de l'obligation postcontractuelle**).

a) Le principe de la licéité

402.- La licéité de la clause de non-concurrence : d'une licéité présumée à une licéité de circonstances. La clause de non-concurrence est considérée comme la « *vedette* »¹⁹⁷² des clauses postcontractuelles, certainement parce que « *la volonté des parties de limiter toute forme de concurrence est nettement plus exacerbée dans la période de l'après-contrat* »¹⁹⁷³. En tant que restriction

¹⁹⁶⁸ En droit interne, le législateur a entendu optimiser le marché en modernisant le droit des affaires et en posant certaines limites éthiques. Cf. par ex. *Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* (Titre 1^{er}-deuxième partie) ; *Loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* (Titre 1^{er}). Sur les intentions du législateur, v. le rapport fait au sénat par MARINI Ph. en première lecture de la loi du 15 mai 2001, affirmant le besoin de promouvoir la « *liberté d'action, respect de la propriété d'autrui, confiance dans l'esprit de responsabilité* » et que « *la régulation économique doit se définir comme la présence de mécanismes de stabilisation destinés à assurer le bon fonctionnement d'un système donné, qu'il soit local, national ou mondial. Le but de la régulation est bien d'assurer le fonctionnement le plus harmonieux possible d'une économie de marché dont on sait, depuis Adam Smith et l'échec des théories concurrentes, et dont on sent, avec la libéralisation croissante des économies et les progrès économiques induits, qu'elle conduit aux solutions les plus profitables pour la société et le plus grand nombre de ses membres, mais dont on perçoit également qu'en l'absence de régulateur, elle peut tomber dans des excès contraires à ses fins* ».

¹⁹⁶⁹ Lorsqu'elle respecte ses conditions de validité, la clause restrictive bénéficie d'un régime d'exemption : cf. Règlement (CE) n° 2790/1999 relatif à l'exemption de certaines catégories d'accords verticaux qui, dans certaines conditions, peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution (art. 101, §3). Avec l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 1/2003, les règles de concurrence de l'Union européenne peuvent être invoquées par les entreprises et les citoyens devant les juridictions nationales. Ces dernières prennent en charge la mise en application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (anciens articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté Européenne. Sur la coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales, cf. « *Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE* », JOCE, 101 du 27 avr. 2004 : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l26110&from=FR>.

¹⁹⁷⁰ FORTUNATO A., *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, th. Lille II, 2016, n° 1 et s.

¹⁹⁷¹ Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

¹⁹⁷² MEKKI M., « *Les clauses aménageant la phase post-contractuelles* », art. préc., p. 154.

¹⁹⁷³ GROS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., n° 87, p. 88.

des comportements postcontractuels, la clause de non-concurrence se heurte à la protection des libertés individuelles, notamment à la liberté des affaires et à celle du travail, considérée comme « *le pilier central, voire unique, du libéralisme économique* »¹⁹⁷⁴. Le décret d'Allarde prévoyait en 1791 qu'« *il sera libre à toute personne de faire tel négoce, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés* », appuyé par la loi le Chapelier supprimant les corporations, inaugurant ainsi le principe protégeant la liberté du commerce¹⁹⁷⁵. Toutefois, ce principe n'est pas forgé d'absolutisme, soumis à des évolutions, particulièrement au regard de la concurrence déloyale, jusqu'à ce que la jurisprudence admette que « *la liberté du travail et du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant aux lieux* »¹⁹⁷⁶. La licéité de la clause de non-concurrence, qui semble déroger *a priori* à la liberté du travail et du commerce, est admise et soutenue¹⁹⁷⁷, sans surprise, tant par l'application du principe de liberté contractuelle que par la reconnaissance d'un pragmatisme nécessaire à la vie économique¹⁹⁷⁸. L'arrêt *Pronuptia*¹⁹⁷⁹ est venu asseoir ce principe en matière de contrat

¹⁹⁷⁴ GUIBAL M., Rép. Com., V° « Commerce et industrie », n° 1.

¹⁹⁷⁵ Rapp. C.S.E. (révisée), Partie II, art. 1, n° 2 : « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent: (...) à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi; 2 à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris* ». Adde CE 22 juin 1951, n° 00590 02551, publié au recueil Lebon ; CE 22 juin 1963, définissant la liberté du travail comme « *le libre accès à l'exercice par les citoyens de toute activité professionnelle n'ayant fait l'objet d'aucune limitation légale* » ; CE 16 janv. 1982 : « *La liberté, qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » ; CC 28 mai 1983, AJDA 1983, p. 619, note LE BRIS. V. aussi SAVATIER J., Rev. Dr. soc. 1998, p. 194 ; LYON-CAEN G., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel intéressant le droit du travail », D. 1989, p. 289 et s. Pour un rappel historique synthétique de l'évolution du principe de liberté du commerce et la régulation de la concurrence, cf. DEPINCE M., « *La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives* », art. préc. ; « Avis de M. KEHRIG, avocat général », Soc. 10 juill. 2002, pourvoi n° 99-43.334, in GAZ. PAL. 7 déc. 2002 - n° 341, p. 9. Cf. ég. GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Préf. SERRA Y., PUP, 2014, p. 93-150 ; GUIBAL M., Rép. Com., V° « Commerce et industrie ».

¹⁹⁷⁶ Civ. 26 mars 1928, DP 1930. 1.145. V. *infra* - la validité des clauses.

¹⁹⁷⁷ Cf. « Avis de M. KEHRIG, avocat général », Soc. 10 juill. 2002, pourvoi n° 99-43.334, in GAZ. PAL. 7 déc. 2002 - n° 341, p. 9.

¹⁹⁷⁸ « *Dans une optique traditionnelle, la clause de non-concurrence était valable sur le fondement de la toute puissante liberté contractuelle : la disposition est licite parce qu'elle a été voulue. Puis, vint la considération du conflit de libertés et sa résolution par le recours à la limite traditionnelle de l'ordre public : la disposition est licite parce qu'elle a été voulue, sauf à ce qu'elle soit jugée contraire à l'ordre public comme dépassant une certaine mesure. Au sein des raisonnements classiques, "l'efficacité des droits fondamentaux" était "filtrée à la lumière des valeurs contractuelles"* », in ROCHFELD J., « Contrat et libertés fondamentales », RDC 2003, p. 17. Cf. ég. CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, th. Avignon, 2010, not. p. 127, 155 et 199.

¹⁹⁷⁹ CJCE 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia*, Rec. 1986. 353. 198. Le Conseil de la concurrence en a par ailleurs précisé les conditions : Décisions n° 96-D-36 du 28 mai 1996 et n° 97-D-48 du 18 juin 1997. Cf. RTD eur. 1986. 306, note BOUTARD-LABARDE M.-Ch. ; KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison », *ibid.* 1987. 237 ; DÉMARET P., « L'arrêt *Pronuptia* et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E 1986. II. 14816 ; BURST et KOVAR R., « La mariée est en blanc », Gaz. Pal. 1986. I. Doctr. 392. Rapp. Conseil de la concurrence, Cons. conc., déc. n° 96-D-36, 28 mai 1996, *Zannier* : « *Considérant que les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles*

de franchise, ce que d'aucun désigne comme une « *présomption de légalité* »¹⁹⁸⁰, en reconnaissant la légitimité du recours aux clauses de non-concurrence durant l'exécution du contrat et après son extinction. Dans ce cadre, elle sert naturellement un élément essentiel du contrat de franchise : la protection du savoir-faire. Néanmoins, le franchise a fait récemment l'objet d'un traitement spécifique dans son recours aux clauses restrictives de la liberté postcontractuelle¹⁹⁸¹.

403.- L'impact de la loi dite « Macron ». Dans une dynamique apparentée à « *l'édification d'une ébauche de réglementation des réseaux de distribution* »¹⁹⁸², les clauses postcontractuelles de non-réaffiliation et de non concurrence ont été jugées trop attentatoires aux intérêts des commerces indépendants au sein de la grande distribution alimentaire¹⁹⁸³. On leur reprochait notamment de limiter trop gravement l'exercice postcontractuel du franchisé, en nuisant à sa mobilité. Ainsi, la loi dite *Macron* a encadré le régime des clauses de non-concurrence postcontractuelles dans le but de « *renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes afin d'augmenter le pouvoir d'achat des Français, de diversifier l'offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes, notamment au niveau des services que celles-ci proposent* »¹⁹⁸⁴. En effet, la réforme a consacré, pour les réseaux de distribution visés par l'article L.341-1 du Code de commerce¹⁹⁸⁵, une interdiction de principe

permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité ; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent » (pt 8).

¹⁹⁸⁰ MARCINKOWSKI M., « *La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise* », AJCA 2016. 16.

¹⁹⁸¹ Cf. not. GRIMALDI C., « *De quelques précisions relatives à la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation* », RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 70 ;

¹⁹⁸² BUY F., « *Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat* », D. 2015. 1902.

¹⁹⁸³ Cf. ADLC, Avis n°10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, p.40 et s.

¹⁹⁸⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 31, I ; C. com., nouv. art. L. 341-2, I. Les dispositions sont applicables depuis le 6 août 2016.

¹⁹⁸⁵ Il s'agit de réglementer les pièces contractuelles établissant l'affiliation entre des distributeurs indépendant à leur tête de réseau, à l'exception des conditions de sortie des baux commerciaux, des contrats d'association et de société civile, commerciale ou coopérative. L'article L.341-1 al. 1 du Code de commerce concerne « *l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune* ». La notion de « *magasin de commerce de détail* » n'est pas définie, si ce n'est en recourant aux Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence qui les envisage ainsi (pt 80) : « *La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc...). Sont traditionnellement 27 assimilés à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère*

de la clause de non-concurrence postcontractuelle au travers de l'article L. 341-2 du même Code. Cette nouvelle disposition prévoit désormais que « toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite ». Tout espoir n'est cependant pas perdu pour les acteurs désireux d'anticiper les suites du contrat expiré en protégeant le savoir-faire partagé durant la relation de franchisage. Cette prohibition de principe cache en vérité une licéité de circonstances. Les partenaires commerciaux pourront effectivement se réfugier dans les dispositions dérogatoires prévues à l'article L. 341-2 qui prévoit la licéité des clauses restrictives aux mêmes quatre conditions que celles prévues dans le règlement européen de 2010¹⁹⁸⁶ relatif aux pratiques anti-concurrentielles et à leur régime d'exemption. Bien qu'un aménagement soit donc expressément prévu par les textes, c'est bien, dans l'esprit, une interdiction de principe que le législateur a entendu instaurer. Aussi, l'étendue assez générale de la mesure *Macron* a-t-elle étonné la doctrine¹⁹⁸⁷ concernant le champ d'application du texte.

En effet, il est clair que la loi entendait répondre à une remise en question de la légitimité des clauses de non-concurrence postcontractuelles qui n'a été utilement soulevée que dans le domaine ciblé des réseaux de distribution du secteur alimentaire¹⁹⁸⁸. C'est donc une réponse législative au champ d'application large qui répond à un problème pourtant identifié comme sectoriel. L'enjeu de la réforme est à ce titre d'observer si ce nouvel article L. 341-2 inspirera à la jurisprudence les raisons d'étendre ce régime à l'ensemble du franchisage, voire à l'ensemble du droit des affaires, nonobstant les dispositions de l'article L.341-1, comme les règlements européens ont inspiré l'œuvre jurisprudentielle. Finalement, on peut se demander, compte tenu du recours habituel et nécessaire aux clauses restrictives dans l'après-contrat d'affaires, s'il n'eût pas été plus cohérent de consacrer la légitimité de principe de telles clauses pour accessoirement en définir les conditions de validité. Mais se pose précisément en ce point la question de la charge de la preuve qui justifie certainement le choix du législateur. En l'occurrence, la réforme de 2015 a renversé la charge de la preuve, en faisant peser sur celui qui s'en

immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne ou par correspondance, ou encore via des livraisons directes aux consommateurs, l'article L. 430-2- II [C. comm.] précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin ».

¹⁹⁸⁶ Règl. n° 330/2010 préc., art. 5, §3 : premièrement, elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat ; deuxièmement, qu'elles soient limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat ; troisièmement, qu'elles soient indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis ; et, quatrièmement, que leur durée n'exécède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

¹⁹⁸⁷ BUY F., « Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », art. préc.

¹⁹⁸⁸ Cf. ADLC, Avis n°10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, p.40 et s.

prévaut le soin de démontrer la validité de la stipulation litigieuse. Ce renversement fait écho à un procédé contractuel s'apparentant à un instrument liberticide¹⁹⁸⁹, de telle sorte que c'est à la partie qui bénéficie de la stipulation qu'incombe l'obligation de démontrer la légitimité de la restriction. Il en ressort que la clause est présumée nulle tant que la preuve n'est pas apportée de sa validité. Cette présomption affiche, dans le sillon d'un « *sentiment de répulsion* »¹⁹⁹⁰ à l'égard de la clause restrictive, une politique de renforcement de la concurrence ; politique par ailleurs clairement revendiquée par le projet de loi ayant donné mission au gouvernement de produire un rapport présentant des propositions renforçant la concurrence dans le secteur des contrats d'affiliation¹⁹⁹¹.

404.- La mesure des enjeux. Il est toutefois important d'observer que les conditions de validité de la clause sont intrinsèquement liées à la valeur de l'intérêt postcontractuel protégé. Plus encore, les conditions de l'après-contrat font partie intégrante de l'économie de l'opération contractuelle, notamment lorsque la viabilité du projet nécessite *per se* un encadrement de la liberté postcontractuelle. Sinon, sans ces critères, la restriction procurerait à son bénéficiaire un avantage concurrentiel indu. En matière de franchisage par exemple, le recours aux clauses de non-concurrence vise à protéger l'identité

¹⁹⁸⁹ La clause de non-concurrence est une pratique restrictive de la concurrence et de la liberté d'entreprendre et du travail. Cf. *infra* n° 401. C'est pourquoi elle est réglementée et doit bénéficier d'une exemption pour pouvoir être effective. V. Règlement n° 330/2010/UE du 20 avril 2010 ; *Lignes directrices sur les restrictions verticales* 2010/C 130/01 (pts 31 et s. et 189 et s.) ; (anté.) Règlement n° 2790/1999/CEE, 22 déc. 1999, art. 5.3, b), Règlement n° 4087/88/CEE de la Commission du 30 novembre 1988 *concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise* prévoyant que l'inapplication de l'ancien article 85, paragraphe 1, aux accords de franchise s'appliquait également à l'obligation de « *ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur ; cette obligation peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise* » (art. 3.1 c). Adde GOMY M., *essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. PU Perpignan, 1999, n° 150 et s. : « *le principal effet de la convention de non-concurrence, à supposer que sa stipulation soit dictée par un intérêt légitime de son créancier, est d'entraver de façon plus ou moins marquée la liberté de celui qui y est soumis. Cet engagement aux conséquences si néfastes sur l'activité professionnelle doit donc s'apprécier dans un cadre juridique strict qui, en droit français, est d'origine jurisprudentielle* » ; FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S., *Droit de la concurrence*, 1re éd., 2006, Dalloz, coll. Précis, n° 540 ; IDOT L., « La régulation communautaire des réseaux de distribution », LPA 6 mars 1996, n° 29, p. 35 ; MAROT Y., « Les relations franchiseur-franchise : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », LPA 5 févr. 1999, n° 26, p. 16 ; BINDER O., « Le Code de déontologie de la franchise », 9 août 1996, n° 96, p. 7 ; PARLEANI G., « Actualité de la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles », LPA 20 janv. 2005, n° 14, p. 3 ; ARHEL P., « L'influence de la réforme communautaire des restrictions verticales sur le droit national », LPA, 30 nov. 2001, n° 239, p. 23.

¹⁹⁹⁰ MEKKI M., « Les clauses aménageant la phase post-contractuelles », préc., p. 154.

¹⁹⁹¹ BEHAR-TOUCHAIS M., « Le projet de réforme tendant à l'encadrement des contrats d'affiliation pour faciliter le changement d'enseigne et le rapport Fasquelle », RDC 1^{er} oct. 2011, n° 4, p. 1274 ; du même auteur, « De Lefebvre à Macron : la valse des contrats d'affiliation devant l'Assemblée nationale et le Sénat », RDC 1^{er} sept. 2015, n° 3, p. 532 ; PARLEANI G., « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gaz. Pal. 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 74, spéc. n° 36 et s. ; Avis *Grande distribution alimentaire* de l'ADLC, n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; BEHAR-TOUCHAIS M. et AMARO R., « Réponse présentée par Trans Europe Experts au Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, Com/2013/037 final », RLC 2013/36, p. 35 et s. ; SIMON F.-L., « L'identification du contrat de franchise », LPA, 13 nov. 2009, n° 227, p. 13.

commune et la réputation du réseau, ainsi que le savoir-faire du franchiseur. La perspective des suites de l'opération est alors essentielle au sens de la convention, si bien que l'après-contrat s'affirme vigoureusement comme une œuvre d'anticipation dont l'enjeu est présent dès la formation de l'accord entre les parties. La tolérance d'une période postcontractuelle dédiée au respect et à la stabilisation des effets du contrat peut ainsi s'avérer primordiale. C'est pourquoi les conditions de validité des stipulations postcontractuelles sont un reflet parlant des enjeux traversant le temps postcontractuel, en tant qu'elles traduisent l'utilité de la clause et son étendue. Parce que ces enjeux sont réciproques, la clause est soumise au consensualisme.

b) *Le consentement à la clause*

405.- Le consensualisme. La clause de non-concurrence postcontractuelle à la charge du salarié ne saurait dépendre du pouvoir discrétionnaire d'un employeur¹⁹⁹². En application du nouvel article 1304-2 du Code civil (ancien article 1174), l'employeur ne peut effectivement pas se réserver le droit, selon son bon vouloir, « *d'activer une clause de non-concurrence dite "en sommeil"* »¹⁹⁹³. L'enjeu est très clairement celui de la prévisibilité et de la sécurité juridique qui doivent permettre légitimement au salarié d'évaluer l'étendue des contraintes qui pèseront sur lui dans l'avenir, à compter de la rupture du contrat, mais aussi d'anticiper ses possibilités de reconversion¹⁹⁹⁴. Cet impératif est effectivement fort en droit du travail, dans lequel plane une présomption de déséquilibre des forces dans la relation entre employeur et employé. Il s'agit d'une lutte pour la protection des intérêts du débiteur de l'obligation et contre ce qui serait une loi arbitraire. C'est à ce titre qu'est indemnisable le préjudice né du respect

¹⁹⁹² Soc. 2 déc. 2015, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 14-19.029, RTD civ. 2016. 98, obs. BARBIER H. V. ég. MESTRE J. et FAGES B., « L'exigence d'une suffisante et objective précision des clauses contractuelles... sauf bienveillance appuyée de la Cour de cassation », RTD civ. 2007. 110. V. *contra* VATINET R., « Clause de non-concurrence. Faculté laissée à l'employeur. Nullité de la clause », Droit social 2002. 468, note sous Soc. 12 févr. 2002, préc. : pour qui la validité de la clause potestative devrait être appréciée selon que l'obligation connaît ou non une contrepartie financière, faisant remarquer, en outre que « *la nécessité de préserver les intérêts légitimes de l'entreprise, qui justifie qu'une atteinte puisse être apportée à la liberté du travail, ne peut pas toujours être vérifiée dès le stade de la conclusion du contrat* ». Rappr. Soc. 13 juill. 2010, Bull. 2010, V, n° 174, pourvoi n° 09-41.626, D. 2010. 1885, obs. PERRIN L., cas de réduction de la clause : où en l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur, doit être réputée non-écrite la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de la période d'interdiction. Celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement.

¹⁹⁹³ LATINA M., Rép. Civ. déc. 2013, V° « Contrat (Généralités) », n° 93, au sujet de Soc. 12 avr. 1995, Dr. soc. 1995. 668, obs. SAVATIER J. *Adde* Soc. 12 févr. 2002, Bull. civ. V, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, RTD civ. 2002. 511, obs. MESTRE J. et FAGES B.

¹⁹⁹⁴ Cf. art. L.1233-62 et L.1233-65 du C. trav. V. not. BARBIER H., « La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », *in* RTD civ. 2015. 123.

d'une clause illicite¹⁹⁹⁵. Mais, d'un autre côté, la tâche peut paraître délicate pour des contractants qui ne sont ni oracles ni flambeurs, et doivent néanmoins se déterminer tôt dans la conception de leur projet contractuel sur la portée lointaine de leurs engagements. En effet, le moment du consentement à la clause se confond le plus souvent avec celui du consentement à l'acte qui la contient, dans un temps où les parties ignorent encore certains « *éléments qui ne se trouvent réunis qu'au cours de l'exécution du contrat* »¹⁹⁹⁶. On remarquera toutefois que des éléments objectifs peuvent éclairer tant le juge que les parties dans cette quête de la juste clause, à commencer par la nature du contrat lui-même, d'autant que le recours à la stipulation de non-concurrence est susceptible, dans certaines conditions, de renonciation¹⁹⁹⁷. L'équilibre reste forcément à trouver entre le besoin de faire valoir la volonté des contractants et celui d'adapter les obligations aux besoins réels de la période postcontractuelle, lesquels dépendent de la nécessité de la clause, évaluée au travers de la notion d'intérêt légitime.

c) La nécessité de la clause

406.- L'intérêt légitime. Le critère de l'intérêt légitime est un pilier de la validité des stipulations restrictives. Plus encore, il explique l'existence de ce type de clauses¹⁹⁹⁸ et justifie la tolérance à leur égard : l'ingérence d'obligations dans un temps de liberté doit être strictement limitée au besoin qui la légitime. En ressort ainsi un impératif de nécessité et son corollaire qu'est la proportionnalité, de sorte que la restriction doit être rendue nécessaire à un intérêt justifiant l'atteinte à la liberté, une atteinte limitée c'est-à-dire apportant une réponse proportionnée au besoin identifié¹⁹⁹⁹. La notion d'intérêt légitime est parfaitement illustrée par l'objectif de concentration à l'origine d'une cession de parts sociales. La limitation du droit du vendeur d'acheter ou de détenir des parts sociales doit être regardée en considération de son lien direct et de son utilité à l'opération de concentration. C'est ainsi que ne sont pas considérées comme directement liées et nécessaires à la concentration les limitations qui empêcheraient le vendeur de détenir des titres uniquement à des fins d'investissement « *sans que cela lui confère directement ou indirectement, des fonctions de direction ou une influence substantielle dans*

¹⁹⁹⁵ Soc. 13 mars 2001, inédit, pourvoi n° 99-40.114 : « *une obligation de non-concurrence cause nécessairement à celui qui est créancier de cette obligation un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement le montant et les modalités de la réparation* ».

¹⁹⁹⁶ VATINET R., « Clause de non-concurrence. Faculté laissée à l'employeur. Nullité de la clause », Dr. Soc. 2002. 468, note sous Soc. 12 févr. 2002, préc. : faisant allusion à la constitution de la clientèle ou encore à la transmission du savoir-faire.

¹⁹⁹⁷ Cf. § 2 - Section 1 - Chapitre 2 - Titre 1 - Partie 2.

¹⁹⁹⁸ Cf. *supra* Section 1 - Chapitre 1 - Titre 1 - Partie 2.

¹⁹⁹⁹ Par ex., en droit social, art. L. 1121-1 du C. du trav. : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

l'entreprise concurrente »²⁰⁰⁰. La Commission européenne est venue souligner l'objectivité avec laquelle doivent être appréciés les critères de lien direct et de nécessité. Cette appréciation échappe à la volonté des parties qui ne peut assouplir l'exigence jurisprudentielle. La commission le rappelle en termes fort explicites : « *des restrictions ne sont pas directement liées et nécessaires à la réalisation d'une concentration simplement parce que les parties les considèrent comme telles* »²⁰⁰¹. La conception du lien est intéressante en ce que la Commission insiste sur le fait qu' « *il ne suffit pas qu'un accord ait été conclu dans le même contexte ou au même moment que l'opération de concentration mais que [les clauses] se rapportent, d'un point de vue économique, à la transaction principale et visent à permettre une transition en douceur entre l'ancienne structure de l'entreprise et la nouvelle après l'achèvement de l'opération de concentration* »²⁰⁰². Le vocabulaire choisi met en exergue l'utilité du recours à la restriction autant que l'esprit qui doit l'accompagner dans ses conditions de mise en œuvre : *permettre une transition en douceur entre l'ancienne structure et la nouvelle après l'achèvement de l'opération*. Encore une fois, l'après-contrat dévoile ses facettes de temps transitionnel. L'aménagement postcontractuel est certes nécessaire mais il doit être aussi adapté qu'éphémère pour accompagner le temps de la rupture et assurer une forme de stabilité au travers d'un ordre juridique transitoire.

Notre droit interne est naturellement calqué sur les exigences européennes. Le Code de commerce prévoit ainsi expressément que la clause ne doit porter que sur des biens ou services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat²⁰⁰³. En outre, la clause doit être limitée dans l'espace, c'est-à-dire aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant a exercé son activité durant la relation contractuelle. Elle doit être indispensable à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret qui a été transmis au cours de l'exécution du contrat (pour le contrat de franchisage). Enfin, sa durée ne doit pas excéder un an après l'échéance ou la résiliation du contrat de distribution.

d) La contrepartie de l'obligation postcontractuelle

407.- Une contrepartie financière exigée en droit social. « *Le monde matériel repose sur l'équilibre, le monde moral sur l'équité* », cette formule de Victor Hugo constitue une devise qui trouve à s'appliquer lorsqu'il s'agit de vérifier les conditions de validité de la clause postcontractuelle restrictive

²⁰⁰⁰ ADLC, Décision relative à la prise de contrôle exclusif de la société *Lovefrance SAS par la société Groupe Berto*, 14 déc. 2009, n° 09-DCC-74.

²⁰⁰¹ Commission européenne, Communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, n° 11.

²⁰⁰² Commission européenne, Communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, n° 11.

²⁰⁰³ Article L. 341-2 du C. com., créé par Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 - art. 31 (V).

de la concurrence. Si tout travail mérite salaire, l'obligation postcontractuelle qui limite l'exercice professionnel du salarié après la rupture du contrat de travail, exige quant à elle une compensation²⁰⁰⁴. Toutefois, la contrepartie financière à la clause restrictive n'a pas toujours été une évidence. Issue d'un revirement de jurisprudence, l'exigence de contrepartie conditionnant la validité de la clause n'est apparue qu'en 2002²⁰⁰⁵. Elle a été vécue comme un véritable « *tsunami* » jurisprudentiel pour le droit social²⁰⁰⁶. La France ne fixe pas de montant minimum à la contrepartie indemnisant la période postcontractuelle de non-concurrence. Le droit français prévoit simplement d'encadrer les abus en sanctionnant de nullité les clauses dont la contrepartie serait dérisoire ou conditionnée. Le calcul de l'indemnité est pourtant prévu chez plusieurs voisins européens. En effet, le droit belge exige que la contrepartie consiste en un paiement unique et forfaitaire, correspondant à une indemnité compensatoire dans les quinze jours de la cessation du contrat de travail (l'employeur dispose légalement de ce même délai pour renoncer à se prévaloir de la clause). Le montant minimum se doit d'être égal à la moitié de la rémunération brute du débiteur calculée sur la durée de la clause postcontractuelle²⁰⁰⁷. Par ailleurs, tant le Luxembourg que la Belgique n'admettent pas les clauses limitatives à la charge des salariés dont le salaire est inférieur à un certain montant (50.298,38 euros annuel brut pour le Luxembourg²⁰⁰⁸ et 16.000 euros pour la Belgique²⁰⁰⁹). L'article 24, alinéa 2, de la loi chinoise sur le contrat de travail prévoit pour sa part que la clause restrictive ne peut excéder deux ans à compter de la cessation du contrat de travail²⁰¹⁰.

408.- L'absence de contrepartie en-dehors du droit social. Les contrats d'affaires ne sont pas soumis aux mêmes exigences²⁰¹¹, laissant voir combien le droit social est couvert par une régulation qu'il appelle spécifiquement. L'article L. 134-14 du Code de commerce²⁰¹² prévoit la possibilité d'insérer dans le contrat d'agence commerciale une clause de non-concurrence postcontractuelle. Pour être valable,

²⁰⁰⁴ « *Le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence (...) a pour objet d'indemniser le salarié tenu après la rupture du contrat d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi* », in Soc. 15 janv. 2014, Bull. 2014, V, n° 15, pourvoi n° 12-19.472.

²⁰⁰⁵ Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, D. 2002. 2491, note SERRA Y. ; RTD civ. 2003. 58, obs. HAUSER J. ; ROCHFELD J., RDC 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 17 ; LPA 22 août 2002, n° 168, p. 10 et 4 nov. 2002, n° 168, note PICCA G. et SAURET A. ; RJS 2033. 3, note KERBOUCH J.-Y.

²⁰⁰⁶ Selon l'expression de SERRA Y. au sujet des arrêts de Soc. 10 juill. 2002, préc., in D. 2002. 2491.

²⁰⁰⁷ Art. 65, 86 et 104 à 106 de la *loi n° 1978070303 du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*. Cf. ég. C.C.T. n° 1bis du 21 décembre 1978, conclue au sein du Conseil national du Travail, adaptant à la loi relative aux contrats de travail la convention collective de travail n° 1 du 12 février 1970, concernant la clause dérogatoire de non-concurrence.

²⁰⁰⁸ Art. L. 125-8 du Code du travail luxembourgeois.

²⁰⁰⁹ Art. 65, §2 de la loi relative aux contrats de travail.

²⁰¹⁰ BIN L., GUILLAUMOND R. et JIANG PING L., *Droit chinois des affaires*, préf. DELMAS-MARTY M., Larcier, 2013, Chapitre VI, Section 2, §4.

²⁰¹¹ BUCHER C.-E., « Clause de non-concurrence : validité », J.-Cl. Contr. Distr., fasc. 122, n° 86 s.

²⁰¹² « *Le contrat peut contenir une clause de non-concurrence après la cessation du contrat* » (al. 1).

La clause de non-concurrence n'est valable que pour une période maximale de deux ans après la cessation d'un contrat.

celle-ci doit, selon le texte, être géographiquement limitée, ne peut excéder une durée de deux ans, et viser le type de biens ou de services pour lesquels l'agent exerce la représentation aux termes du contrat. La clause ne doit pas avoir pour « *effet d'empêcher les anciens agents (...) d'exercer toute activité professionnelle* »²⁰¹³. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a néanmoins construit son appréciation en usant du critère de l'intérêt légitime, bien que celui-ci ne soit pas prévu par le législateur²⁰¹⁴. Mais la jurisprudence, appliquant strictement l'article L. 134-14, refuse de subordonner sa validité à l'octroi d'une contrepartie financière²⁰¹⁵. L'agent commercial ne peut donc espérer toucher, au titre d'une restriction postcontractuelle, une indemnité complémentaire à celle légalement prévue en fin de contrat²⁰¹⁶. Le droit des affaires n'a effectivement pas les mêmes enjeux que le droit social, dans lequel une protection du salarié est au cœur de préoccupations justifiées par la subordination caractéristique du contrat de travail et la présomption de déséquilibre entre contractants. Un certain libéralisme ressort donc de la matière civile et commerciale, dans laquelle les conventions sont réputées négociées plus librement. Mais il peut prendre des formes quelque peu contradictoires. Alors que, par exemple, en raison du caractère libéral de l'activité, la clause de non-concurrence postcontractuelle est prohibée dans la pratique de la profession d'avocat²⁰¹⁷, elle est licite en matière de mandat et l'absence de contrepartie est précisément justifiée par le caractère libéral de l'activité. La Cour de cassation a effectivement jugé que « *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* »²⁰¹⁸. Il en est de même dans la pratique de la profession de vétérinaire.

²⁰¹³ Com. 4 déc. 2007, pourvoi n° 06-15.137, D. 2008. 10, obs. CHEVRIER E., et 2193, obs. FERRIER D. ; RTD com. 2008. 615, obs. BOULOC B. ; D. 2008. 247, obs. GOMY M.

²⁰¹⁴ Com. 4 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 98, p. 107, pourvoi n° 00-14.688, JCP G, n° 42, 15 oct. 2003, II, 10164, obs. LICARI F.-X. ; D. 2002. 2328, obs. CHEVRIER E. ; D. 2003. 904, obs. PICOD Y. ; RTD com. 2003. 159, obs. BOULOC B. ; CCC 2002. Comm. 153, obs. LEVENEUR L. ; Com. 4 déc. 2007, préc., pourvoi n° 06-15.137. Cet ajout semble toutefois respectueux de la loi, dans la mesure où il peut être déduit de la limitation dans le temps et dans l'espace.

²⁰¹⁵ Com. 10 févr. 2015, pourvoi n° 13-25.667, D. 2015. 2526, Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Com. 4 déc. 2007, pourvoi n° 06-15.137, préc.

²⁰¹⁶ Le statut est effectivement règlementé, et il faudrait voir alors l'obligation postcontractuelle de non-concurrence de l'agent comme l'émanation de son devoir de loyauté (pour un ex. cf. MAZEAUD D., « Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », Defrénois, 30 mars 1999, n° 6, p. 371, obs. sous com., 24 nov. 1998, Bull. IV, n° 277, p. 232, pourvoi n° 96-18.357), et l'indemnité de fin de contrat comme une compensation forfaitaire des suites globales de la rupture.

²⁰¹⁷ Cf. *infra* n° 507 et s. Sauf cession de clientèle, v. *infra* n° 631.

²⁰¹⁸ Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvois n° 12-22.846 et 12-22.948, D. 2013. 2622, note BAHUREL C. ; *ibid.* 2812, obs. CDC Yves Serra ; *ibid.* 2812, obs. Y. PICOD ; JCP S 2012, n° 30, 1329, note LOISEAU G. La Cour de cassation précise à cette occasion que le mandataire ne peut alléguer un préjudice résultant de la perte de clientèle : justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour débouter un tel mandataire de sa demande d'indemnité pour perte de clientèle consécutive à sa révocation, relève que sa mission ayant été de faire connaître la société d'assurance mandante dans sa circonscription, ne lui permettant d'acquérir aucun droit sur la clientèle que ces derniers développaient directement pour le compte du mandant, lequel en conservait la propriété exclusive, et constate qu'il n'avait personnellement acquis, créé ou développé aucune clientèle personnelle durant l'exécution de cette mission, ce dont il résulte que, fut-il d'intérêt commun, le mandat n'avait pu lui conférer aucun droit propre sur une clientèle dont il n'assurait pas la gestion.

En effet, l'ancienne version de l'article R. 242-65 du Code rural et de la pêche maritime²⁰¹⁹ avait établi que, sauf convention contraire entre les intéressés, tout vétérinaire ayant exercé²⁰²⁰ en qualité de salarié ou de collaborateur dans un cabinet vétérinaire, une clinique vétérinaire ou un centre hospitalier vétérinaire ne peut fixer son domicile professionnel d'exercice ni exercer en tant que vétérinaire à domicile à moins de vingt-cinq kilomètres du lieu où il a exercé sa profession. La période d'interdiction, d'une durée de deux ans, court du lendemain du jour où cet exercice a pris fin²⁰²¹. Le Code ne prévoyait pas de contrepartie à cette restriction et le Conseil d'État est venu éclairer les raisons de cette dispense et se fondant sur le but poursuivi par la réglementation : les dispositions qui « *présentent un caractère purement supplétif, poursuivent notamment l'objectif, dans l'intérêt général de la profession réglementée de vétérinaire, de prévenir les litiges entre les vétérinaires qui ont entretenu des relations de salariat ou de collaboration ; que l'atteinte qu'elles portent à la liberté d'entreprendre n'est pas disproportionnée au regard de cet objectif, alors même qu'elles ne prévoient pas de compensation financière aux obligations qu'elles imposent ; qu'ainsi le moyen tiré de ce qu'elles seraient, pour ce motif, illégales doit être écarté* »²⁰²². On voit ainsi que le critère de la proportionnalité est utilisé par les Hauts conseillers pour légitimer la restriction, et que la notion d'intérêt général sert à éclipser le caractère libéral de l'activité²⁰²³. Ce qu'il faut retenir est que le caractère libéral d'une activité donne leur à une appréciation concentrée sur la légitimité de la clause, tandis que le contrat de travail est sujet à un équilibre renforcé. Le cas de l'agent commercial est néanmoins situé dans une zone intermédiaire, de même que pourrait l'être le distributeur ou le franchisé²⁰²⁴, en raison de la dépendance économique que

²⁰¹⁹ Antérieurement au décret n° 2015-289 du 13 mars 2015 modifiant le code de déontologie vétérinaire et différentes dispositions liées à l'exercice professionnel vétérinaire. La disposition est désormais ainsi rédigée : « *lorsqu'une clause de non-concurrence existe dans le contrat de travail et lorsque le vétérinaire en cause a exercé pour le compte d'un vétérinaire ou d'une société d'exercice vétérinaire au sein de plusieurs domiciles professionnels d'exercice, les contractants déterminent le domicile professionnel unique à partir duquel la clause sera applicable* ».

²⁰²⁰ L'exercice doit avoir été effectué pendant au moins trente jours, consécutifs ou non, au cours des deux années qui précèdent.

²⁰²¹ La distance minimale est réduite à 3 kilomètres si le lieu d'exercice quitté se trouve dans une agglomération de plus de 100000 habitants. Ces dispositions restent applicables au bénéfice des cessionnaires ou ayants droit.

²⁰²² CE 10 févr. 2016 ; BUCHER Ch.-E., « Légalité d'une disposition réglementaire de non-concurrence qui s'impose au vétérinaire salarié ou collaborateur, malgré l'absence de contrepartie financière », AJCA 2016. 294.

²⁰²³ LOCHOUARN D., *La profession, Approche juridique de la notion*, Lyon III, 1998 ; MARTIN A.-C., *L'imputation des risques entre contractants*, préf. FERRIER D., LGDJ, 2009 ; MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat; contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. GHESTIN J., LGDJ, 2004, n° 80 ; BERTREL J.-P., « Liberté contractuelle et société (essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés) », RTD com. 1996. 595 ; REVET Th., « La clause légale », in *Mél. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277. Comp. (intérêt général - valeur environnementale) art. L. 225-102-1 du C. de com. ; décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale ; BARLOW D., « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », D. 2012. 1502 ; BLIN-FRANCHOMME M.-P., « Prendre la RSE au sérieux ? L'obligation légale d'information sociale, environnementale et sur le développement durable en droit des sociétés », *Journ. sociétés*, juill. 2012, p. 44 s. Rapp. not. *supra* et *infra* n° 208, 308, 483, 571, 574, (influence de l'intérêt général).

²⁰²⁴ Cf. not. BEHAR-TOUCHAIS M., « Les obstacles à la sortie du franchisé », RLDA 2012, n° 4180. Cf. n° 58, 298, 301, 303, 314, 396, 403, 416 (protection du franchisé ou du distributeur).

peut laisser s'installer le contrat. L'exigence d'une contrepartie pourrait donc être portée par une adaptation de la logique du droit social et évaluée en fonction de l'économie générale du contrat. L'opportunité d'une indemnité devrait être générale, ce qui irait dans le sens de la limitation de principe aux atteintes à la libre concurrence, tandis que le montant de la contrepartie pourrait être apprécié selon les circonstances, par le biais d'un « *traitement chirurgical* »²⁰²⁵ des clauses restrictives, ce qui irait également dans le sens des réformes récentes²⁰²⁶. De plus, en découlerait une certaine harmonisation du régime générale de la clause.

409.- La clause de confidentialité. L'obligation de prévoir une contrepartie à la clause de non-concurrence ne s'impose pas non plus pour la clause de confidentialité²⁰²⁷. Alors vue comme « *un horizon indépassable* »²⁰²⁸, comment justifier l'absence de contrepartie pour les stipulations de discrétion ? La doctrine a pu défendre l'idée d'étendre sur ce point le régime de la clause de non-concurrence à celle de confidentialité, en se basant sur le fait qu'une telle obligation peut avoir pour effet de porter atteinte à la liberté économique du salarié²⁰²⁹, voire à sa liberté d'expression²⁰³⁰, ou encore d'organiser une « *sujétion particulière* »²⁰³¹, *propres à la protection du secret*²⁰³², étayant l'argument selon lequel « *étendue à la période post-contractuelle, la notion de sujétion particulière pourrait trouver une illustration supplémentaire lorsque le salarié accepte de rester lié par une obligation contractuelle alors que le contrat de travail est rompu. Dès lors que le salarié demeure tenu de respecter une obligation contractuelle de confidentialité, excédant la portée de l'obligation générale de ne pas nuire à son ancien cocontractant, une indemnité compensant les contraintes liées à cette sujétion particulière pourrait être*

²⁰²⁵ BUY F., « Loi "Macron" : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », D. 2015. 1902 : « *là où devrait prévaloir un traitement chirurgical, le législateur fait le choix d'un traitement en bloc, qui est d'autant plus regrettable qu'il repose sur un présupposé discutable (la fluidité des réseaux serait en général insuffisante)* ».

²⁰²⁶ Cf. not. n° 403.

²⁰²⁷ Une clause de discrétion n'est pas nécessairement jugée attentatoire à la liberté économique du salarié, de telle sorte qu'elle ne mérite pas forcément de contrepartie financière : « *la clause litigieuse ne portait pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais se bornait à imposer la confidentialité des informations détenues par lui et concernant la société* », in Soc. 15 oct. 2014, n° 13-11.524. Cf. GRATTON L., « La clause de confidentialité sans contrepartie financière, un horizon indépassable ? », Rev. trav. 2015. 39.

²⁰²⁸ GRATTON L., *Ibid.*

²⁰²⁹ *Idem.*

²⁰³⁰ V. not. MAZEAUD A., *Droit du travail*, 2014, LGDJ, Lextenso, n° 596, et LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », Dr. soc. 2005. 173.

²⁰³¹ LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *ibid.*, qui rappelle « *l'étroitesse des liens entre la maîtrise de l'information par une entreprise et sa compétitivité fait figure de lieu commun dans une société dite de l'information* » et que « *à l'occasion de l'exercice de leurs prérogatives, [les salariés] sont destinataires d'informations fournies par l'employeur. Ces dernières peuvent présenter un caractère confidentiel. Ceux qui y accèdent sont alors tenus de s'abstenir d'en faire état en dehors de l'entreprise. Aussi la loi prévoit-elle que les membres du comité d'entreprise, les « représentants syndicaux » ? (art. L. 432-7, al. 2 C. trav.) et les délégués du personnel (art. L. 422-3, al. 4 et art. L. 422-4 in fine C. trav.) sont tenus « à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant » ».*

²⁰³² Cf. Soc., 2 déc. 1987, inédit, pourvoi n° 85-43.384.

imposée »²⁰³³. La question est donc de déterminer si le devoir pour un salarié de ne pas nuire à son ancien employeur est susceptible d'être compensé par le versement d'une indemnité. La loyauté et la confiance s'achètent-elles ? La réponse à ces questionnements ne réside probablement pas en une réponse ferme. En effet, la contrepartie financière de la clause ne doit pas être envisagée comme la récompense proposée à un comportement directement enraciné dans le devoir de loyauté du salarié²⁰³⁴. Ce n'est pas pour autant que la probité n'est pas susceptible d'occasionner un préjudice postcontractuel, lorsque le silence imposé à l'employé le prive, de manière effective, de saisir de nouvelles opportunités professionnelles. C'est pourquoi une mise en balance doit être faite entre lutte contre l'opportunisme et préservation des opportunités postcontractuelles. Comme c'est le cas dans le recours à la clause de non-concurrence, cette appréciation peut s'appuyer sur des éléments objectifs tels que les compétences du débiteur, le marché dans lequel elles s'inscrivent, etc. Le juste équilibre ne doit certainement pas se focaliser sur la lutte contre l'opportunisme. Il doit faire la part belle à la liberté de saisir des nouvelles opportunités. C'est pourquoi les clauses postcontractuelles obéissent nécessairement à une loi de l'éphémère. Elles doivent être jugulées par une durée.

§2) La durée des obligations postcontractuelles

410.- L'après-contrat aussi doit finir. « *Les parties ne sont pas si douées qu'elles soient capables des stipulations qui résistent à la durée* »²⁰³⁵. Même si elles peuvent se vanter de survivre à l'extinction de la convention, ou de naître à l'occasion de celle-ci, alors que les anciennes générations d'obligations conventionnelles périssent inexorablement, les clauses postcontractuelles ne peuvent pas pour autant prétendre à l'éternité²⁰³⁶ : « *le propre de l'après-contrat [...] est de permettre au contrat de survivre à travers ces obligations postcontractuelles. Aussi, la fin de l'après-contrat sera-t-elle subordonnée à l'extinction de ces obligations* »²⁰³⁷. Toutes prisonnières d'une durée, certaines clauses sont plus éphémères que d'autres. C'est pourquoi, à titre d'illustration, une clause imposant une limitation

²⁰³³ GRATTON L., art. préc.

²⁰³⁴ Au sujet de l'obligation de non-concurrence : l'action disciplinaire « *a pour conséquence de donner naissance à un après-contrat en prolongeant certaines obligations contractuelles, parce qu'elles paraissent nécessairement s'évincer de la déontologie professionnelle* », in VIRASSAMY J., « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD Com 1988. 213, n° 43. Cf. (sur la loyauté) n° 5, 93, 199, 300 et s., 318 et s., 365, 370, 385, 395 et s., 409, 415, 432 et s., 449 et s.

²⁰³⁵ LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 226,

²⁰³⁶ Civ. 3e, 18 mars 1987, Bull. civ. III, n° 59, pourvoi n° 85-16171, D. 1988, som., p. 177, obs. SERRA Y., (cession immobilière) ; Paris, 5e ch., 23 sept. 1999, LPA 30 mars 2000, p. 12 (réduction de la clause illimitée dans le temps à deux ans) ; Caen, 1^{ère} ch., 3 nov. 2005, D. 2006, p. 2924, obs. GOMY M. (contrat de franchise).

²⁰³⁷ ANDRE DUMONT GRIGNON, L'après-contrat, p. 25.

professionnelle au débiteur ainsi qu'à son conjoint, ses descendants et ses successeurs, sur une période de 99 ans, doit être considérée comme « *contraire à la liberté du commerce, en raison de la durée excessive prévue pour l'application de cet engagement, durée qui, s'étendant sur plusieurs générations, était équivalente à une véritable absence de limitation dans le temps* »²⁰³⁸. Le droit français ne fixe pas précisément pour autant de délai acceptable²⁰³⁹. L'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la restriction est laissée à l'appréciation du juge. De façon générale, une différence doit nécessairement être effectuée entre les clauses insérées dans les contrats civils, et celles négociées dans les contrats de travail, dans les contrats d'affaires. Assurément, l'enjeu est différent selon qu'il s'agit de la liberté d'un particulier, d'un salarié, partie protégée et dont le pouvoir de négociation est présumé inférieur à celui de l'employeur, et la liberté du partenaire commercial, réputé plus à même de protéger ses intérêts au moment de contracter. *La clause processuelle (A), la clause d'inaliénabilité (B) et la clause de non-concurrence (C)* serviront d'illustration.

A- LA CLAUSE PROCESSUELLE

411.- La durée de la clause processuelle. Les clauses processuelles soutiennent des obligations qui ne s'éteignent véritablement que lorsqu'elles sont frappées de nullité. Sinon, elles suivent leur chemin jusqu'à leur mise œuvre par voie d'action, ou bien s'éloignent progressivement du temps contractuel avant de tomber dans les oubliettes de la prescription. Si la clause compromissoire, comme les autres clauses processuelles, ne connaît pas de durée autre que celle attachée au temps de l'action, tel n'est pas le cas du compromis qui, formé après la survenance du litige, doit déterminer la durée de la mission arbitrale²⁰⁴⁰. En matière d'arbitrage, il convient d'appliquer le principe compétence-compétence. C'est le tribunal arbitral lui-même qui statue par principe sur la validité et l'étendue de l'acte compromissoire. La convention d'arbitrage peut être soumise à une durée prévue par le règlement de l'institution arbitrale, ou elle peut obéir à un terme extinctif prévu par les parties. Si les parties n'ont pas prévu de terme, la loi supplée alors à leur volonté en prévoyant un délai de 6 mois²⁰⁴¹. La célérité étant une des motivations du recours à l'arbitrage, il est logique que le compromis soit circonscrit à une durée. La mission arbitrale a donc sa propre horlogerie et répond d'un délai dont le point de départ est la saisine de la juridiction arbitrale. L'article 1456 du Code de procédure civile vient préciser que la date de saisine

²⁰³⁸ Reims, 12 oct. 1976, D. 1977, I.R., p. 278.

²⁰³⁹ Sauf stipulations spéciales, v. par exemple : statut d'agent commercial (art. 134-14 du C. de com. Limite la clause de non-concurrence postcontractuelle à deux ans), ou droit de la distribution (clause d'exclusivité limitée à 10 ans, cf. *supra* n° 58, 250).

²⁰⁴⁰ Art. 1477 du CPC : *L'expiration du délai d'arbitrage entraîne la fin de l'instance arbitrale.*

²⁰⁴¹ Art. 1463 du CPC.

intervient quand le tribunal arbitral est constitué, c'est-à-dire lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. Si le consensualisme fondateur de la convention permet aux parties de proroger le délai initialement prévu, il faut néanmoins préciser que le compromis reste la chose des parties, si bien que l'arbitre n'a pas la possibilité de proroger le délai prévu²⁰⁴². En revanche, le juge d'appui dispose d'un pouvoir de prorogation.

412.- La clause annulée par une convention ultérieure. Il peut également arriver que l'après-contrat empêche le déploiement d'une clause appelée normalement à s'appliquer en période postcontractuelle. Tel est notamment le cas lorsque le contrat définitif est précédé de contrats préparatoires. La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi mis en évidence l'effet rétroactif d'une clause d'annulation²⁰⁴³ contenue dans un contrat de travail liant un joueur de rugby à un club sportif²⁰⁴⁴. En l'espèce, c'est au cours d'une action survenue postérieurement à la résiliation de la convention que le rugbyman a obtenu la condamnation du club au paiement d'une clause pénale prévue dans l'avant-contrat d'embauche. Les juges prud'homaux se fondaient alors le fait que « *la signature du contrat à durée déterminée a pour principal objet de ratifier le pré-contrat* », excluant *ipso facto* le précontrat de la catégorie des « *contrats (ou accords) passés antérieurement* », et donc du champ de la clause d'annulation. La Cour de cassation n'a toutefois pas suivi ce raisonnement en opérant une interprétation très stricte de la clause d'annulation, jugeant que le précontrat était saisi par cette clause²⁰⁴⁵, et faisant ainsi du critère temporel le seul et unique critère d'identification de ce qui relève du contrat et de ce qui reste en-dehors. En ne permettant pas à la clause pénale de « *survivre* »²⁰⁴⁶, elle donne pleine puissance à la volonté des parties,

²⁰⁴² En cas de recours à un arbitrage institutionnel, l'institution peut se composer de divers organes, dont l'un a pour mission d'assurer le bon déroulement de la procédure en se prononçant notamment sur les demandes de prorogation de la mission de l'arbitre. Cf. MOREAU B., *Rép. dr. com. Dalloz*, V° « Arbitrage international », 2016, n° 171 (sur la compétence du juge d'appui en la matière), et *ibid.*, V° « Arbitrage commercial », 2013, (actu. janv. 2017), n° 260 et s. ; LOQUIN E., « L'institution d'arbitrage doit-elle notifier aux parties sa décision de proroger le délai de l'arbitrage ? », *RTD com.* 2003. 479 ; du même auteur, « *Errare perseverare diabolicum est* : une nouvelle affirmation de la prétendue nullité de la clause donnant au président du tribunal arbitral mandat pour proroger le délai d'arbitrage pour une durée déterminée », *RTD com.* 2006. 760. *Adde* (prorogation tacite), BENSAUDE D., *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n° 11, obs. sous Paris, P. 1, ch. 1, 15 oct. 2013, RG n° 12/03016 ; JAEGER L. et RAMBAUD MARTEL O., « La preuve de la prorogation du délai d'arbitrage », *Cahiers de l'arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 453, obs. sous. Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2010, *Bull. civ. I*, n° 175, pourvoi n° 08-21.313 ; BENSAUDE D., « Extension du délai pour rendre la sentence par l'arbitre », *Gaz. Pal.*, 14 mars 2015, n° 73, p. 6, obs. sous Paris, P. 1, ch. 1, 4 nov. 2014, RG n° 13/22288 : annulation d'une sentence au motif que si les parties peuvent étendre le délai, elles ne peuvent laisser l'arbitre le faire lui-même ; HENRY M., « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », *Cah. de l'arb.*, 1^{er} juill. 2015, n° 2, p. 313.

²⁰⁴³ Clause rédigée comme suit : « *tous les contrats (ou accords) passés antérieurement entre le club et le joueur sont annulés* ».

²⁰⁴⁴ Soc., 2 avr. 2014, *Bull. civ. V*, n° 96, pourvoi n° 11-25.442.

²⁰⁴⁵ « *Alors que le contrat signé le 13 juillet 2007 stipulait que tous les contrats ou accords antérieurs conclus entre le club et le joueur étaient annulés, ce dont il résultait que le précontrat du 19 février 2007 était saisi par cette clause d'annulation* ».

²⁰⁴⁶ LATINA M., « La clause "d'annulation des contrats précédents" est efficace », *L'essentiel Droit des contrats*, 12 juin 2014 n° 6, p. 3, obs. sous Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 11-25.442.

et rappelle que « *la liberté contractuelle offre en effet aux contractants la possibilité de résilier un contrat, afin d'en conclure un nouveau* »²⁰¹⁷.

B- LA CLAUSE D'INALIÉNABILITÉ

413.- La fixation dans le temps de la volonté du donateur. La clause d'inaliénabilité²⁰¹⁸ est en quelque sorte un « *droit de véto* »²⁰¹⁹ consenti à une partie sur les intentions de l'autre. En effet, la clause consiste en une obligation faite au débiteur de transférer volontairement son bien ou son droit. L'inaliénabilité définit ainsi la qualité du bien ou du droit insusceptible d'aliénation. Ainsi, ces clauses « *entravent les mutations, figent les patrimoines, réduisent les possibilités de crédit, gèlent des sols constructibles* »²⁰⁵⁰. « Entraver », « figer », « réduire », « geler », la fonction de l'obligation est de contraindre avec une gravité particulière les libertés du débiteur, condamné à « *traîner dans [son] patrimoine, par la grâce de testateurs trop sentimentaux, des propriétés inaliénables, ruineuses à conserver, qui, vendues, permettraient des emplois profitables* »²⁰⁵¹. Le procédé a néanmoins été admis par la jurisprudence²⁰⁵², et est prévu par la loi²⁰⁵³, aménageant ainsi une exception à la libre disposition des biens dont on a la

²⁰¹⁷ LATINA M., *idem*, remarquant que « *pour obtenir la renaissance du contrat initial, il aurait fallu que le joueur parvienne à faire prononcer la nullité du contrat définitif* ».

²⁰¹⁸ CONCHON H., « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », LPA 2002, n° 75, p. 6 ; CORVEST H., « L'inaliénabilité conventionnelle », Defrénois 1979, art. 32126, p. 1377 ; DROSS W., *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^e éd., 2011, Litec, V° « Inaliénabilité » ; MESTRE J. et RODA J.-Ch., *Les principales clauses des contrats d'affaire*, Lextenso, 2011, V° « Clause d'inaliénabilité » ; CARBONNIER J., *Les biens*, PUF, 1995, n° 88 ; CHAPUT Y., « Les clauses de garantie », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990*, PUAM, 1990, p. 126 ; « Les sûretés négatives », in *Ann. Fac. droit Clermont-Ferrand*, 1974, p. 167 ; BERHHEIM-DESVAUX S., « La clause d'inaliénabilité d'un bien », CCC 2013, n° 5 ; CHÉRON A., « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », RTD civ. 1906. 339 ; SIMLER Ph., « Les clauses d'inaliénabilité », D. 1971. Comm. lég. 416 ; MORIN M., « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », Defrénois 1971. 1184..

²⁰¹⁹ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, n° 836.

²⁰⁵⁰ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, n° 832.

²⁰⁵¹ CARBONNIER J., *Les biens*, *op. cit.*, n° 88.

²⁰⁵² Civ. 20 avr. 1868, D. 1858, I. p. 154 : « *aucune loi ne défend au père de famille qui fait donation de ses biens à ses enfants, de s'en réserver l'usufruit, et, soit dans l'intérêt de son droit comme usufruitier, soit pour en assurer l'exercice du droit de retour qui peut un jour lui appartenir, d'imposer à ses enfants la condition de ne pas aliéner* ». Comp. ante. (clause sanctionnée de nullité absolue) Lyon, 7 avr. 1835, D. 1836. II. 83 ; Paris, 11 mars 1836, S. 36. II. 360 ; Douai, 29 déc. 1847, S. 48. II. 462 ; Civ., 20 avril 1858, D.P. 58. I. 154, S. 58. I. 589.

²⁰⁵³ Art. 900-1 du C. civ. : « *Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales* ». Certaines choses sont cependant inaliénables par principe, telles que les souvenirs de famille (Civ. 2^e, 29 mars 1995, Bull. civ. II, n° 115, pourvoi n° 93-18.76, D. 1995. 330, obs. GRIMALDI M., RTD civ. 1996. 420, obs. ZENATI F.), les sépultures (Civ., 11 avr. 1938, D.H. 1938, p. 321), ou encore les biens appartenant à l'administration (ROLAIN M., *La limitation du droit de propriété en matière immobilière*, th. Nice, 2015, n° 7 ; art. L. 3111-1 du CGAZ. PAL.PP, L. 1311- du CGCT ; L. 622-14 du C. patr.).

propriété et au principe de libre circulation des biens²⁰⁵⁴. Le domaine des libéralités est certainement représentatif du recours à cette technique contractuelle²⁰⁵⁵ qui réduit l'acte à titre gratuit en « *demi-libéralité* »²⁰⁵⁶. Mais la validité de la clause est conditionnée par l'intérêt légitime qui la justifie²⁰⁵⁷, et sa limitation dans le temps²⁰⁵⁸. L'intérêt peut par exemple résider dans le fait que l'aliénateur est usufruitier du bien concerné, ou qu'il bénéficie d'un droit de retour²⁰⁵⁹. L'exigence de limitation dans le temps permet de limiter l'atteinte faite à la liberté du débiteur qui ne peut voir ses droits perpétuellement aliénés. La jurisprudence admet la validité de la durée correspondant à la vie de l'aliénateur²⁰⁶⁰ lorsque la clause concerne les libéralités. En revanche, les juges font preuve de moins de tolérance dans les actes à titre onéreux²⁰⁶¹. La vision du temps juridique n'a plus la même échelle selon que le droit est gratuit ou payant, mais aussi selon le domaine dans lequel le contrat s'inscrit. La patience du donataire, destinataire d'un *donum*²⁰⁶², qui reçoit sans contrepartie, n'a semble-t-il pas la même limite que celle d'un cessionnaire. De même, les enjeux et le rythme du droit de la famille et des successions ne sont assurément pas les mêmes qu'en matière commerciale, laquelle, pour vivre, doit se nourrir de la disponibilité et de la circulation des biens. Si la clause d'inaliénabilité peut donc figer le *statu postquam* durant un temps plus ou moins long, elle ne peut être perpétuelle et doit permettre du débiteur de pouvoir s'émanciper de l'état postcontractuel dans lequel la clause l'a enfermé. La clause de non-concurrence procède également d'une restriction dans le temps ultérieure de la liberté du débiteur de la stipulation.

²⁰⁵⁴ Art. 544 du C. civ. Cf. STRICKLER Y., *Le droit des biens*, Thémis, PUF, n°258 ; RAYNAUD B., *La stipulation d'indisponibilité*, th. Clermont-Ferrand, Préf. CHAPUT Y., PU Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, p. 55 et s. ; SCHUTZ R.-N., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Inaliénabilité », 2014, (actu. juin 2016), n° 88 ; ROLAIN M., *La limitation du droit de propriété en matière immobilière*, th. Nice, 2015, n° 623 ; Cf. néanmoins sur le principe d'inaliénabilité du domaine public : ROLAIN M., *La limitation du droit de propriété en matière immobilière*, th. Nice, 2015, n° 7 ; AUBERT J.-L., « Le droit de disposer de l'immeuble », *Études Flour*, 1979, Defrénois, p. 1 ; BERRA D., *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969, BEYNEIX I., *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, th. Paris I, 2004.

²⁰⁵⁵ Rapp. *infra* n° 532 et s.

²⁰⁵⁶ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *op. cit.*, n° 836 *in fine*.

²⁰⁵⁷ Rapp. *infra* n° 406 (intérêt légitime dans la clause de non-concurrence).

²⁰⁵⁸ Rapp. *infra* n° 414. L'art. 900-8 du C. civ. Prévoit qu'est réputée non-écrite toute clause qui priverait de la libéralité celui qui mettrait en cause la validité de l'inaliénabilité.

²⁰⁵⁹ Civ. 1^{re}, 20 juill. 1982, Bull. civ. I, n° 267, pourvoi n° 81-13.192; MOUSSERON J.-M., MOUSSERON P., RAYNARD J., et SEUBE J.-B., *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 800.

²⁰⁶⁰ Civ. 1^{re} janv. 1975, Bull. civ. I, n° 8, pourvoi n° 73-1.648.

²⁰⁶¹ L'appréciation est faite à la lumière de la situation. Par exemple, la durée de vie limitée d'une société destinataire commandera une durée encore plus limitée de la clause restrictive. V. pour une SAS légalement limitée à dix ans : Poitiers, 12 nov. 2002, RJDA 2003, n° 966.

²⁰⁶² *Donum* ou *donatio* est un « cadeau », « libéralité » en droit romain. V. VAN WETTER P., *Les obligations en droit romain*, vol. 3, A. Host éd., 1886, p. 175 ; PETIT E., *Traité élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Libr. Nouv. de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éd., 1903, p. 434 ; BAYLE (Abbé), *Le symbolisme du droit romain*, Libr. des Saints-Pères, 1908, p. 237.

C- LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

414.- Dualisme de la clause et de la protection du débiteur. La clause de non-concurrence peut servir aussi bien dans un après-contrat de travail que dans un après-contrat commercial. Ma nature du lien contractuel est différente, compte tenu du fait que la protection due au salarié est accrue en le droit social, chose qui ne se retrouve pas nécessairement en droit commercial²⁰⁶³. Parce que les enjeux ne sont pas les mêmes, il convient donc de distinguer la durée des clauses de non-concurrence en droit du travail (*a. La durée des clauses de non-concurrence en droit du travail*) de celle des clauses en droit des affaires (*b. La durée des clauses de non-concurrence en droit des affaires*).

a) La durée des clauses de non-concurrence en droit du travail

415.- Brièveté de la clause. La clause de non-concurrence est utilisée en droit du travail où elle est souvent présentée comme une extension du devoir de loyauté et plus généralement d'un « *civisme contractuel et contrepartie de la confiance particulière que l'employeur place en son salarié* »²⁰⁶⁴. Une des conditions de sa validité est sa limitation dans le temps et dans l'espace. Cette condition est directement liée au besoin de sauvegarder pour le débiteur un socle minimal de liberté postcontractuelle²⁰⁶⁵. Hormis les délais éventuellement imposés par les conventions collectives, la limite acceptable de l'atteinte à la liberté de travailler est donc appréciée par le juge. Cette durée, pour ne pas être abusive, ne doit pas excéder le temps strictement nécessaire à la protection de l'intérêt légitime du créancier. Le premier sentiment est celui d'une nécessaire brièveté de la clause de non-concurrence. Son étendue est inévitablement corrélative de l'importance de l'intérêt postcontractuel, lui-même directement lié à la valeur d'éléments tels que les informations et compétences auxquelles a eu accès le contractant durant la relation, l'importance des intérêts économiques, techniques, ou financiers, le champ d'activité concerné, la contrepartie offerte à l'obligation de non-concurrence, sa limitation dans l'espace, la durée du contrat, les responsabilités confiées au salarié²⁰⁶⁶, etc. L'idée est que le contenu de l'intérêt protégé soit légitimement soumis à une certaine discrétion, voire confidentialité, à l'instar de la notion anglo-saxonne de *trade secret*²⁰⁶⁷.

²⁰⁶³ V. néanmoins la prohibition de la clause de non-concurrence dans certains secteurs de la distribution, *infra* n° 403.

²⁰⁶⁴ PICOD Y. et ROBINNE S., « Concurrence (obligation de non-concurrence) », *in Rép. Soc. Dalloz*, § 8.

²⁰⁶⁵ Cf. not. *supra* n° 402 et s.

²⁰⁶⁶ Cf. not. SERRA (Y.), « *La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail* », D. 1996. 245.

²⁰⁶⁷ La notion désigne les informations, le savoir-faire, formules, brevets, programmes, méthodes et techniques qui forment en eux-mêmes une valeur économique actuelle ou potentielle, généralement inconnue en dehors de la partie qui en bénéficie (personne morale ou personne physique). En raison de leur valeur économique, les éléments formant le « *trade secret*

Si en France la délimitation temporelle de la clause postcontractuelle est laissée à la volonté des parties, certains de nos voisins européens prévoient une durée légale maximale. Tel est le cas de la Belgique qui limite la durée de la clause postcontractuelle à 12 mois après la cessation de la relation de travail, sous réserve du régime dérogatoire en faveur des représentants de commerce et les relations de travail relatives à des activités portant sur des marchés internationaux ou disposant d'un service de recherche propre²⁰⁶⁸. Néanmoins, son efficacité est neutralisée si la rupture de la relation intervient dans les six premiers mois de l'exécution du contrat. Le droit luxembourgeois limite également la durée légale de la clause de non-concurrence à un an suivant la cessation de la relation de travail²⁰⁶⁹. En cas de non-respect de cette règle, le juge peut procéder à la réfaction de la clause de manière à la ramener à la durée légalement admise. La clause peut être adjointe au contrat en cours d'exécution de celui-ci. Quant à la législation allemande, elle autorise une durée postcontractuelle de vingt-quatre mois²⁰⁷⁰, tandis que l'Italie prévoit une durée maximale de trois années pour les salariés et cinq pour les *dirigenti*²⁰⁷¹.

La clause de non-concurrence fait partie, en droit social anglais, des *post-termination restraints of trade*²⁰⁷². Le droit anglais rejoint le droit français sur le critère de la durée de la clause : il n'impose pas de limitation expresse de cette durée qui est prévue comme devant être raisonnable. Toutefois, contrairement aux législations française, luxembourgeoise et belges, la limitation ne vise pas que la réinstallation du salarié à son compte, mais également l'embauche ultérieure par une autre entreprise. La limitation professionnelle est donc grande, ce qui peut paraître paradoxal avec la construction jurisprudentielle anglaise de l'admission de la clause limitative. En effet, alors que l'utilisation de la clause de non-concurrence a connu une licéité de principe en France²⁰⁷³, la jurisprudence anglaise a d'abord affirmé une nullité de principe. Elle a effectivement estimé que de telles clauses sont nulles *prima facie*. Cette appréciation repose sur la nature des clauses assimilées à des *restraint of trade*, c'est-

doivent être maintenus confidentiels. Sur cette définition, (constitutive de la définition légale la *Law of trade secret* aux Etats-Unis), cf. FORD K. E., NOTESTINE K. E. et HILL R. N., *Fundamentals of employment law*, Tort and insurance practice, ABA, 2^e éd., 2000, p. 385. *Adde* Commission européenne, *Étude Trade secret*, Ares(2016)98815, disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_executive-summary_fr.pdf *Adde* SCHILLER A. A., « Trade secrets and the roman law : The *actio servi corrupti* », *Columbia Law Review*, 1930, p. 837 ; CROSS J. T., « Trade secrets, confidential information, and the criminal law », *McGill Law Journal*, 1991, vol. 36, p. 525.

²⁰⁶⁸ Cf. Convention collective de travail n° 1 BIS du 21 déc. 1978 adaptant à la loi relative aux contrats de travail la convention collective de travail n° 1 du 12 févr. 1970, concernant la clause dérogatoire de non-concurrence, modifiée par la Convention collective du travail n° 1 TER du 28 févr. 1980. Disponible ici : <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-001-bis.pdf>

²⁰⁶⁹ Art. L-125-8 du Code du travail.

²⁰⁷⁰ § 74a *Handelsgesetzbuch* (Code de commerce allemand).

²⁰⁷¹ Art. 2125 C. civ.

²⁰⁷² FREEDMAN M. et *alii*, *The contract of employment*, Oxford University Press, 2016, p. 573 et s.; TURNER Ch., *Unlocking employment law*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2013, p. 153; HOLLAND J., BURNETT S., and MILLINGTON Ph., *Employment law 2016*, Oxford University Press, p. 221; CRAWFORD SPENCER E., *The regulation of franchising in the new global economy*, 2010, p. 111.

²⁰⁷³ Cf. la réforme apporté par la Loi dite *Macron*, *supra* n° 403.

à-dire des entraves à la liberté du commerce. Si l'arrêt *Nordenfelt* a marqué en 1894 l'admission de la clause de non-concurrence, cela ne constituait qu'une voie d'exception : la prévision est tolérée si elle s'inscrit dans un encadrement raisonnable de la liberté et que cet encadrement est rendu nécessaire à la protection de l'intérêt des parties ou du public. En 1913, la Chambre des Lords renouvelle cette tolérance et permet l'utilisation de la clause pourvu qu'elle soit limitée dans le temps et l'espace, et strictement adaptée aux intérêts légitimes protégés²⁰⁷⁴.

Finalement, la référence aux critères de légitimité, de nécessité et de proportionnalité, doit suffire pour permettre au juge d'apprécier la validité ainsi que l'étendue de la restriction. Il n'est pas certain qu'une limite numériquement exprimée soit souhaitable. La liberté postcontractuelle devrait permettre aux parties de convenir ensemble des modalités d'application de la clause, dans le respect du régime légal. Le caractère raisonnable de la stipulation doit ainsi s'apprécier *in casu*.

b) *La durée des clauses restrictives en droit commercial*

416.- La durée de la clause restrictive en droit des affaires. La brièveté de la limitation peut sembler *a priori* moins de rigueur en matière commerciale. La légitimité de l'intérêt protégé par le créancier a en miroir la capacité du débiteur à faire valoir ses propres intérêts, dans un rapport de force qui paraît assurément plus équilibré qu'en matière sociale. Bien que cet équilibre puisse être discutable dans certains secteurs du droit, tel que celui du droit de la distribution²⁰⁷⁵, l'appréciation du caractère

²⁰⁷⁴ *Mason/Provident Clothing and Supply Co Ltd*, 1913, A.C. p. 24. *Adde Herbert Morris Ltd/Saxelby*, 1916, A.C. p. 688.

²⁰⁷⁵ Le contrat de distribution est marqué par un déséquilibre né du lien de dépendance économique qui peut s'installer entre le distributeur et son fournisseur. Ces contrats nécessitent ainsi une certaine vigilance servant le rééquilibrage des forces, pouvant passer par une obligation de renseignement précontractuel ou encore par la sanction des clauses autorisant le fournisseur à fixer unilatéralement des prix de vente ultérieurs. Cette protection peut se prolonger au-delà de l'exécution de la convention. Cette éventualité, dans l'étude qui nous intéresse, pourrait s'identifier comme celle d'une obligation pour le fournisseur de renouveler une relation arrivée à son terme. La situation précaire dans laquelle peut se retrouver le distributeur à la cessation du contrat, se discute notamment au sujet de la perte de clientèle. L'abus dans l'exercice du droit de rupture ou du refus de renouvellement sera donc également un objet de contrôle. Cf. sur l'ensemble de ces questions : (régulation dans le droit de rupture) BEAUCHARD J., « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, Mélanges. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 et s. ; REIS P., « Déséquilibres économiques et relations entre la grande distribution et ses fournisseurs » in colloque « Déséquilibres économiques et droit économique » sous la direction de L. BOY et de S. MENETREY, Ed. LARCIER 2015 Chapitre 3, p. 51-65 ; AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008, spéc. n° 12, 20, 28 ; STERLIN C., *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, th. Lille 2, 2003, spéc. pp. 57-91 ; LICARI F.-X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 58, Litec, 2002 ; DISSAUX N. et LOIR R. (dir.), *La protection du franchisé au début du XXIe siècle*, L'Harmattan, 2009 ; BOUVIER A., *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015, n° 439 et s. ; TIQUANT O., « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », LPA, 22 juin 2010, n° 123, p. 11 ; DISSAUX N., « L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », RDC, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1072 ; FERRIER D., « L'obligation d'informer le futur franchisé », RDC, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1068 ; MESTRE J., obs. sous Com., 25 févr. 1986, RTD. civ. 1987, p. 85, (parlant d'un devoir de méfiance à l'égard du concédant) ; (devoir d'assistance) Com., 30 janv.

raisonnable de la limitation est plus souple lorsqu'il s'agit de clauses insérées dans un contrat commercial. La jurisprudence a ainsi pu admettre la validité de clauses dont la durée comptait entre dix et trente ans d'obligation de non-concurrence²⁰⁷⁶. Toutefois, s'il ne s'agit pas en l'occurrence de limiter l'atteinte à la liberté de travailler, comme pour le salarié, il reste impératif d'empêcher la sclérose du marché. C'est pourquoi les clauses de non-concurrence sont assimilées à des « *restrictions accessoires* », envisagées comme des ententes anti-concurrentielles, c'est-à-dire des entraves à la concurrence qui sont organisées au sein d'un accord *inter partes*²⁰⁷⁷. Alors que les obligations de non-concurrence courant pendant la durée du contrat sont facilement admises, celles qui ont vocation à déployer leurs effets dans la période postcontractuelle sont soumises à plus d'attention. En effet, la clause n'est pas considérée comme restrictive de la concurrence si elle s'avère nécessaire « *au maintien et à l'identité du réseau* »²⁰⁷⁸ et si sa durée n'excède pas celle de l'accord de franchise.

417.- Les restrictions postcontractuelles, plus discutées. Mais les clauses postcontractuelles, considérées « *plus difficiles à justifier, plus discutées* »²⁰⁷⁹, sont quant à elles assimilées *per se* à une restriction de la concurrence, susceptible d'être couverte par une exemption à la condition qu'elle soit proportionnée et nécessaire. La raison de cette méfiance à l'égard d'une restriction trouvant à s'appliquer après le contrat repose sur le fait qu'une telle contrainte ne trouvera pas, au moment de son application, d'obligation postcontractuelle réciproque²⁰⁸⁰. La durée permet notamment d'en évaluer le caractère proportionné, c'est-à-dire si elle répond strictement au degré de nécessité de la protection, ou si elle va au-delà. Un contrôle renforcé est assurément justifié par le caractère postcontractuel qui induit l'existence d'une restriction de la liberté dans un temps naturellement dévoué au retour à la liberté pour les parties. Le régime afférent est nécessairement teinté par des règles issues du droit de la concurrence. L'influence du droit européen en la matière s'avère incontournable²⁰⁸¹, au travers notamment du droit

1996, JCP G 1996, 1, 3929, obs. JAMIN Ch. ; Douai, 6 sept. 2007, RG n° 06/01777 ; (devoir de bonne foi renforcé du franchiseur) Versailles, 29 oct. 1992 ; Douai, 6 oct. 1992 ; Paris, 3 févr. 1994, D. 1995, somm. p. 75, obs. FERRIER D.

²⁰⁷⁶ Aix-en-Provence, 2^e ch., 15 févr. 1977, Bull. Aix 1977/30, n° 1 ; Civ., 2 juill. 1900, DP 1901, 1, p. 294 ; Com., 20 févr. 1979, Bull. civ. IV, n° 70, p. 54, pourvoi n° 77-13.653 *il s'agissait de la clause des statuts d'une société commerciale interdisant aux associés d'occuper des fonctions dans une entreprise ayant le même objet que la société.*

²⁰⁷⁷ Tel qu'exprimé in *Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2005/C 56/03)*, I.2 : « *La modification des règles régissant l'appréciation des restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration (ci-après également dénommées «restrictions accessoires») introduit le principe de l'appréciation de ces restrictions par les entreprises elles-mêmes* ».

²⁰⁷⁸ Cf. *supra* n° 406 (condition de nécessité).

²⁰⁷⁹ DEPINCE M., « *La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives* », art. préc.

²⁰⁸⁰ « *La validité et l'exécution des clauses de non-concurrence ne sont donc problématiques, pour l'essentiel, que lorsqu'elles ont une valeur post-contractuelle, lorsque le débiteur de la clause ne trouve plus de contrepartie immédiate à son engagement de non-concurrence* », in DEPINCE M., « *La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives* », art. préc.

²⁰⁸¹ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE, n° L 102, 23 avr. 2010. Ce règlement prévoit des règles d'appréciation des clauses consenties entre entreprise ne détenant pas plus de 30% des parts du marché.

des concentrations. Envisagée comme « *toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services* », la clause de non-concurrence postcontractuelle, pour être valable, doit s'astreindre à plusieurs conditions cumulatives : premièrement, elle ne doit concerner que les biens ou services concurrents à ceux du champ contractuel ; deuxièmement, elle ne peut avoir qu'une durée maximale d'un an ; troisièmement, elle doit être spatialement limitée ; et, enfin, quatrièmement, elle doit être strictement nécessaire à la protection du savoir-faire transmis durant le contrat de franchise.

L'Autorité de la concurrence se réserve ainsi le droit d'apprécier le caractère raisonnable de la durée de la clause, au vu du but poursuivi par l'opération économique. Elle opère ce contrôle à l'occasion des œuvres de concentrations, lesquelles sont normalement couvertes par une exemption des restrictions. En effet, lors des opérations de concentration, les restrictions sont réputées nécessaires à la réalisation du projet. Ces pratiques sont alors *couvertes* par une exemption du champ des règles du droit de la concurrence, c'est-à-dire tolérées dans le cadre du but poursuivi²⁰⁸². Néanmoins, l'Autorité de la concurrence a la possibilité d'évaluer, objectivement et *in concreto*²⁰⁸³, le caractère acceptable des restrictions accessoires auxquelles les parties peuvent recourir. L'Autorité a alors le pouvoir de valider l'opération de concentration, tout en imposant une réduction des conditions de la clause jugée excessive. Elle a pu, par exemple, dans une cession de parts sociales, ramener une durée de 10 à 3 ans, en estimant que « *si une clause de non-concurrence ou de non-débauchage peut apparaître comme étant nécessaire à l'acquéreur pour bénéficier d'une certaine protection contre la concurrence du vendeur, de manière à être notamment en mesure de fidéliser la clientèle, ainsi que d'assimiler et exploiter le savoir-faire, elles ne sont justifiées par l'objectif légitime de réalisation de la concentration que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excède pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin* »²⁰⁸⁴. Mais la réforme amenée par un règlement européen

²⁰⁸² Com 9 juin 2009, inédit, pourvoi n° 08-14301. Cf. Commission européenne, Communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, n° 11.

²⁰⁸³ Commission européenne, Communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, n° 13. Rappr. CEPC, avis du 12 mai 2016, n° 16-09 ; Com. 3 mars 2015, inédit, pourvoi n° 14-10.907, *Provera France* et 29 sept. 2015, n° 13-25043, EMC

²⁰⁸⁴ ADLC, Décision n° 09-DCC-74 du 14 déc. 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société *Lovefrance SAS* par la société *Groupe Berto. Adde* Décision n° 12-DCC-12 du 8 févr. 2012 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés *Sagemcom B et Sagemcom Energy & Telecom Tunisie* par la société *JCA Acquisition Company Limited* (durées confidentielles) ; Décision n° 13-DCC-58 du 22 mai 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société *Constellium Extrusion France Saint Florentin* et des actifs de la société *Constellium Extrusion France SAS* par la société *OpenGate Capital Groupe Europe SARL* (durées confidentielles) ; Décision n° 13-DCC-115 du 26 août 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités laitières et fromagères de *Terra Lacta* par le groupe *Bongrain* (durées confidentielles).

en 2010²⁰⁸⁵ a défini expressément la limite de durée des clauses de non-concurrence tant pendant l'exécution du contrat que postérieurement à son expiration. Alors que les clauses faisant loi pendant la durée du contrat sont depuis, en principe, limitée à 5 ans²⁰⁸⁶, les clauses postcontractuelles connaissent pour leur part une limite de 1 an²⁰⁸⁷.

418.- Les clauses de non-réaffiliation. La logique est identique concernant les clauses de non-réaffiliation, présentées comme moins attentatoires à la liberté commerciale du débiteur : « *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* »²⁰⁸⁸. Pour autant, la Cour de cassation s'est saisie de la question de la validité des clauses de non-réaffiliation en appliquant le même raisonnement que pour les clauses de non-concurrence²⁰⁸⁹. Aussi a-t-elle déjà mis en balance l'appréciation de la proportion de la restriction, compte tenu du but poursuivi, avec la durée de la stipulation limitative. La Haute Cour, en s'appuyant sur l'appréciation souveraine des juges du fond, a ainsi relevé que « *disproportionnée au but poursuivi, la clause l'était également dans sa durée* »²⁰⁹⁰, au sujet d'une clause insérée dans un contrat de franchise. En s'appuyant sur l'appréciation des juges du fond, la décision permet de déterminer qu'une clause excessive « *tend à décourager les franchisés de quitter prématurément le réseau, ne concerne pas la protection du savoir-faire et des intérêts légitimes du franchiseur et a pour effet de porter une atteinte illégitime à la liberté du franchisé d'exercer son commerce dans des conditions normales* »²⁰⁹¹. L'idée de proportionnalité peut être regardée comme un corollaire de celle de nécessité : l'étendue de la clause doit être strictement nécessaire à la protection de l'intérêt du créancier de l'obligation.

419.- Opportunité de clarification. Ce qui ressort finalement de la régulation des clauses postcontractuelles repose sur des sources de droit éclatées. Aucun texte de portée générale ne règle les clauses de non-concurrence, ni en droit européen, ni en droit interne. Dans un objectif de clarification, il serait néanmoins possible d'envisager une codification, comme ont pu le faire d'autres

²⁰⁸⁵ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE, n° L 102, 23 avr. 2010.

²⁰⁸⁶ Les clauses à durée indéterminée ne bénéficient pas d'exemption. À ce titre, les clauses d'une durée de 5 ans renouvelables sont considérées comme des clauses à durée indéterminée. Toutefois, Une exception existe au bénéfice des produits et services commercialisés par les distributeurs depuis les locaux et les terrains dont le fournisseur est propriétaire ou qu'il loue.

²⁰⁸⁷ Règl. Préc. 2010, art. 5-3.

²⁰⁸⁸ Com. 28 sept. 2010, Bull. civ. IV, n° 145, pourvoi n° 09-13.888, D. 2010.2357, obs. E. Chevrier.

²⁰⁸⁹ Com. 17 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 9, p. 8, pourvoi n° 03-12.382 ; Civ. 2° 10 janv. 2008, inédit, pourvoi n° 07-13.558.

²⁰⁹⁰ Com. 23 sept. 2014, inédit, pourvoi n° 13-22624.

²⁰⁹¹ Arrêt préc.

pays, aussi bien en droit du travail qu'en droit des affaires. Synthétiquement, les points essentiels du régime de la restriction postcontractuelle, dans une démarche prospective, pourraient être ainsi envisagés :

- ***En droit du travail***

Lorsqu'elle s'étend sur la période postcontractuelle, la clause de non-concurrence doit, sous peine de nullité, être nécessaire et proportionnée à la protection d'un intérêt légitime.

Lorsqu'elle s'étend sur la période postcontractuelle, la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps. Sa durée doit être raisonnable. Elle doit être strictement nécessaire à un intérêt légitime qu'elle protège.

Le caractère illimité de la durée de la restriction est une cause de nullité de la clause.

Le juge a le pouvoir de modifier la durée de la restriction postcontractuelle lorsque celle-ci constitue une atteinte disproportionnée à la liberté du salarié. Il statue en équité.

Pour être valable, l'obligation de non-concurrence doit avoir une contrepartie. Le calcul de la contrepartie doit être objectif, en fonction du salaire et de la durée de la relation de travail.

Pour être valable, l'obligation de non-concurrence doit être limitée dans l'espace. L'absence de limitation géographique est une cause de nullité de la clause.

C'est à l'employeur de démontrer la nécessité et la proportionnalité de la clause. Il ne peut renoncer à la clause après l'intervention du terme extinctif du contrat de travail²⁰⁹².

- ***En droit des affaires***

Lorsqu'elle s'étend sur la période postcontractuelle, la clause de non-concurrence doit, sous peine de nullité, être nécessaire et proportionnée à la protection d'un intérêt légitime.

Lorsqu'elle s'étend sur la période postcontractuelle, la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps. Sa durée doit être raisonnable. Elle doit être strictement nécessaire à un intérêt légitime qu'elle protège.

Le juge a le pouvoir de modifier la durée lorsque celle-ci n'est pas raisonnable. Il statue en équité.

²⁰⁹² Cf. *supra* n° 406.

Pour être valable, l'obligation de non-concurrence doit avoir une contrepartie. Cette dernière peut s'apprécier au regard de l'économie générale du contrat²⁰⁹³.

Pour être valable, l'obligation de non-concurrence doit être limitée dans l'espace. L'absence de limitation géographique est une cause de nullité de la clause.

C'est à la partie en faveur de laquelle la clause est prévue qu'il appartient de démontrer la nécessité et la proportionnalité de la clause.

- *De façon générale*

Les obligations ayant pour but de restreindre la liberté postcontractuelle doivent, pour être valables, se justifier et se limiter à l'intérêt légitime qu'elles protègent.

La preuve de la validité de la restriction est supportée par la partie dans l'intérêt de laquelle la clause a été rédigée.

Les obligations ayant vocation à survivre à l'inefficacité du contrat sont celles qui trouvent leur utilité dans la gestion des suites de son extinction.

Les clauses de gestion du différend attachées à l'exécution et à l'interprétation du contrat sont applicables au contentieux né de l'extinction et de l'exécution des obligations postcontractuelles.

²⁰⁹³ Cf. *supra* n° 408.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

420.- Anticiper l'après. La loi contractuelle a elle-même anticipé sa postérité, ayant conscience, dès le moment de sa formation, que le futur existera. Les parties ont ainsi fait preuve de prudence en offrant un cadre à l'évolution de leur relation dans l'après-contrat. C'est tout naturellement que le recours aux clauses postcontractuelles s'avère être l'instrument idéal de l'anticipation de l'après-contrat. En effet, les stipulations sont une technique contractuelle à même d'apporter aux parties un engagement « sur mesure ». Alors que la régulation postcontractuelle d'origine légale ou réglementaire peut être jugée insuffisante ou inadaptée, les contractants ont le pouvoir de contractualiser l'*après*. Le contrat va déborder de son cadre temporel en léguant des obligations à la postérité. Ces obligations peuvent avoir des contenus variés, de la clause de renégociation postcontractuelle à la clause de non-concurrence, en passant par la survie des clauses processuelles. Cette diversité ne doit pas occulter l'identité de ces différentes stipulations. En cherchant à pérenniser la relation, moraliser le comportement postcontractuel de chacune des parties, sécuriser les transactions, les différentes clauses ont pour effet d'optimiser le rapport entre les avantages et les inconvénients de l'extinction. Elles mettent alors en relief la dimension relationnelle du contrat. En construisant une structure globalisante dans laquelle inscrire leur engagement, les parties mettent en œuvre une forme de coopération destinées à garantir la protection de leurs intérêts. Le besoin de sauvegarder l'acquis contractuel et de limiter les pertes postcontractuelles nourrit une conception du contrat, dans laquelle les contractants continuent de se comporter comme des partenaires après l'extinction. L'identité de l'après-contrat se retrouve donc dans la persistance d'une relation en dehors de la durée du contrat. Le lien contractuel est maintenu par le jeu des clauses dont la portée est extérieure à cette durée, mais seulement en ce qui concerne la gestion du comportement des parties. C'est ce qui contribue certainement à assurer l'autonomie des clauses destinées à survivre en cas d'extinction.

421.- L'autonomie des clauses. Les clauses destinées à survivre à l'extinction marquent leur indépendance par rapport à l'*instrumentum* qui les supporte. Elles peuvent déjà être effectives avant l'extinction et persister après la cessation du rapport contractuel, de même que l'extinction peut provoquer leur naissance. Sont donc susceptibles de se côtoyer dans l'après-contrat des anciennes et des nouvelles générations d'obligations. Leur destination postcontractuelle leur permet de résister à un anéantissement rétroactif, affirmant avec encore plus vigueur leur autonomie. Leur utilité n'est effectivement pas gommée par la remise en cause de l'acte juridique. Elles disposent en ce sens d'une endocausalité, laquelle se définit comme leur capacité à poursuivre un but parfaitement détaché de celui recherché par le contrat. Elles forment ainsi un système autonome, c'est-à-dire capable de créer sa propre causalité en-dehors du contrat. Leur particularisme tient donc bien au fait qu'elles connaissent à

la fois une finalité interne qui permet leur survie, et une finalité externe qui surpasse celle du contrat. Or, les obligations qui survivent au contrat en l'absence de stipulations postcontractuelles reposent souvent sur une régulation justifiée par un besoin de diriger le comportement des parties. Elles feraient ainsi entrer de devoirs généraux dans la relation, sous la tutelle de l'obligation de bonne foi. Cette dernière trouvant ses racines à l'extérieure de la sphère contractuelle, elle permet de nourrir l'autonomie des clauses. En ce sens, les clauses postcontractuelles ne peuvent être regardées comme de simples obligations accessoires. Elles deviennent essentielles du fait de leur autonomie et forment une exception à l'adage selon lequel *accessorium sequitur principale*. Valorisées par leur utilité postcontractuelle, elles forment un acte détachable de la convention qui les a générées, ce qui conduit à les considérer comme faisant partie des obligations principales de l'acte extinctif. Le droit des contrats a fait le choix de souligner leur destination postcontractuelle en leur offrant une autonomie, montrant ainsi une politique juridique en faveur de la gestion de l'après-contrat.

422.- *Favor posteritatem*²⁰⁹⁴. La survie de ces clauses est dirigée par le besoin de faciliter le rapport qui succèdera à l'extinction du contrat, qu'il s'agisse de protéger l'œuvre passée ou de gérer la relation entre des (ex) parties entre qui la distance s'est creusée depuis le temps de l'exécution. Rendre l'après-contrat plus vivable et plus lisible est un avantage pour la cohérence du droit des obligations en général, si bien que la naissance et la validité de ces stipulation se construisent *favor posteritatem*, littéralement en faveur de la situation de ce qui viendra après. Elles s'affirment donc sans conteste comme un formidable outil de gestion de l'avenir. À ce titre, tant par leur fonction que par l'autonomie dont elles font preuve, les clauses postcontractuelles sont comparables à des obligations de garantie spécifiquement aménagées par les parties. Elles se distinguent néanmoins par le fait que leur vocation n'est pas entièrement dédiée à la réparation²⁰⁹⁵.

423.- Aspects pratiques et théorique de l'après-contrat contractualisé. Toutefois, les parties ne sont pas libres de contractualiser à l'excès la période postcontractuelle. La validité des clauses postcontractuelles est soumise à des exigences visant à assurer un équilibre interne à l'obligation. Assurément la liberté doit en principe primer sur la contrainte, donnant théoriquement une priorité à l'effet extinctif. L'après-contrat contraignant et créateur de nouvelles obligations est donc souvent dérogoire du droit commun. Il constitue une ingérence des parties dans la sphère de liberté dont l'extinction est normalement gardienne. En témoignent les différents régimes attachés aux clauses postcontractuelles. La clause de non-concurrence est en principe prohibée en tant que pratique

²⁰⁹⁴ En faveur de la postérité.

²⁰⁹⁵ Cf. Première partie, Titre II, Chapitre 2 (étant noté que les obligations de garantie elles-mêmes servent sur un plan économique à instaurer la confiance et assurer un lien commercial dans le temps : cf. not. *infra* n° 192, 233, 360).

restrictive de la liberté du commerce et de la concurrence. Mais elle bénéficie d'un régime d'exemption qui en fait donc une technique aussi répandue que contrôlée. La clause compromissaire a également eu une histoire difficile, sanctionnée de nullité avant d'être récemment démocratisée. La clause d'inaliénabilité ne peut également être valable qu'à la condition qu'elle poursuive un but légitime. Ainsi, lorsque le contenu de l'après-contrat est caractérisé par la réduction des droits ouverts aux parties, il a souvent tendance à s'exprimer comme une voie d'exception : les parties ne peuvent prolonger indéfiniment l'engagement de même qu'elles ne sont pas autorisées à tordre sans légitimité les libertés individuelles. Le temps postcontractuel est donc affaire d'équilibre entre la satisfaction des besoins économiques de liberté et de sécurité. La disparité des régimes applicables aux clauses montre d'ailleurs combien l'atténuation contractuelle de la liberté extracontractuelle est contrôlée selon le domaine dans lequel évolue la relation *inter partes*. L'après-contrat se définit à ce titre par le pluralisme de ses sources et des intérêts postcontractuels devant être régulés. L'essor grandissant du recours aux clauses postcontractuelles n'est pas le reflet des principes qui gouvernent le droit de l'extinction. Les clauses postcontractuelles incarnent au contraire le développement pratique d'exceptions théoriques. L'essence pragmatique de l'après-contrat se fait alors nettement sentir, bien que sa portée théorique se montre particulièrement intéressante : le concept montre les limites de la conception classique du contrat, laquelle repose sur l'idée que les parties redeviennent des tiers ordinaires après l'extinction. Le phénomène postcontractuel tend à montrer que le modèle contractuel limité à l'acte juridique est dépassé par la prise en compte croissante de la dimension relationnelle du rapport obligatoire.

Après avoir vu les raisons justifiant l'ingérence de la norme contractuelle dans le temps de l'après-contrat, il est temps d'envisager le régime attaché aux obligations postcontractuelles. Pour cela, la gestion efficace de l'après-contrat doit nécessairement passer par les sanctions de l'inexécution postcontractuelle (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 2

LA GESTION DE L'APRÈS-CONTRAT PAR LE CONTRAT : LES SANCTIONS

424.- La régulation par le contrat. La force libératoire de l'extinction invite les anciens contractants à agir. La force obligatoire du contrat invite à repenser l'action à la lumière de la relation passée. L'après-contrat, objet de gestion par les parties, est contractualisé dans cette dynamique : penser les actions postcontractuelles avant qu'elles ne se produisent. C'est pourquoi s'opère une extension du rapport obligatoire au-delà de l'extinction. Cette extension ne doit toutefois pas être trop grave, elle est dictée par des impératifs juste suffisants à réguler les comportements sans entraver les libertés. Une mise en perspective finaliste de l'après-contrat recommande et sert d'appui tant à la conciliation qu'à la modération des intérêts postcontractuel : l'après-contrat, tendu entre obligations et libérations, appelle une régulation. C'est pourquoi les clauses postcontractuelles s'inscrivent *in abstracto* dans le cadre général de l'opération portée par la convention éteinte, même si elles doivent être strictement encadrées dans leur mise en œuvre. Ainsi, la régulation, pour être efficace, impose tout autant que l'extension du rapport obligatoire soit sanctionnée et qu'elle soit limitée.

425.- Une extension sanctionnée. L'extension du rapport obligatoire au-delà de l'extinction a pour effet de faire ressembler l'après-contrat au contrat. Les clauses postcontractuelles vont certes produire leurs effets à retardement, mais il est certain qu'elles sont assujetties aux règles de la responsabilité contractuelle. Les débiteurs peuvent être tentés de profiter de la cessation de la relation pour s'affranchir de tout devoir, comptant sur une forme d'oubli qui succéderait à la fin du contrat, ou, du moins sur une discrétion plus facile à mettre en œuvre une fois éloignés du créancier. Mais la force libératoire de l'extinction est contenue : elle est enrayée par la force obligatoire des obligations postcontractuelles. La gestion de l'après-contrat par le champ contractuel impose en effet la sanction des obligations postcontractuelles. Cette sanction permet d'assurer l'efficacité de l'anticipation opérée par les parties et d'assurer une réponse aux transgressions ultérieures.

426.- L'inexécution postcontractuelle, un comportement anticontractuel. Le fait de ne pas respecter une clause postcontractuelle revient à adopter un comportement « *anticontractuel* »²⁰⁹⁶. En effet, ce caractère anticontractuel est identifiable à double titre.

²⁰⁹⁶ Cf. SERRA Y., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence », D. 2009. 1441, évoquant la « concurrence *anticontractuelle* en matière civile et commerciale ». Adde CREVEL S., « Le régime du bail environnemental », JCP Droit rural n° 352, Avril 2007, comm. 134 : « *Il convient pour en terminer de faire un retour sur la résiliation-sanction prévue par la loi. Son originalité par rapport aux autres cas de résiliation pour faute énoncés à l'article L. 411-31 du Code rural vient de ce qu'elle est accouplée à une clause et non pas le produit d'un comportement, certes fondamentalement anticontractuel, attentatoire à une obligation statutaire (payer son loyer, ne pas compromettre l'exploitation du fonds, ne pas céder son bail...)* ».

En premier lieu, il consiste en une violation de la loi des parties, en ce que la clause qui n'est pas respectée est elle-même de nature conventionnelle. Alors que le comportement fautif intervient postérieurement à l'extinction, il n'en est pas moins, fondamentalement, une faute contractuelle. Il conviendra alors de procéder à l'identification de l'inexécution postcontractuelle (*Section 1. L'identification de l'inexécution postcontractuelle*).

En second lieu, l'inexécution postcontractuelle consiste également en une pratique anticontractuelle du fait qu'elle nuit directement aux effets du contrat ou au sens donné au contrat. L'atteinte à l'intérêt protégé appelle en principe une sanction fondée sur la responsabilité contractuelle de la partie fautive, bien que le caractère postérieur de l'inexécution puisse parfois faire hésiter sur le fondement de l'action. Se pose dans tous les cas le besoin de réparation du dommage postcontractuel (*Section 2. La réparation du dommage postcontractuel*).

SECTION 1 L'IDENTIFICATION DE L'INEXÉCUTION POSTCONTRACTUELLE

427.- Les formes d'inexécutions Les clauses postcontractuelles sont variées et peuvent ordonner des obligations consistant souvent en des comportements abstentionnistes, notamment dans le but de ne pas nuire à l'ancien partenaire, mais aussi en des comportements actifs, ayant pour objectif de maintenir ou de rétablir un certain équilibre après le contrat. Dans les deux cas, l'identification de la violation de l'obligation postcontractuelle pose la question de l'étendue de la restriction voulue par les parties. L'appréciation de l'inexécution se fera notamment à la lumière de la rédaction, plus ou moins précise, de la stipulation concernée. Mais elle sera parfois l'occasion de mettre en doute l'équilibre de la clause elle-même, lorsque cette dernière restreint trop gravement la liberté du débiteur qui, par le coût trop élevé de l'exécution qui lui est demandée, est confronté à une impasse contractuelle. L'exemple est donné par la clause de restitution *in specie* imposé par un fournisseur à son distributeur²⁰⁹⁷. Parfois également, les contours de l'inexécution seront difficiles à saisir. Tel est le cas quand les parties ont été liées par un contrat expiré au moment où l'une d'elle offre une prestation et en attend la contrepartie²⁰⁹⁸. L'ensemble de ces situations met en jeu l'identification de ce qui entre ou non dans le champ de l'obligation postcontractuelle. Les contextes sont variés mais peuvent néanmoins être distingués selon que le contenu de la clause consiste en une obligation de ne pas faire ou de faire. C'est pourquoi l'inexécution postcontractuelle peut tout autant être caractérisée par la violation d'obligations négatives (**§1. La violation d'obligations négatives**), que par celle d'obligations positives (**§2. La violation d'obligations positives**).

§1) La violation d'obligations négatives

428.- Les contours subtils de l'obligation de ne pas faire. L'obligation négative se définit comme « *toutes celles qui consistent, de la part du débiteur, à s'abstenir de tel ou tel acte qu'il aurait sans cela le droit d'accomplir, celles qui ont pour objet une abstention que le créancier a le droit d'exiger* »²⁰⁹⁹. Lorsque les parties prévoient des obligations postcontractuelles imposant une abstention au débiteur, l'identification de l'inexécution peut prêter à plus de difficultés que lorsqu'il s'agit de celle d'une obligation positive. C'est pour cette raison que s'opère une pression insidieuse du contrat sur l'après-

²⁰⁹⁷ Il s'agit de la jurisprudence relative à la restitution demandée en nature des cuves souterraines servant au stockage de carburant par le concessionnaire : cf. *infra* n° 440.

²⁰⁹⁸ L'exécution du mandat immobilier est particulièrement intéressant du fait qu'il s'agit d'un acte règlementé. Se posent ainsi la question des limites entre ce qui peut être exigible sur le fondement du droit commun et sur celui de la réglementation spéciale : cf. *infra* n° 444 et s.

²⁰⁹⁹ BEUDANT Ch., *Cours de droit civil*, 2^e éd., par BEUDANT R. et LEREBOURS-PIGEONNIERE P., t. 8, par G. Lagarde, n° 423

contrat (**A. La pression insidieuse du contrat sur l'après-contrat**). Afin de pouvoir effectuer un travail d'identification au plus proche des prévisions conventionnelles, le juge devra prêter attention à la lettre et à la visée de la clause postcontractuelle. Ce travail nécessite en effet une interprétation adaptée de la volonté des parties. Doit alors être apprécié l'impact de la rédaction de la clause sur l'identification de l'inexécution (**B. L'impact de la rédaction de la clause sur l'identification de l'inexécution**). Enfin, l'identification de la violation d'obligations négatives invite à regarder l'utilité du critère de l'intention dans la constitution de l'inexécution. Ce regard se prolonge alors vers la question de la moralisation de l'après-contrat (**C. La question de la moralisation de l'après-contrat**).

A- LA PRESSION INSIDIEUSE DU CONTRAT SUR L'APRÈS-CONTRAT

429.- La pression insidieuse du contrat sur l'après-contrat. Le temps postcontractuel est un autre temps de l'exécution. Comme toute obligation d'origine conventionnelle, les clauses postcontractuelles s'exposent au risque d'inexécution. C'est pourquoi elles mettent en jeu la responsabilité contractuelle de la partie défaillante²¹⁰⁰. En l'occurrence, les obligations substantielles sont au cœur de la question de l'inexécution. Ces dernières innervent le tissu postcontractuel de manière plus variée, mais aussi plus contraignante que ne le font les clauses processuelles²¹⁰¹, et sont le plus souvent des obligations de ne pas faire. En témoignent les obligations restrictives de la concurrence. Dans un temps caractérisé par la levée des obligations, le fait que les parties aient à prévoir des abstentions peut passer pour un comble. En réalité, par le biais des clauses restrictives, le contrat exerce une pression obligatoire sur l'après-contrat d'une manière insidieuse, puisqu'il n'impose pas nécessairement un comportement positif au débiteur mais vise davantage à restreindre la liberté née des suites de l'extinction. Les obligations postcontractuelles ont d'ailleurs été comparées à un « *pêle-mêle du non-dit* », ou encore à des « *files invisibles reliant les anciens contractants* »²¹⁰². Considérées comme « *un parent pauvre* »²¹⁰³ du Code

²¹⁰⁰ Civ. 3e, 3 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 221, pourvoi n° 02-18.033, RTD civ. 2004. 295, obs. JOURDAIN P. ; D. 2004. 395, *ibid* 2005. 185, obs. MAZEAUD D. ; AJDI 2004. 204, obs. BEAUGENDRE S. ; RDC 2004. 280, obs. STOFFEL-MUNCK Ph., *ibid* 359, obs. SEUBEJ.-B. ; Com. 8 juill. 2014, inédit, pourvoi n° 13-11.208, AJCA 2014, p.335. Cf. ég. Soc. 20 nov. 2013, Bull. V, n° 275, pourvoi n° 12-20.074, obs. LE GAC-PECH S., « La force de l'engagement de non-concurrence ou précisions utiles sur la dette de non-concurrence », D. 2014. 349.

²¹⁰¹ Contenant pour leur part une restriction qui consiste en des obligations aussi bien positives que négatives.

²¹⁰² VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 162 : « Les obligations principales respectives du contrat de travail ont pris fin, plus rien n'est dû, les documents sociaux ont été remis au travailleur, celui-ci a restitué le véhicule de société, les documents, le matériel publicitaire, tarifaire de démonstration qu'il transportait au temps de l'exécution de son contrat, et le travailleur soit s'est tourné vers le secteur du chômage de la protection sociale, soit a entamé l'exécution d'un nouveau contrat de travail ». Cf. ég. *supra* et *infra* n° 6, 296, 331, 432, 441.

²¹⁰³ BOILLOT Ch., « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », in RTD com. 2010. 243, n° 1.

civil, les obligations négatives ont néanmoins une valeur essentielle en droit économique : leur portée peut s'avérer un coup fort porté à la liberté individuelle, mais également une protection indispensable de l'intérêt postcontractuel. Elles cherchent à maintenir une emprise sur le débiteur et à ralentir l'effet libératoire. C'est pourquoi l'inexécution consistera en un acte positif²¹⁰⁴, tel que maintenir, après extinction du contrat de franchisage, l'usage des signes distinctifs d'appartenance à un réseau²¹⁰⁵, alors que le contrat en prévoit l'interdiction. La violation d'une clause de non-concurrence sera ainsi caractérisée dès que le débiteur se mettra en « *situation de concurrence* »²¹⁰⁶ avec son ancien contractant. Dans ce cas, il faudra caractériser la situation de concurrence. Mais tant la définition de l'obligation que la détermination de la situation entrant dans son champ peuvent être variables : la contrainte s'avère plus ou moins large selon la rédaction de la clause²¹⁰⁷.

B- L'IMPACT DE LA RÉDACTION DE LA CLAUSE SUR L'IDENTIFICATION DE L'INEXÉCUTION

430.- En cas de rédaction étroite de la clause. L'obligation de non-concurrence resserre, selon le choix du créancier et le talent du rédacteur, avec plus ou moins de gravité la liberté individuelle. La rédaction de la clause peut encadrer précisément l'obligation de non-concurrence de manière à tolérer l'embauche de l'ancien partenaire par la concurrence, limitant alors la violation de la stipulation au détournement de clientèle par exemple²¹⁰⁸ ou à la création d'une entreprise concurrente²¹⁰⁹. Toutefois, le fait d'organiser, pendant la période couverte par la restriction, une activité concurrente destinée à ne débiter qu'à l'issue de cette période, ne peut constituer une violation de l'obligation²¹¹⁰. Le temps postcontractuel assujéti à la restriction supporte donc les actes préparatoires de la concurrence à venir. C'est l'interprétation du juge qui déterminera si la situation de concurrence peut prendre une forme indirecte, étant donné qu'il est établi qu'une interdiction de concurrence indirecte ne revient pas à

²¹⁰⁴ Les actes positifs sont illustrés par les clauses de restitution.

²¹⁰⁵ Com. 20 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.488 : la clause imposait au franchisé de ne plus utiliser les couleurs bleu et blanc caractéristiques de l'identité du réseau. Les signes distinctifs constituent le génome de la marque, reposant sur son identité visuelle. Son esthétique est une expression de son éthique commerciale, elle participe ainsi de sa place sur le marché.

²¹⁰⁶ PICOD Y. et ROBINNE S., *Rép. Trav. Dalloz*, V° « Concurrence (Obligation de non-concurrence) », n° 94 ; ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, p. 173, n° 204. V. Soc. 8 déc. 1982, *Bull. civ. V*, n° 698 ; Soc. 18 déc. 1997, pourvoi n° 95-42.201, *Bull. civ. V*, n° 458, D. 1998, somm. 215, obs. SERRA Y. ; Soc. 10 juin 2008, inédit, pourvoi n° 07-43.076.

²¹⁰⁷ Ce qui a poussé les praticiens à « *sécuriser la rédaction des clauses de non-concurrence* » (*in* CHAGNY M. et FOURGOUX J. L., « *Les clauses de non-concurrence : approche pratique* », *Rev. Lamy dr. des aff.*, n° 68, 1^{er} févr. 2012).

²¹⁰⁸ Soc. 2 mars 1961, *Bull. civ. IV* n° 210.

²¹⁰⁹ Soc. 19 juin 1997, inédit, pourvoi n° 94-40.507.

²¹¹⁰ Soc. 18 déc. 2001, inédit, pourvoi n° 99-46.065 ; Soc. 17 janv. 2006, *Bull. civ. V*, n° 15, pourvoi n° 04-41.038 ; Soc. 16 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 03-43.312.

interdire toute activité²¹¹¹, autant qu'elle n'empêche pas l'embauche par un concurrent pour une activité différente de celle restreinte²¹¹² ou dont les fonctions sont insuffisantes à constituer un acte de concurrence²¹¹³. L'interprétation se veut par principe restrictive²¹¹⁴. La recherche de la *finalité*²¹¹⁵ défendue par la stipulation apparaît néanmoins comme un élément d'interprétation additionnel, permettant parfois de sonder l'esprit de la clause, nonobstant les choix terminologiques opérés par le rédacteur²¹¹⁶. L'interprétation téléologique peut alors utilement compléter une interprétation stricte qui ne doit pas pour autant outrepasser les limites dictées par les critères de nécessité et proportionnalité de l'obligation²¹¹⁷. Il faut d'ailleurs remarquer que l'Autorité de la concurrence a recours à cette méthode d'interprétation particulièrement adaptée au besoin de régulation, en recourant notamment à une évaluation économique du marché pertinent²¹¹⁸, ou à des principes généraux tels que l'égalité ou l'équité²¹¹⁹. Se dégage une casuistique indispensable à la gestion du contentieux et au besoin d'apprécier et de peser les intérêts *in concreto*. Le juge doit ainsi garder à vue tant le contenu de la relation passée

²¹¹¹ Soc. 8 févr. 1961, bull. n° 178, (pas de n° de pourvoi) : répondant au moyen selon lequel la restriction revenait à « *interdire toute activité à Z... en raison de son âge* », la Cour de cassation estime que « *dans le cas de rupture ou de résiliation du présent contrat, pour quelque cause que ce soit, en raison de la haute importance et du caractère confidentiel de ses fonctions, M. Dri X... prend l'engagement de n'accepter soit directement, soit indirectement aucun emploi ni prendre aucun intérêt dans un commerce similaire dans les départements ou la société possède des succursales et ce, pendant une période de cinq années* ».

²¹¹² Soc. 16 nov. 2005, inédit, pourvoi n° 03-43.312 : « *la clause de non-concurrence interdisait au salarié de s'intéresser, directement ou indirectement, lui-même ou par personne interposée, à toute activité similaire à celle de la société ou susceptible de la concurrencer ; que la cour d'appel, qui a constaté [...] que l'activité du salarié chez son nouvel employeur concurrent du précédent, ne portait pas sur cette activité concurrente, a décidé que le salarié n'avait pas violé la clause de non-concurrence* ».

²¹¹³ Com. 8 déc. 1992, D. 1993. 603 ; Versailles, 14 juin. 1991, D. 1992. Somm. 349, obs. SERRA Y.

²¹¹⁴ « *Alors qu'il est de principe que les clauses de non-concurrence portant atteinte à la liberté du travail doivent s'interpréter restrictivement* », in Soc. 5 janv. 1967, Bull. n° 5, (pas de n° de pourvoi) ; Com. 1^{er} avr. 1968, Bull. n° 124, (pas de n° de pourvoi) ; Com. 22 janv. 1991, inédit, pourvoi n° 88-16.657 ; Soc. 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 309, pourvoi n° 97-40.082, D. 2000, somm. 318, obs. PICOD Y. : « *une clause de non-concurrence qui apporte une restriction au principe de la liberté du travail est d'interprétation stricte* » ; Soc. 12 févr. 2002, inédit, pourvoi n° 99-41.538, D. 2003, somm. 969, obs. ROBINNE S. ; Paris, 2 févr. 2000, D. 2002, somm. 1260, obs. SERRA Y ; Caen, ch. Civ. 1, 13 déc. 2007, n° 04/2521. Rapp. Civ. 3^e, 8 janv. 1997, Bull. III, n° 2, p. 1, pourvoi n° 94-20.766 (appréciation identique au sujet de la clause d'exclusivité).

²¹¹⁵ ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, p. 174, n° 204 ; *Rép. trav. Dalloz*, V° Concurrence (obligation de non-concurrence), préc., n° 95 ; GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. préc., n° 269 et s.

²¹¹⁶ Soc. 5 janv. 1984, D. 1984 IR.443, obs. SERRA Y. : alors que la clause litigieuse interdisait au débiteur « *d'accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente* », la juridiction a estimé que l'obligation de non-concurrence s'étendait au fait d'occuper un poste identique dans une entreprise créée par le débiteur lui-même. Rapp. Rouen, 27 oct. 1972, D. 1973. Somm. 44 ; Com. 23 avr. 1985, D. 1985. IR. 479, obs. SERRA Y.

²¹¹⁷ Soc., 20 nov. 2013, Bull. V, n° 275, pourvoi n° 12-20.074, D. 2014. 349 « *une cour d'appel qui a examiné les nouvelles fonctions exercées par l'intéressé, sans s'arrêter à leur dénomination ni étendre le champ d'application de la clause au-delà de ses prévisions, a relevé qu'elles étaient de même nature et correspondaient à celles exercées par le salarié à titre d'ingénieur commercial. Ayant par ailleurs retenu que le salarié disposant d'une expérience professionnelle et d'une formation qui ne le limitaient pas au secteur de l'informatique des laboratoires médicaux, elle a pu déduire de ses constatations que la clause n'avait pas pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience* ».

²¹¹⁸ BLAISE J.-B. et JENNY F., « Le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse », RIDE 1995, De Boeck Supérieur, n° 1, p. 91, cité in BOY L., « Réflexion sur le droit de la régulation », D. 2001. 3031.

²¹¹⁹ JAPPONT F., « La dualité égalité - équité dans la pratique des autorités de régulation », RIDE, 2006/2 (t. 10, 2).

que le résultat recherché par les parties dans l'insertion d'une clause à effet postcontractuel. C'est bien le *statu postquam*²¹²⁰ qui doit orienter l'appréciation de l'obligation et les faits constitutifs de sa violation : quelle situation postcontractuelle les parties ont-elles souhaité aménager, et quel intérêt avaient-elle à le faire ? Telles sont les questions propres à éclairer l'identification de l'inexécution postcontractuelle, particulièrement lorsque la clause a été rédigé de manière large. C'est ainsi que le juge s'autorisera à suspendre les effets d'une stipulation lorsqu'il résulte de l'appréciation du contexte que la commune intention des parties a été de maintenir le salarié au service du même groupe de société, après la rupture de son contrat ; écartant ainsi l'inexécution fondée sur une embauche auprès d'une société concurrente (mais appartenant au même groupe que celle du précédent employeur) - et cela, sans préjudice du versement de la contrepartie financière²¹²¹.

Il faut ainsi saluer le recours qu'ont les juges à une lecture téléologique qui, bien que jugulée par le principe d'interprétation stricte²¹²², permet de rechercher une certaine cohérence et de parvenir à un équilibre dans l'application de la loi des parties, précisément quand les rédacteurs se sont montrés insuffisamment clairs dans l'écriture de la stipulation. Le manque de clarté dans l'écriture résulte du caractère trop général de la rédaction de la clause, bien que la généralité permette d'élargir le champ de la sanction.

431.- En cas de rédaction plus générale. Lorsque la clause est rédigée en termes généraux, la simple embauche chez un concurrent peut être sanctionnée²¹²³, sans qu'il soit nécessaire que des actes

²¹²⁰ Cf. *infra* n° 82 et s.

²¹²¹ « Si la clause interdisant, avant l'expiration d'un certain délai, au salarié quittant une entreprise d'entrer dans une autre entreprise exerçant une activité similaire ne s'applique pas dès lors que les deux entreprises ne sont pas en situation réelle de concurrence mais appartiennent au même groupe économique, et que le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses deux employeurs successifs, elle reprend ses effets normaux à partir du jour où le contrat de travail avec le second employeur a été rompu », Soc. 29 janv. 2014, Bull. civ. V, n° 35, pourvoi n° 12-22.116.

²¹²² Pour un contrôle de la Cour de cassation de l'interprétation d'une clause d'exclusivité : Com. 14 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 65, p. 65, pourvoi n° 03-14.639, D. 2006.1901, note KENFACK H., Comm. com. électr. 2006, n° 98, note CHABERT C. ; *ibid* n° 99, note LECUYER H., RTD civ. 2006. 554, note FAGES B. et MESTRE J.

²¹²³ Soc. 19 déc. 1966, Bull. civ. V, n° 971, (pas de n° de pourvoi), où le « contrat stipulait que lorsqu'il y serait mis fin, pour quelque cause que ce soit, Lignelet s'interdisait de "représenter ou de s'intéresser, directement ou indirectement, à une maison fabriquant ou vendant des articles concurrents de ceux vendus par M. Y..., et ce, pendant une durée d'une année et seulement dans le secteur concédé" ».

de concurrence concrets soient consommés²¹²⁴, ni même que l'acte de concurrence soit préjudiciable²¹²⁵. Cependant, des formations ponctuelles au sein d'entreprises concurrentes²¹²⁶ sont pour leur part insuffisantes à constituer la violation, de même que la simple candidature auprès d'une entreprise concurrente²¹²⁷. On voit donc apparaître deux aspects des effets de la rédaction généraliste.

D'une part, les approximations ou la généralité qui ressortent de la rédaction ne profitent, paradoxalement, pas au débiteur de la clause. Elles apparaissent au contraire comme les indices d'une volonté d'encadrer avec plus de contraintes le comportement postcontractuel, entendu le plus largement possible, au travers d'une rédaction suffisamment imprécise pour s'étendre aux actes qui ne seraient pas précisément anticipés au moment de la formation de l'obligation. Le créancier se laisse en quelque sorte le bénéfice du doute : le temps postcontractuel lui permettra d'apprécier l'opportunité ou non de reprocher certains comportements à son débiteur.

D'autre part, la seule « tentative »²¹²⁸ d'inexécution, résidant dans le fait d'offrir ses services à la concurrence, n'est pas une inexécution. Elle ne cause pas de dommage et n'atteint pas l'intérêt protégé par la stipulation postcontractuelle. De plus, la candidature soumise au recruteur concurrent, dont le résultat reste incertain, n'est pas nécessairement la manifestation d'une volonté de violer l'engagement de non-concurrence. La démarche peut effectivement déboucher sur un emploi dont l'activité ne crée pas une situation de concurrence, ou sur une embauche dont le point de départ serait postérieur à la

²¹²⁴ Soc. 18 déc. 1997, Bull. V n° 460, p. 327, pourvoi n° 95-42.201 : « la clause de non-concurrence interdisait à M. X... toute activité portant, sous une forme quelconque, sur la promotion et la commercialisation de produits susceptibles de concurrencer les produits sur lesquels aura porté votre activité de chef de vente régional » ; que cette clause empêchait dès lors toute embauche sous quelque qualification que ce soit du salarié dans les activités de promotion et de commercialisation d'une entreprise concurrente ; qu'un manquement du salarié résultait de cette seule embauche, sans qu'il soit nécessaire que des actes de concurrence concrets soient consommés ». En l'occurrence, la cour d'appel doit rechercher quelle est la nature de l'activité de ce salarié dans l'entreprise concurrente et ne peut se borner à constater qu'il n'est pas établi qu'il ait participé à une vente de produits identiques à ceux de l'entreprise bénéficiaire de la clause de non-concurrence.

²¹²⁵ Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910; RDC 2006. 326, obs. MAZEAUD D. ; Defrénois 2005. 1247, obs. AUBERT J.-L. ; D. 2005. 1505 ; RTD civ. 2005. 594, obs. MESTRE J. et FAGES B., et 600, obs. JOURDAIN P. ; JCP 2006. I. 111, n° 3, obs. STOFFEL-MUNCK Ph. ; CCC 2005. 184, note LEVENEUR L. ; Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, Bull. civ. I, n° 212, pourvoi n° 05-19.978 ; D. 2007. 2784, note LISANTI C., *ibid* 2966, obs. FAUVARQUE-COSSON B., 2008. 247, obs. GOMY M., *ibid* 506, obs. PENNEAU J. ; RTD civ. 2007. 568, obs. FAGES B., *ibid* 776, obs. JOURDAIN P. ; RDC 2007. 1118, obs. LAITHIER Y.-M., *ibid* 1140, obs. CARVAL S. ; Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69.928, RTD civ. 2010. 781, obs. FAGES B. ; D. 2011. 472, obs. FAUVARQUE-COSSON B. ; Gaz. Pal. 31 oct. 2010, p. 18, obs. HOUTCIEFF D.

²¹²⁶ Soc. 18 déc. 2001, inédit, pourvoi n° 99-46.065 ; Soc. 11 juill. 2000, inédit, pourvoi n° 97-45.063 : « le fait pour un salarié de s'être porté candidat à un emploi similaire proposé par une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail » et « la cour d'appel a pu décider que M. X..., qui n'avait effectué qu'un stage d'un mois pour le compte d'une société exerçant dans le même domaine d'activité que la société Boîtes ondulé standard, n'avait pas violé la clause de non-concurrence litigieuse ».

²¹²⁷ Soc. 13 janv. 1998, pourvoi n° 95-41.467, D. 1999, somm. 103, obs. AUGUET Y., Dr. soc. 1998. 278, obs. SAVATIER J. ; Soc. 12 mai 2004, Bull. civ. V, n° 133, pourvoi n° 02-40.490, Dr. soc. 2004. 911, obs. RADE Ch. ; Soc. 10 avr. 2013, inédit, pourvoi n° 11-25.619, Dr. soc. 2013. 859, obs. MOULY J.

²¹²⁸ MOULY J., « La seule tentative de violation d'une clause de non-concurrence n'engage pas la responsabilité du salarié », Dr. soc. 2013. 859, obs. sous Soc. 10 avr. 2013, préc. ; FAGES B. et BARBIER H., « La tentative de renégociation du contrat n'est pas une inexécution ; la tentative de ne pas exécuter n'en est pas une non plus ! », RTD civ. 2013. 371.

période couverte par la restriction. La doctrine n'a toutefois pas résisté à faire une comparaison entre la tentative pénale et la tentative d'inexécution, relevant à cette occasion la clémence du juge civil²¹²⁹. S'il nous apparaît pour le moins délicat de superposer les éléments constitutifs d'une tentative d'infraction à ceux d'une inexécution (*la tentative d'inexécution* étant une notion inexistante en tant que telle), principalement en raison de la différence fondamentale entre les fonctions de la responsabilité pénale et celles de la responsabilité civile, **l'analogie a néanmoins le mérite de soulever l'identification de l'inexécution dans son aspect intentionnel**. Le choix opéré par la jurisprudence d'exclure la tentative, en ce qu'elle peut ne pas satisfaire les exigences tenant à une certaine éthique contractuelle, laisse donc persister la question de la moralisation de l'après-contrat.

C- LA QUESTION DE LA MORALISATION DE L'APRÈS-CONTRAT

432.- L'apparition d'une éthique postcontractuelle. La question de la moralisation de l'après-contrat se pose lorsqu'il ressort des faits que la démarche du débiteur relève véritablement de la mauvaise foi, attachée à une intention avérée de passer outre l'obligation de non-concurrence. Dans ce cas, un employeur serait-il fondé à demander la réduction de la contrepartie financière due à l'ancien salarié, en application de l'article L. 1222-1 du Code du travail, selon lequel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* » ? Pour le soutenir, il faudrait convenir que la tentative d'inexécution de la clause est une faute *per se*, appuyée sur la violation de l'obligation de bonne foi, implicitement prévue par le contrat lui-même en l'absence de clause de loyauté, mais surtout prévue par la loi. La déloyauté manifestée par la tentative suffirait alors à engager la responsabilité de son auteur, indépendamment de l'existence d'un préjudice. Ce dernier pourrait même être déduit de la faute elle-même²¹³⁰, et ne consisterait pas en une concurrence prohibée mais en un dommage lié à l'irrespect de la bonne foi, elle-même objet d'obligation²¹³¹. La jurisprudence s'est déjà intéressée à l'intention du débiteur dans les agissements constitutifs de déloyauté, reconnaissant ainsi la responsabilité contractuelle de l'assureur qui, par le recours à un « *silence malicieux* », avait « *endormi la vigilance* » de l'assuré « *dans le but d'échapper au paiement grâce à la prescription* »²¹³². Dans le cas de la tentative de violation de non-

²¹²⁹ FAGES B. et BARBIER H., « La tentative de renégociation du contrat n'est pas une inexécution ; la tentative de ne pas exécuter n'en est pas une non plus ! », *idem*.

²¹³⁰ GRATTON L., « Le dommage déduit de la faute », RTD Civ. 2013. 275.

²¹³¹ Rapp. *infra* n° 318 et s., 328 et s.

²¹³² Civ. 1^{re}, 26 nov. 1996, Bull. I, n° 415 p. 288, pourvoi n° 94-13.468 : « *la juridiction du second degré a pu en déduire que l'assureur, tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation après la survenance d'un sinistre, avait commis une faute contractuelle dont il devait réparation* ». V. obs. MESTRE J., RTD Civ. 1997. 429 : « *le rapport de créance peut en effet s'inscrire dans le cadre plus large d'une relation contractuelle et, sur ce terrain, des*

concurrence, l'obligation de bonne foi est d'abord imposée par la loi, puis exportée en-dehors de la période du contrat de travail par l'effet de la stipulation postcontractuelle qui prolonge le lien obligatoire²¹³³. C'est pourquoi, à bon droit, le simple fait de postuler auprès d'un concurrent ne constitue pas une inexécution de la clause postcontractuelle, mais pourrait, si la déloyauté est déduite des faits, entraîner la responsabilité contractuelle du débiteur sur le fondement de l'article 1217 (nouveau) du Code civil. Afin de renforcer l'efficacité du dispositif postcontractuel, et ainsi permettre au créancier d'alléger ses propres obligations en cas de mauvaise foi de la part de son ex contractant, il serait même possible de conseiller au rédacteur d'acte d'assortir la clause de non-concurrence d'une clause auxiliaire qui serait une clause de loyauté à effet postcontractuel ce qui permettrait de faire entrer dans le champ conventionnel les attentes du créancier.

433.- Le rayonnement de la bonne foi. De façon plus générale, l'exportation de l'obligation de bonne foi dans la période postcontractuelle peut apparaître comme la suite logique d'une extension des relations que peuvent entretenir des anciens contractants, lorsque ces rapports s'inscrivent dans le sillage de la convention qui les a rapprochés et lui succèdent dans un temps proche de l'extinction²¹³⁴. Ce point permet d'éviter que l'après-contrat, exposé à « *l'intention malveillante de l'une des parties pouvant s'enorgueillir de s'être affranchie de toute obligation consentie* »²¹³⁵, ne devienne « *le dernier refuge de la déloyauté* »²¹³⁶.

L'après-contrat subit donc la pression des obligations contractuelles par des limitations à la liberté d'agir des parties. Mais il est également possible qu'il impose aux anciens cocontractants des comportements bien déterminés au travers d'obligations positives.

obligations de loyauté ou de bonne foi peuvent le cas échéant devoir trouver une légitime sanction dans la mise en jeu de la responsabilité du contractant-débiteur ».

²¹³³ « *L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels* », in Civ. 3e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n°04-10.856 ; D. 2006. 761, note MAZEAUD D. ; Defrénois 2006. 257, note TCHENDJOU ; LPA 15 sept. 2006, n° 185, note MARTIN ; JCP E 2005, 1867, note BICTIN ; JCP 2005. II. 10173, obs. LOISEAU ; RDC 2006. 314, note LAITHIER Y.-M. ; RTD civ. 2005. 776, obs. MESTRE J. et FAGES B. *Adde* MESTRE J. et FAGES B., « L'obligation de loyauté qui pèse sur le concédant décidant de ne pas renouveler le contrat doit le conduire à faciliter l'après-contrat du concessionnaire », RTD Civ. 2000. 114, obs. sous Paris, 5^e ch. B, 26 mars 1999, Gaz. Pal. 12-14 déc. 1999.31 ; *ibid.*, « Défaillance de condition suspensive et bonne ou mauvaise foi », MAZEAUD D., « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006. 76 ; TOURNEAU (le) Ph. et POUMARÈDE M., *Rép. dr. Civ. Dalloz*, V° « Bonne foi postcontractuelle », janv. 2017.

²¹³⁴ Cf. *supra* n° 318 et s.

²¹³⁵ DIESSE F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », APD, vol. 43, 1999, p. 301.

²¹³⁶ *Idem.*

§2) La violation d'obligations positives

434.- La diversité des obligations positives. Si l'obligation négative est un *parent pauvre*²¹³⁷ du droit civil, l'obligation positive est en quant à elle la reine des obligations. Elle astreint le débiteur à un comportement actif, de même qu'elle nourrit directement l'essence de l'opération contractuelle. Les inexécutions liées à des obligations positives sont ainsi présentes dans des domaines très différents, bien qu'elles poursuivent dans tous les cas la réalisation d'un acte qui procède de l'objet du contrat ou du moins de son économie générale. Il est possible de les envisager à partir de trois exemples illustrant la diversité des situations concernées. Les violations d'obligations positives peuvent être constatées par l'inexécution de l'obligation de restitution (**A. L'obligation de restitution**), de la clause de rémunération dans le mandat immobilier (**B. La clause de rémunération dans le mandat immobilier**), et dans la clause de solidarité dans le bail d'habitation (**C. La clause de solidarité dans le bail d'habitation**).

A- L'OBLIGATION DE RESTITUTION

435.- Une obligation implicite ou stipulée. L'obligation de restitution intervient immédiatement à l'expiration du temps contractuel²¹³⁸, faisant de la cessation du lien une condition d'exigibilité de l'obligation. Elle est symbolique du dénouement du prêt à usage, mais elle est également, dans son application, souvent symptomatique d'un rapport obligatoire « *inorganisé* »²¹³⁹ - notamment lorsque la durée du prêt n'est pas exprimée. La charge de rendre peut néanmoins faire l'objet d'une prévision spécifique, au travers d'une clause de restitution. La clause de restitution se rencontre dans divers contrats, allant du contrat de concession au franchisage, en passant par le dépôt. Qu'elle soit implicite, conduite par la suite naturelle du contrat, ou qu'elle soit stipulée expressément, l'obligation peut aussi bien porter sur la chose utile au contrat que sur la chose objet du contrat.

436.- La chose utile au contrat. La chose sujette à restitution peut effectivement ne pas être l'objet même de la convention, mais seulement être nécessaire à l'exécution - ce qui n'amoindrit pas pour autant l'importance de l'obligation. C'est ce qu'illustre le matériel fourni à l'occasion d'un contrat de parrainage sportif²¹⁴⁰, ou les équipements mis à disposition du locataire-gérant d'un établissement. Si elle

²¹³⁷ Cf. *supra* n° 429 : BOILLOT Ch., « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », préc.

²¹³⁸ Art. 1888 du C. civ.

²¹³⁹ LA VAISSIERE (de) F., « Commodat et restitution », AJDI 2015. 38.

²¹⁴⁰ Versailles, 11 oct. 2007, RG n° 06/07249 : « *Dans l'hypothèse d'une résiliation par l'une ou l'autre des parties, la parrainée s'engage à restituer immédiatement au parrain tant l'ensemble du matériel prêté que l'ensemble du matériel donné par le parrain* ». En l'occurrence, le débiteur s'est rendu auteur d'une inexécution « *non seulement en s'affranchissant de son obligation de restitution immédiate, mais également en différant unilatéralement la date de résiliation au 30 novembre* ».

n'est pas l'objet de l'acte principal, elle est néanmoins objet principal d'un autre contrat, visible au travers de l'opération générale, un contrat de dépôt. Ce dernier se superpose au contrat de parrainage sportif ou de location-gérance afin de permettre la réalisation de la prestation.

437.- La chose objet au contrat. Lorsque l'obligation porte sur la chose objet du contrat, elle signe souvent la précarité qui accompagne la remise de la chose²¹⁴¹. Les contrats de prêt²¹⁴² ou de dépôt²¹⁴³ en sont une illustration classique, puisque la chose est confiée au cocontractant qui en devient le gardien, le temps de l'exécution, à charge pour lui rendre la chose une fois intervenu le moment de l'extinction. Il en va de l'essence²¹⁴⁴ même du contrat en question. Toutefois, la charge de rendre peut également accompagner des opérations organisant un transfert de propriété, la remise semblant *a priori* définitive compte tenu de la nature de la convention qui l'ordonne. Le contrat de vente peut ainsi donner lieu à la charge de rendre, par l'action en revendication fondée sur une clause de réserve de propriété²¹⁴⁵, d'une clause d'inaliénabilité²¹⁴⁶. La donation peut également prévoir une obligation de restitution : les donataires sont alors *grevés*²¹⁴⁷. Dans tous les cas, l'identification de la violation de la clause réside, d'une part, dans le fait pour le débiteur de retenir la chose en sa possession (*a. La rétention de la chose*), et elle peut découler, d'autre part, de l'impossibilité de restituer (*b. L'impossibilité de rendre la chose*).

2005, ce qui lui permettait de bénéficier du matériel fourni par la société intimée jusqu'à la fin de la saison des courses cyclistes ». La juridiction rappelle à cette occasion que la rétention du matériel fourni ne peut être couverte par les articles 944, 1170 et 1174 du Code civil, le contrat de parrainage étant une convention synallagmatique dépourvue d'intention libérale.

²¹⁴¹ Si la remise initiale de la chose n'était pas censée être précaire mais définitive, c'est que la restitution intervient à la suite d'une résolution ou une annulation du contrat qui l'a ordonnée. Dans ce cas, c'est dans le but de démanteler les effets du contrat que la restitution doit être exécuter (cf. *infra*).

²¹⁴² Civ. 28 janv. 1871, D. 1877. I. 280; Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, pourvoi n° 96-19.549, *Bull. civ. I*, n° 312, préc. - Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, pourvoi n° 96-16.093, *Bull. civ. I*, n° 55 ; Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, pourvoi n° 01-00.004, *Bull. civ. I*, n° 34 ; D. 2004. 903, note NOBLOT ; RTD civ. 2004. 312, obs. GAUTIER P.-Y. ; Civ. 3^e, 19 janv. 2005, pourvoi n° 03-16.623, *Bull. civ. III*, n° 12; D. 2005. 2439, note DAGORNE-LABBE Y. ; Civ. 2^e, 4 avr. 2007, n° 06-12.195, *Bull. civ. II*, n° 56; AJDI 2007. 500 ; D. 2007. Chron. 2757, obs. MONGE ; Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, pourvoi n° 09-14.633, *Bull. civ. I*, n° 127; RTD civ. 2010. 557, obs. FAGES B. ; D. 2010. AJ 1554, obs. FOREST G. ; JCP E 2010, n° 51-52, Chron. 2134, n° 4, obs. GRIGNON Ph.

²¹⁴³ Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, pourvoi n° 02-17.762, *Bull. civ. I*, n° 239 : « Est tenu d'une obligation alternative de restitution en nature ou en valeur le dépositaire qui a reçu des marchandises au titre d'un contrat de dépôt-vente prévoyant que le prix des marchandises serait réglé au fur et à mesure des ventes et qu'à l'issue d'un certain délai, sauf retour des pièces invendues, le stock restant serait facturé au dépositaire ». Adde TESTU F. X., *Dalloz Réf. Contrats d'affaires*, 2010, n° 58.01.

²¹⁴⁴ LE TOURNEAU Ph., *Dalloz Action*, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 6417.

²¹⁴⁵ v. VOINOT D., *Rép. com. Dalloz*, V° « Réserve de propriété », n° 53 et s. ; SOUWEINE C., « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété », D. 2011. 2617.

²¹⁴⁶ Civ. 1^{re}, 6 févr. 1953, *Bull. civ. I*, n° 61 ; D. 1953. 282 ; Civ. 1^{re}, 8 janv. 2002, *Bull. civ. I*, n° 3, pourvoi n° 99-15.547 ; RTD civ. 2002. 343, obs. PATARIN ; RTD civ. 2002. 542, obs. REVET ; JCP 2002. I. 178, n° 9, obs. LE GUIDEC ; JCP 2002. II. 10036, note CHARTIER.

²¹⁴⁷ V. TOULLIER M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie et la pratique*, t. 3, 1837, Bruxelles, p. 203, n° 723 et s. Rapp. de la clause de retour : PATARIN J., « La validité de la clause d'inaliénabilité n'est pas affectée par la disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui a justifié cette stipulation », RTD civ. 2000. 148.

a) *La rétention de la chose*

438.- Le refus de rendre la chose. La rétention de la chose caractérise une inexécution qui maintient les parties dans une précarité de rapports postérieurement à l'extinction de la relation. Elle matérialise une volonté forte de la partie défaillante de ne pas exécuter l'obligation, si bien que la faute est un dol, en réalité, pénal²¹⁴⁸. L'inexécution se manifeste ainsi lorsqu'un salarié refuse de restituer les équipements de fonction mis à sa disposition durant le temps de son contrat de travail²¹⁴⁹ ; lorsque le franchisé, à l'issue du franchisage, ne rend pas le matériel fourni par le franchiseur²¹⁵⁰ ; ou encore que l'emprunteur garde la chose prêtée²¹⁵¹. Si la rétention est facile à imaginer en matière mobilière, elle peut également prendre forme en matière immobilière au travers du refus de vider les lieux après l'expiration du bail²¹⁵² ou du prêt à usage²¹⁵³. En outre, les choses concernées ne sont pas seulement corporelles : il s'agit, par exemple, des instruments financiers confiés au dépositaire dans un fonds commun d'investissement²¹⁵⁴. Dans tous les cas, la restitution doit en principe être immédiate, c'est-à-dire succéder sans délai à l'extinction du contrat, sauf si le créancier de la restitution justifie des causes d'une restitution anticipée²¹⁵⁵, ou que les parties en conviennent autrement en prévoyant le droit d'un retrait *ad nutum* en faveur du prêteur, ou consentant une extension du délai de restitution au débiteur. Mais la question récurrente en la matière est de déterminer si la restitution doit être exécutée en nature ou peut l'être

²¹⁴⁸ Propre à constituer une infraction pénale : Délit d'abus de confiance, art. 314-1 du CP.

²¹⁴⁹ Lyon, 25 avril 2014, RG n° 13/04922 : la clause prévoyait que « *la voiture mise à disposition de Monsieur Pierre Jean A. reste la propriété de l'entreprise. Ce véhicule devra lui être restitué immédiatement et en même temps que le micro-ordinateur et le téléphone mobile en cas d'arrêt de travail ou à la date de fin de rupture effective du contrat de travail* »

²¹⁵⁰ Com. 20 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.488 : la clause imposait au franchisé de ne plus utiliser les signes distinctifs constituant l'identité du réseau. Cf. ég. Com. 20 sept. 2016, inédit, pourvoi n° 15-12.724.

²¹⁵¹ GAUTIER P.-Y., « Du terme judiciaire : la Cour de cassation unifie le régime de l'obligation de restitution, dans les deux sortes de prêt, à usage et de consommation, lorsqu'ils sont à durée indéterminée », RTD civ. 1999. 128 ; *ibid* « Où la Cour européenne des droits de l'homme commet une iniquité, en consacrant l'effet pervers de jurisprudences associées : non restitution d'un bien prêté il y a 55 ans », RTD civ. 2015. 638 ; SAINTE-ROSE J., « Le régime de l'obligation de restituer en cas de commodat à durée indéterminée », D. 2002. 30.

²¹⁵² Civ. 3^e, 28 févr. 1990, Bull. civ. III, n° 66, p. 35, pourvoi n° n° 88-13.978, AJDI 1990. 514 ; ROUQUET Y., « Bail professionnel et maintien dans les lieux du locataire », AJDI 2004. 33 ; VIAL-PEDROLETTI B., « Indemnité d'occupation : nature et révision judiciaire », Loyers et Copropriété n° 6, Juin 2010, comm. 157, note sous Civ. 3^e, 8 avr. 2010, pourvoi n° 08-20.525.

²¹⁵³ GAUTIER P.-Y., « Restitution de la chose prêtée au fils de famille (marié), dans le commodat à terme indéterminé », RTD civ. 1994. 125 ; Civ. 1^{ère}, 11 juill. 2015, inédit, pourvoi n° 14-18.709 (sur les modalités de reprise d'un bien vendu pendant la durée du prêt).

²¹⁵⁴ STORCK M., « Particularisme de l'obligation de restitution incombant au dépositaire », RTD Com. 2010. 573 ; LIENHARD A., « Fonds commun de placement : obligation de restitution des instruments financiers », D. 2010. 1207. Mais peuvent également faire l'objet de saisie les parts sociales des associés (art. R. 232-1 du CPCE, les valeurs mobilières et les titres (art. R. 232-2 du CPCE). L'art. R. 112-1 du CPCE prévoit que *tous les biens mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une mesure conservatoire, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit ou permet leur insaisissabilité*. L. 231-1 du CPCE dispose également que *tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire*.

²¹⁵⁵ Cf. art. 1889 C. civ.

par équivalent. Ce point est particulièrement délicat quand le débiteur est confronté à une impossibilité de rendre la chose.

b) L'impossibilité de rendre la chose

439.- Restitution *in specie* ou par équivalent. L'impossibilité de rendre la chose place le débiteur en situation d'inexécution. En principe, la restitution a lieu en nature²¹⁵⁶, sauf lorsque la chose n'est plus matériellement disponible du fait de l'exécution naturelle du contrat dont elle a été l'objet - la nature de la chose est le principal critère, tel est l'exemple des biens fongibles²¹⁵⁷ qui permettent la restitution *aliunde*²¹⁵⁸, ou des choses consommables²¹⁵⁹ restituées nécessairement par équivalent. Si l'impossibilité de restitution *in specie* résulte de la perte ou de la destruction de la chose, il faudra, pour s'exonérer de son obligation, que le débiteur démontre la disparition de la chose par un cas fortuit²¹⁶⁰.

440.- Les limites de la restitution en nature. Par ailleurs, si l'insertion d'une stipulation peut faire bénéficier au débiteur un droit de choisir entre la restitution *in specie* ou par équivalent, comme dans le cadre de la distribution, elle peut également exiger la chose en nature. Cette dernière configuration est problématique lorsque le coût de la restitution *in specie* est disproportionné. C'est ce qu'a illustré le célèbre arrêt relatif à la restitution en nature des cuves de stockage souterrain de carburant, dans le cadre d'une concession de station-service²¹⁶¹. L'obligation de restituer en nature confinait à la restitution impossible, compte tenu du coût faramineux pour le pompiste, et revenait finalement à empêcher la cessation du lien contractuel par le truchement de la stipulation de restitution. C'est pourquoi la jurisprudence a estimé que la clause était illicite en ce qu'elle freinait la concurrence, et la doctrine

²¹⁵⁶ Cf. art. 1352 nouv. C. civ.

²¹⁵⁷ LAROCHE M., « L'action en restitution s'étend aux choses fongibles », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 15 oct. 2012, n° 9 ; « Cession de biens susceptibles de restitution : mise en demeure impérative du propriétaire », Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 1^{er} sept. 2015, n°5 ; « Précisions sur l'action en restitution », *ibid.*, 1^{er} nov. 2012, n° 6, p. 372 ; LECORRE-BROLY E., « La résolution du conflit entre propriétaires revendiquant des choses fongibles », Gaz. Pal. 10 janv. 2017, n° 2 ; *ibid.*, « La revendication de biens fongibles : mode d'emploi », *idem.*

²¹⁵⁸ *Par d'autres moyens.*

²¹⁵⁹ Cf. Art. 587 du C. civ. Adde BOITELLE A., « Donation de choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit », JCP N 1996. I. 1761 ; JCP N 1997. I. 1567 ; CHAMOULAUD-TRAPIERS A., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Usufruit », n° 306 et 511.

²¹⁶⁰ MORANÇAIS-DEMEESTER L.-M. ? « La responsabilité des personnes obligées à restitution », RTD civ. 1993. 757 ; « En cas d'incendie d'un immeuble, l'usufruitier ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant l'existence d'un cas fortuit », Civ.3è, 26 juin 1991, D. 1991. 208 ; JOURDAIN P., « Réparation des dommages post-contractuels : fondement de la responsabilité de l'ancien sous-locataire en cas d'incendie du bien sous-loué », RTD civ. 2006. 561, obs. sous Civ. 3è, 14 déc. 2005, *Société Euroflash c/ MMA IARD et autre*, pourvoi n° 04-15.756, Bull. civ. III, n° 245.

²¹⁶¹ Com. 29 janv. 1985, Bull. civ IV n° 43, Gaz. Pal. 1985, 2, 538 note GUINCHARD S. et MOUSSA T.; Com., 18 févr. 1992, Bull. civ. IV, n° 78, JCP E 1992, II, 344, note BEHAR-TOUCHAIS M. ; RTD Com. 1992. 857, obs. BOULOC B. ; JCP éd. E.1992.I.581, note MOUSSERON J.-M. et RAYNARD J. ; D. 1993 Jp. 57, note HANNOUN C.

d'observer fort justement que « *ces clauses, ne faisant en apparence que rappeler ce qui fait l'essence du contrat de prêt à usage, avaient, en réalité, pour effet de pérenniser le lien contractuel en violation du principe de libre concurrence* »²¹⁶².

Mais l'impossibilité de rendre la chose peut découler de la violation d'une autre obligation, directement ancrée dans le contrat, qui consiste en le fait de ne pas avoir conservé la chose.

441.- La non-conservation de la chose. La non conservation de la chose peut résulter d'une faute de conservation²¹⁶³. Cette violation est également constituée lorsque le débiteur remet la chose à un tiers. C'est ainsi que le dépositaire a la charge de restituer à ses frais tous les actifs qui lui ont été confiés, indifféremment du fait qu'ils seraient sortis de son patrimoine par la faute d'un tiers²¹⁶⁴. Dans le cas d'une revente du bien devant pourtant être restitué, le bénéficiaire de la réserve de propriété se heurtera à l'impossibilité de revendiquer les biens entre les mains du tiers de bonne foi²¹⁶⁵. Il sera alors possible pour le créancier d'obtenir la restitution du prix de la revente²¹⁶⁶. Il est alors naturel d'observer que l'obligation de conservation de la chose a vocation à persister malgré l'intervention du terme extinctif. Alors que le contrat est éteint, le débiteur reste tenu à l'obligation de conserver la chose qui survit par l'intermédiaire de l'inexécution. Cette dernière ayant suspendu le retour à l'équilibre normalement organisé par les restitutions, il est nécessaire que le débiteur de la restitution soit aussi chargé de conserver la chose - sauf si la restitution est consécutive à un anéantissement rétroactif²¹⁶⁷. La seconde obligation est la condition de réalisation de la première. Aussi, est-il normal que la perte ou la détérioration de la chose survenant postérieurement à la fin du contrat soit nécessairement supportée

²¹⁶² MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (Ire partie) », art. préc.

²¹⁶³ Civ. 1^{re}, 9 avr. 1957, Bull. civ. I, n° 179 ; RTD civ. 1957.552, obs. CARBONNIER J. ; Civ. 1^{re}, 7 févr. 1978, Bull. civ. I, n° 46, pourvoi n° 76-14.352 ; Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, *SARL Scenas c/ Dépée*, Bull. civ. I, n° 376, pourvoi n° 92-11.385 ; CCC 1994. comm. 34, obs. RAYMOND G. ; Civ. 1^{re}, 17 nov. 1993, *SARL Vosges Lavage c/ Joly*, Bull. civ. I, n° 336, p. 232, pourvoi n° 90-11.615 ; CCC 1993. comm. 83, obs. RAYMOND G. ; JOURDAIN P., « La responsabilité du teinturier : obligation de moyens et présomption de faute », RTD civ. 1994. 611 ; du même auteur, « L'entrepreneur répond de l'incendie de la chose confiée provoqué par l'un de ses employés », RTD civ. 1996. 183 ; DELPECH X, « Vente sous réserve de propriété : obligation de conservation de la chose vendue de moyens de l'acheteur », Dalloz actu. 4 juin 2010, obs. sous Com. 26 mai 2010, Bull. civ. pourvoi n° 09-66.344 ; du même auteur, « L'obligation de conservation du dépositaire ne cesse que lors de la restitution de la chose », Dalloz actu. 5 juill. 2006, obs. sous Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, pourvoi n° 05-13.980.

²¹⁶⁴ Com. 4 mai 2010, pourvoi n° 09-14.187, *Société générale c/ Sté Day Trade Asset Management* ; Com. 4 mai 2010, pourvoi n° 09-14.975, *Sté RBC Dexia Investors services bank France c/ Sté Delta alternative management SAS*, D. 2010. Actu. 1207, obs. LIENHARD A. (précisant que l'article D. 214-28-1, issu du décret du 12 décembre 2008, permet que les parties puissent limiter contractuellement l'obligation de restitution des actifs incombant au dépositaire).

²¹⁶⁵ Art. 2276 du C. civ.

²¹⁶⁶ SOUWAINE C., « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété », préc.

²¹⁶⁷ Cf. *supra*, n° 148 et s.

par le gardien de la chose, sans que le créancier ait à démontrer une faute délictuelle. La perte est couverte par l'inexécution contractuelle portant sur l'obligation de restituer.

B- LA CLAUSE DE REMUNÉRATION DANS LE MANDAT IMMOBILIER

442.- La distinction du temps de l'entremise. Le contrat de mandat consenti à l'agent immobilier peut renfermer une clause de rémunération appelée à produire ses effets postérieurement à la révocation du mandat. La rémunération est due lorsque la présentation de l'acquéreur est faite en cours de mandat (*a. La présentation de l'acquéreur faite en cours de mandat*), mais il est possible de se demander ce qu'il en est lorsqu'elle est effectuée postérieurement à la fin du mandat (*b. La présentation de l'acquéreur après expiration du mandat*).

a) La présentation de l'acquéreur faite en cours de mandat

443.- Garantir les fruits du travail fourni. Le mandat consenti à l'agent immobilier prévoit généralement que le mandant qui conclurait la vente postérieurement à l'expiration du mandat, avec un acquéreur présenté par l'agent au cours du mandat, serait redevable de la commission nonobstant l'expiration du contrat. En effet, « *le temps n'efface pas la mauvaise foi du contractant* »²¹⁶⁸, c'est pourquoi la commission est due pour les ventes issues du rapprochement entre vendeur et acquéreur pendant la durée du mandat, même si la vente intervient bien après l'extinction de ce dernier²¹⁶⁹. Il faut donc que le rapprochement ait eu lieu alors que le mandat était encore en vigueur, et l'agent immobilier bénéficie par ailleurs d'un droit de suite²¹⁷⁰ si la vente intervient postérieurement à la cessation de son propre contrat de travail ou d'agence commerciale. Ces dispositions visent clairement à prémunir le mandataire contre le risque d'opportunisme postcontractuel qui consisterait à bénéficier du travail effectué par l'agent, tout en cherchant à échapper au paiement de la commission en contractant la vente

²¹⁶⁸ TOMASIN D., « Droit à commission de l'agent immobilier », RDI 1997. 268, obs. sous Civ. 1^{ère} 18 févr. 1997, inédit, pourvoi n° 94-22.118.

²¹⁶⁹ « *La clause figurant au mandat, selon laquelle en cas de cession des biens, postérieurement à l'expiration dudit mandat, à un acquéreur présenté par la société Continental immobilier, l'indemnité forfaitaire égale au montant de la commission convenue était due par le vendeur ; qu'ensuite, à juste titre, elle a considéré que le temps écoulé ne saurait écarter les droits de cette société dès lors qu'il était établi que le rapprochement des parties s'était fait alors que le mandat exclusif était encore en vigueur* », in Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1997, préc. En l'espèce, l'acte authentique de vente était intervenu plus de deux après expiration du mandat. V. aussi TOMASIN D., « Effets du contrat d'entremise et droit à commission », RDI 1998. 280. Comp. *Contra* Riom, 25 juin 2008, n° de RG: 07/00648.

²¹⁷⁰ Art. 10, Avenant n° 31 du 15 juin 2006 relatif au nouveau statut du négociateur immobilier, Convention collective nationale de l'immobilier du 9 septembre 1988. Cette disposition lutte contre l'opportunisme postcontractuel dont serait auteur un employeur tenté de profiter des fruits du travail d'un ancien employé, ou le mandant dans le cadre d'un contrat d'agence commerciale.

une fois le mandat expiré²¹⁷¹. C'est ainsi que ce s'est développée la pratique des bons de visite²¹⁷² et des obligations à la charge du vendeur de faire connaître à l'agence immobilière l'identité de l'acquéreur²¹⁷³. Cette pratique peut néanmoins trouver ses limites dans le cadre des mandats exclusifs ou semi-exclusifs.

444.- Automatiser le droit à commission. Les mandats exclusifs ou semi-exclusifs tirent leur caractéristique du fait que, par l'effet d'une clause d'exclusivité, ils limitent le droit pour le mandant d'effectuer la vente sans le concours de l'agent immobilier. Le mandat exclusif (ou exclusif absolu) interdit au mandant de vendre le bien autrement que par le seul intermédiaire du mandataire qui bénéficie du « *privilège de traiter seul l'affaire* »²¹⁷⁴, alors que le mandat semi-exclusif (exclusif simple, ou encore exclusif mixte) réserve au mandant la faculté de rechercher un acheteur autrement que par les seuls services de l'agence. Mais ces mandats prévoient généralement que le vendeur recevant, en cours de mandat, une offre émise directement de particulier à particulier (donc sans entremise par l'agent immobilier), a l'obligation de rediriger l'offrant vers le mandataire qui procèdera à la rédaction d'un avant-contrat. Dans ce cas, le mandat prévoit qu'une commission réduite²¹⁷⁵ sera due à l'agence. Une fois le mandat expiré, la question est alors de savoir si cette commission est due lorsque le vendeur conclut l'affaire avec un acquéreur non présenté par l'agence mais qui se serait manifesté pendant la période d'efficacité du mandat.

En effet, la pratique des bons de visites, ajoutée à l'obligation à la charge du vendeur d'informer l'agence de l'identité de l'acquéreur au moment de la conclusion de la vente, permettent éventuellement de reconnaître un acquéreur qui aurait visité le bien par l'intermédiaire du mandataire. Mais si l'acquéreur s'est directement présenté auprès du vendeur sans que ce dernier l'ait redirigé, il semble alors plus difficile de mettre en œuvre la clause exigeant le paiement de la commission, fut-elle réduite, postérieurement à l'expiration du mandat.

²¹⁷¹ Comp. Contrat d'agence commerciale : « *le droit à la commission ne peut s'éteindre que s'il est établi que le contrat entre le tiers et le mandant ne sera pas exécuté et si l'inexécution n'est pas due à des circonstances imputables au mandant* », in Com., 31 mars 2015, Bull. civ. IV, n° 58, pourvoi n° 14-10.346.

²¹⁷² Le bon de visite n'établit pas un lien de nature contractuelle entre l'agent immobilier et le tiers qui visite : Civ. Ire, 6 oct. 2011, pourvoi n° 10-21.645.

²¹⁷³ Pour un exemple de clause obligeant à l'information du mandataire sur l'identité des acquéreurs : « *le mandant s'oblige pendant une durée de 24 mois suivant l'expiration du mandat à informer immédiatement le mandataire de toute transaction conclue en lui notifiant par lettre recommandée, les nom et adresse de l'acquéreur et du notaire chargé d'authentifier la vente* » in Civ. 1^{re}, 2 oct. 2007, pourvoi n° 06-14238. La Cour statue ici sur le caractère abusif (rejeté) de la clause, estimant que : « *l'arrêt qui retient que les droits du propriétaire ne sont limités qu'à l'égard des personnes qui ont été présentées par le mandataire et qu'une telle restriction est justifiée par le risque de fraude très important, a justement considéré qu'une telle clause qui ne créait aucun déséquilibre dans les droits et obligations des parties n'était pas abusive* ».

²¹⁷⁴ TOMASIN D., « Effets du contrat d'entremise et droit à commission », préc. L'art. 6 (I) de la loi Hoguet prévoit ainsi que le mandat ayant consenti à l'exclusivité s'engage notamment à ne pas publier d'annonce par voie de presse.

²¹⁷⁵ Souvent de l'ordre de 50%.

En principe, l'obligation devrait avoir vocation à s'appliquer par l'effet de la clause d'exclusivité, laquelle réserve au mandataire le droit automatique de concourir à la vente. Le mandant se rendrait auteur d'une double violation : celle de ne pas s'être rapproché de l'agent pendant la durée du mandat, et celle de ne pas verser la commission dans la période postcontractuelle où la vente s'est réalisée. La problématique du droit à rémunération est donc réduite au seul moyen de prouver que la vente accomplie postérieurement à l'expiration du mandat a été consentie à un acquéreur s'étant intéressé au bien pendant la durée du mandat. C'est pourquoi une pratique tend à apparaître, consistant à faire peser sur le vendeur une obligation postcontractuelle de rémunération dans tous les cas de réalisation de la vente dans un certain délai après la fin du mandat²¹⁷⁶.

445.- Les limites de l'exclusivité. Cette pratique vise manifestement à instaurer une sorte de présomption d'antériorité²¹⁷⁷. Or, les conditions de mise en œuvre de la rémunération, ou de la clause pénale, ne sont pas réunies²¹⁷⁸. L'exclusivité prend alors une ampleur excessive en ce qu'elle aggrave les obligations du mandant. La contrepartie vendue au débiteur est alors la prestation de rédaction de l'acte préparatoire à la vente. Toutefois, cette contrepartie ne couvre qu'artificiellement le déséquilibre dans les obligations imposées aux parties. En effet, compte tenu du fait que la préparation de l'acte est onéreuse, que reste-t-il pour contrebalancer l'exclusivité due par le mandant ? Il est possible de voir la contrepartie dans la réduction consentie sur le montant de la rémunération. Mais la stipulation organise véritablement une prolongation des effets du mandat, tout en annihilant les obligations du mandant - lequel n'est plus tenu de rechercher un acquéreur, ni d'organiser la publicité du bien. De plus, la rédaction d'acte n'appartient pas à un savoir-faire propre à l'agent immobilier. Assorti d'une exclusivité postcontractuelle, le mandat alourdit inutilement les obligations du mandant qui, ayant la possibilité de conclure la vente avec un acquéreur s'étant présenté après le mandat, pourrait bénéficier - et devra le faire pour l'acte authentique - des services du notaire. Finalement, la clause postcontractuelle revient à transformer le mandat, censé être éteint, en un contrat unilatéral au seul bénéfice du mandataire qui,

²¹⁷⁶ L'art. 6 (I) de la loi Hoguet dispose que « lorsqu'un mandat est assorti d'une clause d'exclusivité ou d'une clause pénale ou lorsqu'il comporte une clause aux termes de laquelle des honoraires sont dus par le mandant, même si l'opération est conclue sans les soins de l'intermédiaire, cette clause recevra application dans les conditions qui seront fixées par décret ». Adde art. 78 (modif. par décret n° 2015-724 du 24 juin 2015 - art. 1) du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce.

²¹⁷⁷ Comparable à l'idée selon laquelle « dès lors que l'immeuble à céder a été visité par le client avec l'agent immobilier, la vente conclue ultérieurement, hors de l'entremise de ce dernier, est réputée conclue par son intermédiaire », in Dagonne-Labbe Y., « La fraude du vendeur n'ouvre pas droit à l'attribution de sa commission à l'agent immobilier », D. 2011. 62, obs. Civ. 3^e, 8 juin 2010, Bull. civ. III, n° 112, pourvoi n° 09-14.949. V. ég. Civ. 1^{ère}, 22 mai 1985, Bull. civ. I, n° 159 ; 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 323, pourvoi n° 91-19.366 ; RDI 1994. 266, obs. TOMASIN D. ; 8 juill. 1994, Bull. civ. I, n° 234, pourvoi n° 92-14.346, RTD com. 1995. 184, obs. BOULOC B.

²¹⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, inédit, pourvoi n° 11-30.083.

bien que libéré du soin de diligenter publicité et recherche d'acheteurs, s'octroie un droit automatique à rémunération. C'est pourquoi elle est abusive, créant un déséquilibre entre les droits et obligations des parties : elle pourra être réputée non écrite par le juge²¹⁷⁹. Le mandat immobilier tel qu'il se pratique est effectivement un contrat d'adhésion susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 1171 du Code civil.

Par ailleurs, il est aussi intéressant de déterminer l'opposabilité de la clause au mandant, dès lors que la présentation de l'acquéreur ne serait pas faite en cours de mandat mais postérieurement à l'expiration.

b) La présentation de l'acquéreur après expiration du mandat

446.- Définir la situation juridique. La situation dans laquelle l'acquéreur serait présenté par le mandataire après la fin de son mandat, exigerait que le contrat ne se soit pas reconduit tacitement, par l'effet d'une dénonciation par le mandant. Dans quelle situation juridique se trouveraient alors les parties ? Plusieurs clefs de lectures sont envisageables.

447.- La reconduction tacite du mandat. Tout d'abord, il est possible d'imaginer que le consentement du mandant à la présentation postérieure exprime la manifestation d'une volonté de renoncer à la dénonciation du mandat. Le contrat couvrirait alors le comportement des parties qui matérialiseraient la poursuite de la relation contractuelle antérieurement établie, donnant lieu à reconduction de l'acte, et donc au paiement de la commission en cas de réalisation ultérieure de la vente. Cette hypothèse semble pour le moins fragile, du fait qu'elle permettrait d'admettre la reconduction nonobstant la volonté explicite d'une partie de le révoquer, niant ainsi les effets extinctifs de la résiliation. De plus, cela voudrait dire que la reconduction serait alors susceptible d'intervenir après une période intermédiaire mal définie. En effet, il serait difficilement acceptable, par exemple, d'admettre la reconduction d'un mandat d'une durée initiale de 3 mois, alors même que la présentation

²¹⁷⁹ KULLMANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993. 59 ; MAZEAUD D., « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993 ; MESTRE J., « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz 1999, p. 689 ; BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Contrats et conventions », 1993 (actu. avr. 2015), n° 226 et s. ; GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, préf. LEQUETTE Y., Economica, coll. Recherches juridiques, 2006 ; ASTAIX A., *Clauses abusives : publication des listes « noire » et « grise »*, D. 2009. 797 ; WHITTAKER S., « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », D. 2009. 1152 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" », JCP G 2009, act. 168.

interviendrait 6 mois après la résiliation. Les conditions de la reconduction ne seraient pas respectées et assurément trop aléatoires.

448.- Novation ou quasi-contrat. Ensuite, il serait possible de justifier le versement de la commission non pas sur la convention passée, mais sur deux autres fondements. D'une part, l'obligation de rémunération pourrait être déduite de la novation d'une obligation naturelle en obligation civile, mais la jurisprudence n'a pas accueilli ce fondement dans une affaire proche de notre hypothèse²¹⁸⁰. Pour qu'une rémunération soit valablement due, il faudrait, selon la jurisprudence, que les parties à la vente s'y soient engagées par écrit, et cela nécessairement postérieurement à la réalisation de la vente²¹⁸¹. D'autre part, l'agent immobilier pourrait envisager la voie quasi-contractuelle, fondant ainsi sa demande sur l'enrichissement sans cause, ou la gestion d'affaires. Mais ce serait sans compter sur la jurisprudence qui a déjà fait obstacle à cette possibilité²¹⁸², permettant ainsi d'affirmer que le quasi-contrat n'est pas « *une bouée de sauvetage disponible pour les agents immobiliers lorsque ceux-ci n'ont pas pu, par malchance ou par maladresse, anticiper ou dompter le torrent de formalisme porté par la loi [Hoguet]* »²¹⁸³.

449.- L'inexigibilité de la rémunération. Enfin, la situation pourrait être envisagée comme inscrite dans un temps parfaitement dégagé de la clause de rémunération, par le plein effet extinctif de la résiliation²¹⁸⁴. La commission ne serait alors pas due. Mais, sous l'angle de l'article 1104 (nouveau) du Code civil, lequel prévoit que *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*, toute force obligatoire ne serait peut-être pas perdue, dans une perspective d'acclimatation de l'obligation de bonne foi à l'après-contrat²¹⁸⁵. En l'espèce, l'exécution reposerait sur des obligations qui ne sont plus en cours, si bien qu'il faudrait forcer quelque peu le droit positif pour y intégrer la période

²¹⁸⁰ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2011, pourvoi n° 09-71.243 : « *est dépourvu d'effet tout acte portant engagement de rémunérer les services d'un agent immobilier en violation des règles impératives ci-dessus rappelées, excluant qu'une obligation naturelle soit reconnue en ce domaine* », cf. obs. THIOYE M., « Agent immobilier : point de droit à rémunération par novation d'une obligation naturelle en obligation civile », AJDI 2011. 643. *Adde* D. 2011. 240, obs. ROUQUET Y.

²¹⁸¹ Civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, préc. ; 29 janv. 1991, *Bull. civ. I*, n° 34 ; 3 févr. 1993, *Bull. civ. I*, n° 46 ; D. 1993. IR 57 ; 6 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 52, AJDI 2001. 919, obs. THIOYE M. : « *Attendu que s'il résulte de l'article 7 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 que sont nulles les conventions de toute nature relatives aux opérations visées à l'article 1er de la loi, lorsque ces conventions ne comportent pas une limitation de leurs effets dans le temps, les parties à la vente ou l'une d'elles peuvent, cependant, par une convention ultérieure qui n'est valable que si elle est postérieure à la vente régulièrement conclue, s'engager à rémunérer les services de l'agent immobilier* ».

²¹⁸² Elle a également rejeté les demandes formées sur la gestion d'affaire : Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, pourvoi n° 11-13.000, RTD civ. 2012. 528, obs. FAGES B. ; D. 2012. 879, obs. ROUQUET Y. ; AJDI 2012. 613, obs. THIOYE M. Rapp. Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 210, pourvoi n° 87-12.104.

²¹⁸³ THIOYE M., « Incompatibilité de la théorie de l'enrichissement sans cause avec la loi Hoguet ! », AJDI 2015. 136.

²¹⁸⁴ NB : « *le droit à la commission ne peut s'éteindre que s'il est établi que le contrat entre le tiers et le mandant ne sera pas exécuté et si l'inexécution n'est pas due à des circonstances imputables au mandant* » : Com., 31 mars 2015, *Bull. civ. IV*, n° 58, pourvoi n° 14-10.346.

²¹⁸⁵ Nous y sommes favorables : cf. *supra* n° 318 et s.

postcontractuelle. Toutefois, ce forçage peut n'être que relatif : l'article étend l'obligation de bonne foi à la période précontractuelle. On ne croit donc pas dénaturer l'esprit du texte en projetant l'obligation de bonne foi postérieurement à la résiliation, d'autant que, symétriquement, les négociations ne sont pas toujours formalisées dans la période précontractuelle - ce qui ne fait pas obstacle à l'exigence de bonne foi. Mais le recours à l'article 1104 du Code civil permettrait simplement de sanctionner la mauvaise foi du vendeur sans pour autant forcer le paiement de la commission ; étant souligné l'importance de la notion de confiance dans le contrat de mandat²¹⁸⁶. De plus, les conditions nécessaires au paiement de la commission sont strictement encadrées par la loi Hoguet : l'agent immobilier ne peut réclamer le paiement que s'il détient un mandat au moment de la réalisation de la vente, au vu des articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970. Il peut en revanche prétendre à des dommages et intérêts en démontrant qu'une faute de l'acquéreur l'a privé de son droit à rémunération²¹⁸⁷, bien que la Cour de cassation ait rappelé que « *n'est pas fautif le fait, pour l'acquéreur non lié contractuellement à l'agent immobilier par l'intermédiaire duquel il a visité le bien, d'adresser une nouvelle offre d'achat aux vendeurs par l'intermédiaire d'un autre agent immobilier également mandaté par ces derniers ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il était loisible [aux acquéreurs], qu'aucun contrat ne liait au [mandataire] dont la clause d'exclusivité était expirée, de recourir, sans faute de leur part, à une autre agence immobilière pour proposer une nouvelle offre d'achat aux vendeurs* »²¹⁸⁸.

Dans notre hypothèse, il est difficile pour l'agent de prouver avoir été privé d'un droit non exigible, cette solution peut inspirer le juge dans la recherche d'un certain équilibre postcontractuel basé sur la loyauté. Le recours à la bonne foi semble adapté aux suites du mandat, contrat dont l'identité est originellement pétrie de l'idée de confiance réciproque. Du reste, l'indemnité pourrait valablement être prévue par une clause pénale la fixant au montant de la commission qui aurait été due²¹⁸⁹. Mais, en

²¹⁸⁶ LE TOURNEAU Ph., *Rép. dr. civ. Dalloz*, « Mandat », 2011 (actu. févr. 2017), not. n° 9, 383 et s.

²¹⁸⁷ Civ. 23 juin 2011, pourvoi n° 10-27.227, AJDI 2012. 51. *Contra* : Civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, pourvoi n° 02-10194, Bull. civ. I, n° 111 p. 90 : « *la commission n'était pas due par les acquéreurs, de sorte que l'agence ne pouvait se prévaloir à leur encontre d'un quelconque préjudice* ».

²¹⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2016, pourvoi n° 15-14.631 ; JCP N 2016, act. 554 ; LOIR R., *in* « Technique contractuelle », JCP E n° 24, 16 Juin 2016, 1363, n° 18 et s. Dans cette espèce, les vendeurs avaient eu recours à une première agence immobilière via un mandat exclusif. A l'issue de la période d'exclusivité, l'agence leur présentait des acquéreurs, lesquels faisaient une offre d'achat. Cette dernière ayant été surenchérie par des acquéreurs-tiers, une nouvelle offre était alors formulée (au lendemain de la première) mais par l'intermédiaire d'une seconde agence immobilière (n'ayant pas fait visité le bien) mandatée par les vendeurs à l'issue de la période d'exclusivité. On peut alors indiquer que, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, l'agence évincée aurait tout intérêt à rechercher la faute de l'agence concurrente, laquelle lui a fait perdre une chance de toucher la commission. On peut également, à partir de cet angle d'action, se poser la question de la tierce-complicité des acquéreurs à la faute délictuelle de l'agence concurrente (Civ. 1^{ère}, 8 juill. 1994, Bull. civ. 1994, I, n° 234, pourvoi n° 92-14.346 et Civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, inédit, pourvoi n° 00-14.897 ; JCl. Responsabilité civile et Assurances, synthèse n° 30). V. en outre ROUQUET Y., « Des limites à la perte de chance d'un agent immobilier », AJDI 2012. 370.

²¹⁸⁹ MOUSSA T., « Exigibilité d'une clause pénale en cas de vente directe ou assimilée à un acheteur présenté par l'agent immobilier », AJDI 2012. 369, citant une clause litigieuse prévoyant que : « *si, pendant la durée dudit mandat et même après son expiration, le mandant traitait directement ou par l'intermédiaire d'un autre professionnel, avec un acquéreur*

somme, il convient de recommander à l'agent immobilier ne présenter un nouveau client qu'après avoir obtenu un accord en ce sens, redonnant ainsi vie au rapport contractuel. Nous noterons toutefois qu'en présence d'un contrat non règlementé, le régime quasi-contractuel doit pouvoir être appliqué²¹⁹⁰, le régime extracontractuel²¹⁹¹, ou bien celui de la tacite reconduction²¹⁹².

450.- La quête d'équilibre. Le mandat immobilier offre ainsi plusieurs illustrations de l'importance stratégique de la période postcontractuelle et du régime qui doit lui être appliqué. En l'occurrence, la quête de l'équilibre postcontractuel est difficile, du fait que le mandat est attaché à une certaine philosophie cultivant loyauté et confiance, tandis que sa pratique relève du contrat d'adhésion et de prescriptions légales très strictes. L'après-contrat n'apporte pas ici de questionnement autour de la naissance d'obligations nouvelles, mais s'arcboute sur les conditions de préservation d'intérêts et d'obligations préexistantes, trouvant ainsi son chemin au travers du processus de la vente immobilière qui peut durer dans le temps - contrairement au mandat qui peut n'être qu'une étape intermédiaire. Mais il existe des situations dans lesquelles la prolongation du rapport obligatoire est particulièrement sévère, alors même que toute relation contractuelle est éteinte entre les parties. C'est le cas lorsque le contrat est consenti par des codébiteurs liés par une obligation de solidarité, laquelle a vocation à survivre à la résiliation qui ne serait effectuée que par l'un ou l'autre.

présenté par le cabinet, il s'engageait à verser au mandataire, en vertu des articles 1142 et 1152 du code civil, une indemnité forfaitaire d'un montant égal à la commission fixée ». La clause ne peut pas être exigée en cas de non-réalisation de la vente : cf. not. LATINA M., « La clause pénale et la rémunération de l'agent immobilier », L'ESSENTIEL Droit des contrats, 7 oct. 2014, n° 9, obs. sous Civ. 3^e, 9 juill. 2014, Bull. civ. III, n° 96, pourvoi n° 13-19.061, *Sté ImmoPlus c/ M. X, PB* ; LECUYER H., « Jeu contrarié d'une clause pénale stipulée au profit de l'agent immobilier en cas de non-réalisation de la vente : la réécriture de l'article 6 de la loi Hoguet par la Cour de cassation », Defrénois, 1er oct. 2014 au 15 oct. 2014, n°19.

²¹⁹⁰ TERNEYRE Ph., *Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz*, 2012 (actu. avr. 2017), n° 74 : CE, 23 févr. 1983, *Min. Éducation c/ Sté Anonyme SMAC Acieroid*, Lebon T. 783, req. n° 24479 ; CE, sect., 20 mars 1942, *Dame Vve Bastit*, Lebon 92 : le concessionnaire du service de distribution d'énergie électrique aavit poursuivi l'exécution du service pendant près de trois mois après la fin de la concession : « toutes les dépenses exposées par la dame Bastit du 1^{er} janvier au 24 mars 1934 doivent être regardées comme ayant été utiles et comme ayant profité à la commune, laquelle a perçu à son profit, à partir de la fin de la concession, toutes les recettes de l'exploitation » ; CE 22 févr. 1967, *Sté du gaz de Nogent-l'Artaud et extensions c/ Cne de Nogent-l'Artaud et autres*, Lebon 87.

²¹⁹¹ CE 10 mars 1965, *Cne de Chomelix*, Lebon 162 ; CE 15 oct. 1965, *Sté Entreprise Pérignon c/ Cne du Pecq*, Lebon 522 ; Soc. 16 oct. 1972, Bull. civ. V, n° 250, pourvoi n° 71-10.777, D. 1973. 6 ; Paris, 5 avr. 1990, D. 1990. 335, obs. SERRA Y. ; Soc. 9 juill. 1976, Bull. civ. V, n° 451, pourvoi n° 75-40.662, D. 1977. 338, note CRIONNET ; JCP 1978. 18853, note MAYAUD ; Soc. 8 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 8, pourvoi n° 93-44.009, D. 1997. 332, note CRIONNET ; Soc. 9 oct. 2002, inédit, pourvoi n° 00-45.540, NP, D. 2003. 383, obs. COLIN ; Com. 21 oct. 2008, pourvoi n° 07-15.905, NP, JCP S 2009. 1115, note BLANC-JOUVAN G. Sur la responsabilité postérieure à la cessation du contrat, cf. not. *infra* n° 456. Rapp. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 1 et Chapitre 2 - Section 2.

²¹⁹² Cf. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 2 - Section 1.

C- LA CLAUSE DE SOLIDARITÉ DANS LE BAIL D'HABITATION

451.- La solidarité étendue au maintien dans les lieux. Postérieurement à la résiliation du bail, l'obligation de solidarité trouve-t-elle à s'appliquer pour le paiement des indemnités d'occupation, alors que seul un des copreneurs se maintient dans les lieux ? La réponse à ce problème, « *du plus haut intérêt, tant théorique que pratique* »²¹⁹³, peut donner lieu à des appréciations²¹⁹⁴, parfois en faveur de la solidarité²¹⁹⁵, d'autres fois pour la rupture de la solidarité²¹⁹⁶. Au visa des articles 1202²¹⁹⁷ et 1382 du Code civil, la troisième Chambre civile a estimé que l'engagement solidaire des copreneurs ne peut survivre à la résiliation du bail qu'à la condition qu'une clause le prévoit expressément²¹⁹⁸. Il en résulte qu'après l'extinction du bail, le copreneur ne peut plus être tenu des inexécutions de son ancien codébiteur. Par l'exigence d'une stipulation expresse, on voit donc l'importance pour le créancier d'exprimer la volonté d'anticiper les effets de l'extinction. La Cour de cassation a clairement affirmé que la stipulation mentionnant la solidarité des preneurs au bail et prévoyant une indemnité d'occupation à leur charge, permet, en cas d'application de la clause résolutoire pour non-paiement des loyers, que l'indemnité

²¹⁹³ BRIAND Ph., « L'indemnité d'occupation due par le locataire indûment resté dans les lieux n'incombe pas à son colocataire solidaire », AJDI 2001. 875.

²¹⁹⁴ Cf. not. LUCET F. et VAREILLE B., « Régime primaire : la solidarité des dettes ménagères et les dépenses de logement », RTD civ. 1991. 584 ; MEYER Ch., « Les effets de la solidarité des copreneurs », AJDI 1994. 1068 ; COLLART-DUTILLEUL F. et DERRUPPE J., « La solidarité des époux n'est pas atteinte par le congé adressé au bailleur par l'un d'eux », RDI 1998. 425 ; VIAL-PEDROLETTI B., « Qui paie l'indemnité d'occupation ? », Loyers et copr. 2000, Chron. n° 9, p. 7 ; DAMAS N., « Solidarité des copreneurs et résiliation du bail », AJDI 2010. 26 ; ROUQUET Y., « La question de la divisibilité de la dette locative », AJDI 2014. 515.

²¹⁹⁵ COLLART-DUTILLEUL F. et DERRUPPE J., « La solidarité des époux n'est pas atteinte par le congé adressé au bailleur par l'un d'eux », préc. ; Civ. 3^e, 29 oct. 2008, pourvoi n° 07-21.741, AJDI 2009. 24 ; Paris, 6^e ch. sect. C, 11 mars 2003, n° 2001/16496 ; Civ., 7 juin 1989, D. 1990.21, note MASSIP J. ; JCP N 1991. II. 57 (8^e esp.), note SIMLER Ph. ; Civ. 2^e, 3 oct. 1990, Bull. civ. II, n° 177, JCP N 1991. II. 57 (2^e esp.), note SIMLER Ph. ; PIERRE-MAURICE S., « L'indemnité d'occupation due par un ancien locataire incombe à son copreneur solidaire, ayant quitté le local », D. 2003. 732.

²¹⁹⁶ Aix-en-Provence, 18 déc. 1985, D. 1986.IR. 132 ; Paris 8 déc. 1998, Loyers et copr. 1999, n° 85, obs. B. Vial-Pedroletti ; Paris 20 mars 2001, AJDI 2001. 784, obs. S. Laporte-Leconte - 1^{re} esp. ; Civ. 3^e, 13 déc. 1989, Bull. civ. III, n° 232, obs. *in* LUCET et VAREILLE B., préc. : « Cette solution paraîtra audacieuse, en pratique, à ceux qui craindront qu'elle ne favorise une fraude aux droits des bailleurs » ; BRIAND Ph., « L'indemnité d'occupation due par le locataire indûment resté dans les lieux n'incombe pas à son colocataire solidaire », préc. Comp. Sur le bail commercial : MAURIN L., « Bail commercial : la solidarité des copreneurs ne s'étend pas au paiement de l'indemnité d'occupation », L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme, 1^{er} juin 2009, n° 6, p. 6 : « Dans ce cas, l'indemnité a un caractère délictuel et ne saurait donc se rattacher à l'exécution du bail pour laquelle les colocataires ont accepté d'être solidaires. En revanche, si le bail prévoit une indemnité d'occupation conventionnelle, la clause de solidarité est applicable » ; Civ. 3^e, 5 mai 2004, Bull. civ. III, n° 87, pourvoi n° 03-10.201.

²¹⁹⁷ La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

²¹⁹⁸ Civ. 3^e, 5 mai 2004, Bull. civ. III, n° 87, pourvoi n° 03-10.201 : « l'engagement solidaire souscrit par des co-preneurs ne survit pas, sauf stipulation expresse contraire, à la résiliation du bail et que l'indemnité d'occupation est due en raison de la faute quasi-délictuelle commise par celui qui se maintient sans droit dans les lieux, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le bail contenait une telle clause ou que M. X... avait occupé les lieux postérieurement à la résiliation du bail, a violé les textes susvisés ».

d'occupation soit due solidairement par les anciens locataires²¹⁹⁹. Mais qu'advient-il de la solidarité entre copreneurs, lorsque l'un d'entre eux donne congé au bailleur, tandis que l'autre poursuit la location ?

452.- La solidarité résistante au congé. Le 12 janvier 2017, la Cour de cassation a dû s'intéresser à la question, afin de déterminer si un déséquilibre significatif peut ressortir de la clause imposant la solidarité entre le copreneur se maintenant dans les lieux en vertu de la continuation de son bail, et celui qui donne congé de son côté. Elle a ainsi reconnu que la stipulation survit valablement au congé qui serait donné par l'un d'entre eux²²⁰⁰. Les juges du fond avaient tenté de reléguer la stipulation à la catégorie des clauses abusives, en lui attribuant les effets d'un déséquilibre entre les parties. Mais le raisonnement s'est heurté sans surprise à la censure de la Chambre civile, compte tenu de la jurisprudence antérieure. La solution adoptée par la Chambre civile est toutefois insatisfaisante. La stipulation crée tant un problème d'équité qu'une atteinte à la liberté. Elle consiste à créer à la charge du codébiteur un cautionnement déguisé, autant qu'elle est difficilement compatible avec l'exercice efficace du droit de donner congé. En effet, la stipulation ajoute aux obligations du copreneur celles de caution, dans des conditions qui échappent pourtant au régime plus strict de la garantie. De plus, malgré l'extinction du contrat entre le copreneur partant et le bailleur, elle maintient le copreneur sous l'emprise d'un lien obligatoire dont le contenu est identique à celui qui précédait le congé, alors même que toute contrepartie a disparu. L'effet principal du congé est ici neutralisé en grande partie par celui de la clause de solidarité qui, de plus, ne prévoit pas une durée précise (« *une durée de trois ans au*

²¹⁹⁹ DERREZ P., « Du congé donné par un seul des copreneurs solidaires et ses effets », Ann. loyers juillet 1992, p. 884 ; COLLART-DUTILLEUL F. et DERRUPPE J., « Portée d'une stipulation conventionnelle de solidarité entre les cotitulaires d'un bail », RDI 1996. 285 : « *Tout dépend de ce qu'on appuie l'analyse sur la logique du bail ou sur celle des obligations solidaires. On peut tout d'abord regarder la question du côté de l'ex-locataire(...)*Dès lors, par l'effet du congé, l'ex-locataire a rompu le lien contractuel qui l'unissait au bailleur et il a ainsi perdu le droit à la jouissance comme il est libéré de la dette corrélatrice de loyer et de la solidarité qui s'y trouvait attachée (Cour d'appel). D'un autre côté, le départ de l'un des locataires ne fait pas disparaître, vis-à-vis du bailleur, l'obligation de paiement des loyers qui demeure dans son intégralité. Si la solidarité ne cesse que par l'effet de l'extinction de l'obligation, elle perdure donc tant que l'un des copreneurs demeure dans les liens du contrat (C. cass.). Cette solution, qui est celle de la Cour de cassation, se justifie donc par référence aux dispositions relatives à la solidarité passive. Elle nous semble être la plus opportune car elle allie un bénéfice de sécurité juridique au respect de l'esprit de la solidarité. Pour le bailleur, l'économie du contrat s'articule autour de la présence de deux codébiteurs solidaires. Cette présence peut par exemple l'avoir conduit à ne pas exiger de caution ou de garantie particulière. Il serait malvenu que l'un des locataires puisse, par sa seule volonté, remettre en cause l'équilibre contractuel établi d'un commun accord » ; ROUQUET Y., « Solidarité des copreneurs et paiement de l'indemnité en occupation », AJDI 2004. 449 et 803 ; DAMAS N., « Solidarité des copreneurs et résiliation du bail », AJDI 2010. 26 ; Civ. 3^e, 29 oct. 2008, inédit, pourvoi n° 07-21.741, AJDI 2009. 24 ; Paris, 6^e ch. sect. C, 11 mars 2003, RG n° 2001/16496 ; Civ. 3^e, 24 mars 1999, Bull. civ. III, n° 75, pourvoi n° 97-12.982.

²²⁰⁰ La clause prévoyait, d'une part, que les époux, quel que soit leur régime juridique, les personnes liées par un PACS, les colocataires sont tenus solidairement et indivisibles de l'exécution bail, d'autre part, que pour les colocataires, la solidarité demeurera après la délivrance d'un congé de l'un d'entre eux pendant une durée minimum de trois années à compter de la date de la réception de la lettre de congé : Civ. 3^e, 12 janv. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-10.324, D. 2017. 430, obs. TISSEYRE S. ; PARMENTIER M., « La clause de solidarité entre copreneurs ne peut être qualifiée, par principe, de "clause abusive" ! », Gaz. Pal. 28 févr. 2017, n°9. Comp. Civ. 3^e, 13 juin 2001, AJDI 2001, p. 875, obs. BRIAND Ph.

minimum »). Ainsi, la clause paraît disproportionnée, ce qui tend à justifier l'analyse faite par les juges du fond qui se sont exposés à la cassation²²⁰¹.

453.- L'espoir d'un meilleur équilibre. Le législateur²²⁰² a d'ailleurs senti les difficultés liées à cette stipulation qui profite au bailleur mais oublie un besoin de juste protection du copreneur non fautif ; lequel ne peut bénéficier des effets extinctifs du congé en raison de la faute de son ancien colocataire. C'est pourquoi l'article 8-1-VI ajouté à la *loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986*²²⁰³ par la *loi du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et un urbanisme rénové (1)* est venu assurer « *une cause d'extinction automatique* » des baux. La disposition, qui doit être saluée, est d'ordre public et prévoit que « *la solidarité d'un des colocataires et celle de la personne qui s'est portée caution pour lui prennent fin à la date d'effet du congé régulièrement délivré et lorsqu'un nouveau colocataire figure au bail. À défaut, elles s'éteignent au plus tard à l'expiration d'un délai de six mois après la date d'effet du congé* »²²⁰⁴. Cette mesure n'est toutefois pas appelée à s'appliquer aux baux meublés, ce qui limite considérablement la protection compte tenu du fait que les colocations y ont souvent recours. Il est pourtant possible d'espérer que le choix opéré par le législateur soit de nature à influencer le juge dans son appréciation de la validité des clauses de solidarité, notamment quant à la durée postcontractuelle de la solidarité.

Un enjeu transversal apparaît dans l'identification des inexécutions postcontractuelles : déterminer la place de l'équité et de la bonne foi. L'après-contrat s'expose sous un double jour. Il est le théâtre d'inexécutions intimement liées à l'équilibre du contrat qui le précède, comme dans les suites du contrat de prêt à usage, du mandat exclusif ou encore du bail d'habitation. Mais il se montre également attentif au comportement des parties ayant pleinement accompli la prestation principale et livrées à un monde extracontractuel plus libre – on pense par exemple à l'obligation de non-concurrence ou à l'entremise immobilière postérieurement à l'extinction. Dans ce cas, **l'après-contrat est un temps dans lequel**

²²⁰¹ Amiens, 1^{er} ch., 1^{er} Oct. 2015, RG n° 14/02128, *KOCANKOVSKI/OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT D'AMIENS*, JurisData n° 2015-025601.

²²⁰² « *Face à la dégradation des conditions d'accès au logement et l'exacerbation des tensions sur les marchés immobiliers, le présent projet de loi vise à mettre en œuvre une stratégie globale, cohérente et de grande ampleur destinée à réguler les dysfonctionnements du marché, à protéger les propriétaires et les locataires, et à permettre l'accroissement de l'offre de logements dans des conditions respectueuses des équilibres des territoires* », in Exposé des motifs, Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

²²⁰³ La disposition s'applique aux locations de locaux à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, et qui constituent la résidence principale du preneur, ainsi qu'aux garages, aires et places de stationnement, jardins et autres locaux, loués accessoirement au local principal par le même bailleur. Elle exclut cependant, notamment, les logements meublés.

²²⁰⁴ L'alinéa 2 prévoit que : *L'acte de cautionnement des obligations d'un ou de plusieurs colocataires résultant de la conclusion d'un contrat de bail d'une colocation identifiée nécessairement, sous peine de nullité, le colocataire pour lequel le congé met fin à l'engagement de la caution.*

L'inexécution est revêtue d'une forte connotation éthique, laissant le juriste face à la question de la moralisation de la liberté postcontractuelle. C'est pourquoi si les manquements postcontractuels peuvent s'apparenter à une inexécution directement attentatoire à l'équilibre des prestations antérieurement dues, ils peuvent tout autant être rattachés à un préjudice purement postcontractuel. Que l'identification de l'inexécution soit proche de l'exécution du contrat ou typique de l'après-contrat, elle doit être complétée par celle de la sanction appropriée.

SECTION 2

LA SANCTION DE L'INEXÉCUTION POSTCONTRACTUELLE

454.- La mise en perspective de la sanction. Une fois l'inexécution postcontractuelle identifiée, se fait sentir le besoin de trouver la sanction correspondante. Sanctionner le comportement d'une partie dans le temps postcontractuel se divise en deux branches. La première branche de la sanction est déterminante de la responsabilité au soutien de laquelle l'action peut être engagée à l'encontre de la partie fautive. La seconde branche de la sanction rattache les solutions sanctionnatrices à la politique de réparation du préjudice. C'est ainsi que la sanction postcontractuelle doit être mise en perspective à partir de ses origines jusqu'à ses objectifs, justifiant d'envisager les fondements de la responsabilité de l'ancien contractant (*§1. Les fondements de la responsabilité de l'ancien contractant*), et les moyens de lutter contre le dommage postcontractuel (*§2. Les moyens de lutter contre le dommage postcontractuel*).

§1) Les fondements de la responsabilité de l'ancien contractant

455.- Mixité des nouveaux rapports entre anciens cocontractants. Lorsque le contrat s'éteint, les parties redeviennent *a fortiori* des tiers l'une pour l'autre, poussant ainsi à considérer que « *lorsque le contrat n'existe plus, parce qu'il a achevé ses effets, a été résilié ou résolu, la responsabilité qui pourrait être postérieurement engagée entre les anciens contractants ne peut plus être que délictuelle* »²²⁰⁵. Cette certitude est mise à mal en présence de clauses postcontractuelles. Ces dernières sont les hôtes de la responsabilité contractuelle qui s'exporte après l'extinction. Mais « *la frontière n'est pas toujours nette* »²²⁰⁶. En effet, lorsqu'une inexécution se manifeste dans le temps postcontractuel, et que cette inexécution porte sur une obligation causée par l'extinction, il peut parfois paraître difficile de départager le domaine du contrat et celui du régime extracontractuel. Cette difficulté résulte notamment de ce que la relation postcontractuelle cristallise « *un entremêlement d'actes et de faits juridiques* »²²⁰⁷.

En l'absence de clause spécifique, les lignes sont également floues lorsqu'une faute est commise à la suite immédiate de l'exécution de la prestation. C'est l'hypothèse de la faute commise par le médecin à l'occasion d'un acte médical, mais postérieurement à ce dernier. Le cas s'est présenté lors d'une chute

²²⁰⁵ POUMAREDE M., « Chapitre 2 - Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 912.

²²⁰⁶ *Idem*.

²²⁰⁷ FORTUNATO A., *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, th. Lille II, 2016, n° 585, cherchant à déterminer la distinction et le rapport entre les clauses restrictives de la concurrence et les pratiques prohibées. Il conclut que la clause est un acte juridique, tandis que la pratique est un fait juridique. Le lien entre l'acte et le fait réside dans l'assimilation du fait au champ de l'acte. La pratique existe au sein d'une relation contractuelle et entre dans le contenu de la stipulation. La pratique peut donc prendre la forme d'une clause. Cette dernière « suit » néanmoins le sort de la « pratique », et peut être discutée sur le fondement du droit régulant les pratiques prohibées. Elle entre alors dans la sphère des faits juridiques.

d'un patient une fois la consultation terminée. Il s'était en l'espèce blessé en glissant sur un marchepied²²⁰⁸. La Cour de cassation ne retint pas la responsabilité délictuelle du praticien, mais prolongea la période couverte par la responsabilité contractuelle²²⁰⁹, certainement afin de ne pas « *démembrer une situation homogène* »²²¹⁰. La mixité des rapports entretenus entre les anciens contractants est due à la coexistence des effets extinctifs avec certains effets obligatoires du contrat passé²²¹¹. La responsabilité postcontractuelle est ainsi faite d'un rapport d'extranéité autant que rattachement au contrat. Les anciennes parties seront parfois considérés comme des tiers et parfois comme des contractants, montrant ainsi que le lien *inter partes* peut également reposer sur une extranéité ou être considérée comme englobé dans le rapport contractuel. Il faut pour le comprendre recourir tout d'abord à une illustration particulièrement représentative de cette mixité et symbolique des tous premiers travaux consacrés explicitement à la « responsabilité postcontractuelle »²²¹². Il s'agit du régime de l'obligation de sécurité du transporteur (**A. L'obligation de sécurité du transporteur**), lequel ne dépend pas d'une clause explicite. Mais l'analyse prétorienne qui est faite de l'étendue de l'obligation de sécurité a la vertu de matérialiser les frontières temporelles entre le contrat et l'après-contrat au travers de frontières spatiales, en posant la question du lieu à partir duquel le transporteur n'est plus débiteur de son obligation de sécurité. La mixité de la responsabilité postcontractuelle est également bien illustrée par l'obligation de restitution à la suite de la résiliation du bail d'habitation, mettant en jeu la responsabilité du sous-locataire qui se maintient dans les lieux après la cessation du bail (**B. La responsabilité du sous-locataire se maintenant dans les lieux après résiliation**), mais également au travers de la clause de non-concurrence tant dans l'obligation négative qu'elle met à la charge du débiteur (**C. La responsabilité du débiteur de la clause de non-concurrence**) que dans

²²⁰⁸ Civ. 1^{re}, Bull. civ. I, n° 450, (pas de numéro de pourvoi, JCP G 1962, p. 12924, note SAVATIER R. ; D. 1963, p. 57, note EISMEIN P.

²²⁰⁹ Civ. 30 oct. 1962, préc. : « *en dissociant ainsi arbitrairement l'acte médical du contrat qui l'englobe et alors qu'il résulte des constatations (de l'arrêt d'appel) que l'usage de la chose, cause du dommage subi par la dame Sirot, se rattachait par un lien nécessaire à l'exécution du contrat médical, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

²²¹⁰ LE STANC Ch., « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP, éd. C.I., 1978, II, 12735, p. 290. L'auteur observe qu'il ne s'agit pas là « *d'une extension du contenu obligationnel du contrat par la perception superflue d'une obligation de sécurité à la charge du médecin, mais d'une extension dans le temps de la dette de soins contractée par le médecin, du maintien de l'obligation de moyens à sa charge au-delà de l'opération principale d'examen médical. La responsabilité, la cour l'admet, était proprement contractuelle, les effets de la convention n'étant point totalement achevés* ».

²²¹¹ Comme le fait remarquer un auteur : « *si la naissance du contrat engendre la responsabilité contractuelle, l'extinction de l'obligation contractuelle fait, parallèlement, disparaître l'obligation de réparation contractuelle. Au-delà du point d'achèvement de l'obligation contractuelle, le cocontractant ne pourra invoquer qu'une responsabilité de nature extracontractuelle. Certaines stipulations et situations contractuelles montrent que les choses ne sont pas toujours aussi simples et mécaniques* », in TERNEYRE Ph., *Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz*, 2012 (actu. avr. 2017), n° 69.

²²¹² LE STANC Ch., « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP, éd. C.I., 1978, II, 12735, pp. 289-300.

l'obligation positive qu'elle met à la charge du créancier (*D. La responsabilité du créancier de l'obligation de non-concurrence*).

A- L'OBLIGATION DE SÉCURITÉ DU TRANSPORTEUR

456.- « *Aux confins du contrat* »²²¹⁸. Le problème de l'obligation de sécurité du transporteur après que le transport ait eu lieu est nourri du contentieux portant sur les dommages subis par les voyageurs sur les quais de gare²²¹⁴. Se pose ainsi la question de l'étendue de la protection contractuelle offerte par l'obligation de sécurité²²¹⁵, laquelle « *peut varier suivant un découpage temporel du contrat* »²²¹⁶. Dans un premier temps, a été admise une obligation de sécurité de résultat issue du contrat du transport et due jusqu'à restitution du billet²²¹⁷. Puis, dans une « *conception extensive* »²²¹⁸, la jurisprudence toléra l'indemnisation après restitution du billet, jusqu'à la sortie de la gare²²¹⁹, et même parfois par-delà la sortie, dans les dépendances extérieures de la gare²²²⁰. L'obligation de sécurité persistait donc jusqu'au franchissement du portillon de sortie²²²¹. C'est ensuite la jurisprudence *Caramello* en 1969 qui instaura le principe selon lequel le transporteur assure son obligation contractuelle de sécurité du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il en ressort²²²². Cette obligation

²²¹³ BOUCARD H., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Responsabilité contractuelle », n° 125.

²²¹⁴ MASCALA C., « Accidents de gare : le "dérailement" de l'obligation de sécurité », D. 1991. 80 ; MALAURIE Ph., « L'accident de quai : obligation de sécurité pendant le transport », D. 1991. 1.

²²¹⁵ Civ., 21 nov. 1911, S. 1912, p. 73, note LYON-CAEN G.

²²¹⁶ BOUCARD H., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Responsabilité contractuelle », n° 200. Adde MEKKI M., « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 2 févr. 2012, n° 40, p. 11, évoquant également un « *découpage géographique et temporel des sphères respectives du contractuel et du délictuel* ».

²²¹⁷ BOUCHARD H., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Responsabilité contractuelle », 2014 (actu. juin 2016), n° 197 et s. ; Civ. 25 juill. 1922, DP 1923. I. 209, 4^e esp. ; Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 511, pourvoi n° 05-10.783 ; RDC 2007. 392, note DELEBECQUE Ph. ; 23 juin 2011, Bull. civ. I, n° 123 pourvoi n° 10-15.811, CCC 2011, n° 230, obs. LEVENEUR L. ; RDC 2011. 1183, note DESHAYES O. ; RTD civ. 2011. 772, obs. JOURDAIN P.

²²¹⁸ MASCALA C., art. préc.

²²¹⁹ Civ., 28 nov. 1955, bull. civ. 1955, I, p. 331, JCP G 1956, II, 9205, note RODIERE R. ; D. 1956, 173, note SAVATIER R. ; *Gaz. Pal.* 1956, I, 73 ;.

²²²⁰ Civ., 17 mai 1961, bull. civ. I, p. 201, JCP G 1961, II, 12217 bis, note RODIERE R. ; D. 1961, 532 ; RTD civ. 1961, obs. TUNC A. La Cour rejette le pourvoi formé par la victime au motif que les juges du fond avaient souverainement estimé que l'accident avait « *eu lieu dans les dépendances de la gare que le voyageur devait, comme conséquence du contrat de transport, nécessairement traverser pour gagner la sortie* ». Dès lors la Cour d'appel avait pu à bon droit « *décider que lors de la chute, l'obligation mise à la charge du voiturier n'avait pas pris fin* ».

²²²¹ « *Ceci n'est d'ailleurs point sans conséquences qu'une doctrine unanime a vigoureusement fustigées. Au-delà même de la bien théorique limite que représente le portillon d'accès aux quais, - à preuve les remarques ironiques du Doyen Rodière sur le café du départ et la buvette de la gare, - une dualité de régime se trouvera ainsi appliquée à deux sortes de personnages vivant des circonstances extérieurement semblables. Voici l'ami venu chercher un voyageur sur le quai* ».

²²²² Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, D. 1969.640, note G.C. - M. ; JCP 1969, II, 16091, concl. LINDON : « *le contrat de transport n'existe qu'au moment où le voyageur monte dans le véhicule jusqu'au moment où il en descend* » ; 21 juill. 1970, Bull. civ. I, n° 246, D. 1970. 767, note ABADIR R. ; RTD com. 1971, 174, obs. HEMARD J. : « *si l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, résultant de l'art. 1147, cesse de s'appliquer lorsque le voyageur a achevé de descendre du véhicule, le transporteur reste tenu encore, à son égard, à une obligation générale de prudence ou de diligence* » ; Civ. 1^{ère}, 22 avr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 782 ; Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, Bull. civ. I, n° 288, pourvoi n° 95-19.136.

est de résultat, mais un devoir de vigilance et de prudence persistait sous la forme d'une obligation de moyen jusqu'à la limite extrême de la zone contrôlée. Il s'agissait d'un « *fractionnement* »²²²³ de l'obligation de sécurité, générateur d'une inégalité de traitement des victimes²²²⁴. Mais, par l'arrêt *Valverde*, la Cour de cassation opta finalement pour la responsabilité extracontractuelle dans les périodes pré et postcontractuelles, énonçant que l'obligation de sécurité consistant à conduire le voyageur sain et sauf à destination, n'existe à la charge du transporteur que pendant l'exécution du contrat de transport²²²⁵. **En dehors de la phase d'exécution du contrat de transport, la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est donc soumise aux règles du régime délictuel. S'est ainsi dégagée une conception restrictive de la sphère contractuelle, au travers d'une durée du contrat strictement limitée au temps et au lieu d'exécution. Ce choix a eu le mérite de clarifier le domaine de la responsabilité contractuelle et de la durée de l'obligation de sécurité, en optant pour un critère adaptable à des situations variées. Au travers d'une allégorie du périmètre contractuel et de ses frontières spatiotemporelles, il montre néanmoins comment la responsabilité postcontractuelle ne relève pas toujours de l'évidence, partagée entre l'influence de la responsabilité contractuelle et l'attraction de celle extracontractuelle²²²⁶. De plus, il trouve un écho dans la régulation du marché du transport, laquelle met parfaitement en perspective l'utilité et l'opportunité de la solution jurisprudentielle.**

457.- Mise en perspective avec l'ouverture du marché. En effet, le contrat de transport s'inscrit dans une configuration juridique dans laquelle une pluralité d'acteurs économiques sont appelés à jouer un rôle, entretenant une indépendance fonctionnelle et identitaire. Le contentieux des accidents de quais s'est développé à une époque où la SNCF (ancien RFF) était propriétaire et gestionnaire des gares, mais aussi l'unique prestataire du transport²²²⁷. Or, l'ouverture du marché à la concurrence et la stratégie foncière dont les gares font l'objet vient remettre en cause le postulat selon lequel le responsable du dommage causé au voyageur est une unique personne. En 2016, l'Autorité de régulation des activités

²²²³ MASCALA C., art. préc.

²²²⁴ Les tiers présents dans la zone périphérique au transport pouvaient invoquer la responsabilité extracontractuelle de plein droit, alors que les « postcontractants » devaient démontrer une faute : RODIERE R., « Voyageurs, veillez sur vous ! », D. 1971. 45.

²²²⁵ Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 87-11.493, RTD civ. 1989. 548, obs. JOURDAIN P. ; D. 1991. 1, note MALAURIE Ph. *Adde* Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 72, pourvoi n° 89-19.999 ; RTD com. 1999. 647, obs. BOULOC B. ; Civ. 2^e, 10 mai 1991, Bull. civ. II, n° 135, pourvoi n° 90-11.684 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, Bull. civ. I, n° 209 pourvoi n° 10-19.090, CCC 2012, n° 59, obs. LEVENEUR L. ; Gaz. Pal. 2011. 1. 19, note MEKKI M. ; RTD civ. 2012. 119, obs. JOURDAIN P. ; D. 2013. 40, obs. GOUT O. Comp. Civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, Bull. civ. I, n° 242, pourvoi n° 97-10.268, RTD civ. 1999. 843, obs. JOURDAIN P.

²²²⁶ Rapp. *supra* Première partie, Titre II, Chapitre 1 (obligations de garantie).

²²²⁷ ARAFER, *Etude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France*, juill. 2016, p. 13. Les bâtiments voyageurs et les espaces permettant d'accéder aux quais transversaux dans les gares « tête de ligne », ont été affectés à SNCF Mobilités (filiale de la SNCF, avec SNCF Réseau) et regroupés au sein de la direction autonome Gares & Connexions, créée en 2009. Les quais, marquises et accès aux voies (souterrains ou non) sont, depuis la loi du 13 février 1997, la propriété de RFF, devenue SNCF Réseau en 2015.

ferroviaires et routières a rendu une étude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France, montrant notamment une multipropriété des bâtiments accueillant les voyageurs entre différentes filiales de la SNCF, ainsi qu'une gestion déléguée à 90% à une branche de l'une de ces filiale²²²⁸. L'ouverture du marché du transport à la concurrence amorce également une multiplication des prestataires présents en gare mais aussi des gestionnaires, de façon à ce que ces derniers ne soient pas intégrés dans une structure verticale de l'institution²²²⁹. Il en résulte, à l'instar des aéroports, que les prestataires contractuels ne seront pas nécessairement les gestionnaires des bâtiments donnant accès au transport²²³⁰. De ce fait, le responsable du dommage généré pendant la prestation ne sera parfois pas le même que celui du dommage intervenu sur les quais ou autres lieux de circulation des voyageurs. Ainsi, la responsabilité postcontractuelle ne sera pas celle du transporteur, partie au contrat, mais celle du gestionnaire ou du propriétaire, tiers au contrat, de la zone empruntée par la victime du dommage. La circonscription de l'obligation de sécurité contractuelle à la durée de prestation caractéristique permet en conséquence une meilleure identification des acteurs appelés en réparation, et donc du régime applicable, rappelant le principe selon lequel, à compter de l'extinction du contrat, la responsabilité contractuelle ne peut être ultérieurement recherchée²²³¹.

Il est néanmoins possible de poursuivre avec un autre exemple offert, encore une fois en matière de contrat à exécution successive, par le droit des baux.

B- LA RESPONSABILITÉ DU SOUS-LOCATAIRE SE MAINTENANT DANS LES LIEUX APRÈS RÉSILIATION DU BAIL

458.- La responsabilité *a priori* délictuelle de l'occupant sans droit ni titre. Lorsque l'obligation de restitution est contractualisée, la portée de la clause est d'engager la responsabilité contractuelle de

²²²⁸ En France, les bâtiments sont affectés à SNCF Mobilités, alors que les quais, les marquises et les passages souterrains ou aériens menant aux quais sont la propriété de SNCF Réseau. Cf. ARAFER, *Etude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France*, juill. 2016, p. 13, montrant que l'« affectation complexe de la propriété des gares », a créé « deux propriétaires distincts pour un ensemble foncier souvent considéré comme unique par les utilisateurs, voyageurs ou accompagnants, qui n'ont souvent pas conscience de l'existence d'une telle situation. Dans les faits, cette division du patrimoine, si elle se reflète bien dans l'existence d'une double redevance payée par les entreprises ferroviaires avec, d'une part, la redevance gares revenant à Gares & Connexions et, d'autre part, la redevance quais revenant à SNCF Réseau, ne se retrouve pas dans l'exploitation quotidienne des gares de voyageurs ». URL : http://www.arafer.fr/wp-content/uploads/2016/07/0515_16_ARAFER_CAHIER_THEMATIQUE_DIGITAL.pdf.

²²²⁹ ARAFER, préc., p. 10.

²²³⁰ ARAFER, préc., p. 19.

²²³¹ TERNEYRE Ph., *Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz*, 2012 (actu. avr. 2017), n° 69, citant la décision de CAA Nancy, 2 juill. 1998, SA Renault Automation, BJCP 1999, n° 2, p. 212. Cependant, s'il est prouvé que le débiteur a commis une faute durant le contrat, sa responsabilité contractuelle peut être recherchée même si le dommage survient alors que le contrat a cessé : CE 11 juill. 2008, *OPDHLM du Var et Generali France*, req. N° 285651.

la partie fautive. Mais la jurisprudence retient que l'inexécution de l'obligation de restitution à la charge du locataire engage sa responsabilité extracontractuelle²²³². L'obligation de restitution, servant à liquider les effets de l'extinction²²³³, montre que les suites de l'extinction sont à la croisée des deux régimes de responsabilité. Mais la responsabilité postcontractuelle du sous-locataire a nourri la réflexion sur les critères d'identification d'un régime ou l'autre. En effet, « *entre des tiers, comme le sont un bailleur et un sous-locataire, la responsabilité encourue est en principe de nature délictuelle (...). Et cela est encore plus vrai lorsque le bail principal est expiré, le sous-locataire devenant alors [...] un occupant sans droit ni titre* »²²³⁴. Cette affirmation opère une lecture parfaitement logique de la situation qui persiste lorsqu'un sous-locataire se maintient dans les lieux après résiliation du bail. Une telle situation laisse à penser qu'une action dirigée contre les sous-locataires s'appuierait sur le régime délictuel. Cependant, la Cour de cassation a pu montrer que certaines évidences ne sont qu'apparentes, à l'occasion d'un litige né de la disparition du bien loué, du fait d'un incendie, alors que des sous-locataires occupaient les lieux postérieurement à la résiliation du bail²²³⁵. En effet, afin d'admettre la responsabilité des occupants, la Haute juridiction a écarté le recours à l'article 1382 (ancien) du Code civil, au profit de l'article 1302 (ancien), afin de dispenser le propriétaire de la charge de prouver une faute. L'article 1302 - article 1351-1 (nouveau)²²³⁶ - instaure une présomption de faute en disposant qu'en cas de perte d'un corps certain objet de l'obligation, cette dernière n'est éteinte que si le débiteur prouve un cas fortuit ou l'absence de faute de sa part. Est mis en lumière le domaine naturellement contractuel de la disposition.

459.- Le domaine naturellement contractuel du texte applicable. Pourtant son domaine est naturellement dédié à la responsabilité contractuelle²²³⁷, comme l'a affirmé la troisième chambre civile dès 1976 : « *ces dispositions ne sont applicables que lorsque les parties sont liées par une*

²²³² Civ. 2^e, 4 oct. 1972, *Bull. civ.* II, n° 235, pourvoi n° 70-12.954.

²²³³ Cf. *supra* n° 159.

²²³⁴ JOURDAIN P., « Réparation des dommages post-contractuels : fondement de la responsabilité de l'ancien sous-locataire en cas d'incendie du bien sous-loué », *RTD civ.* 2006. 561, obs. sous Civ. 3^e, 14 déc. 2005, *Bull. civ.* III, n° 245, pourvoi n° 04-15.756, *Société Euroflash c/ MMA IARD et autre*.

²²³⁵ Civ. 3^e, 14 déc. 2005, *Bull. civ.* III, n° 245, pourvoi n° 04-15.756, *Société Euroflash c/ MMA IARD et autre* ; Resp. civ. et assur. 2006.comm.92, obs. GROUDEL H.

²²³⁶ (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 3, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée.*

Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.

²²³⁷ Civ. 3^e, 24 nov. 1976, *Bull. civ.* III, n° 423, pourvoi n° 75-13.076 : « *Attendu que ces dispositions ne sont applicables que lorsque les parties sont liées par une convention* ». En l'espèce, la Cour de cassation a fait obstacle à l'application de l'article 1302, dans une affaire présentant des faits comparables : le bien loué avait disparu du fait d'un incendie et le propriétaire recherchait la responsabilité de la locataire. Toutefois, c'est au motif que le contrat de location-gérance avait été annulé par un jugement devenu irrévocable que la troisième chambre civile a énoncé que « *le contrat qui donnait à Dame X... la jouissance des lieux avait été rétroactivement anéanti, les juges du second degré ont violé les textes susvisés* ». L'annulation neutralisait donc l'application de l'article 1302. Rapp. Civ. 3^e, 17 mars 1993, pourvoi n° n° 91-14.232.

convention »²²³⁸. Dans ce précédent jurisprudentiel, la Cour de cassation avait effectivement fait obstacle à l'application de l'article 1302, dans une affaire présentant des faits comparables : le bien loué avait disparu du fait d'un incendie et le propriétaire recherchait la responsabilité de la locataire. Toutefois, c'est au motif que le contrat de location-gérance avait été annulé par un jugement devenu irrévocable que les Hauts magistrats avaient alors énoncé que « *le contrat qui donnait à Dame X... la jouissance des lieux avait été rétroactivement anéanti, les juges du second degré ont violé les textes susvisés* ». L'annulation neutralisait donc l'application de l'article 1302.

460.- Un rapprochement des responsabilités par l'obligation de restitution. Que s'est-il passé depuis la décision de 1976 ? La troisième Chambre civile a semble-t-il rapproché sous une même lecture l'obligation de restitution née d'une annulation de l'acte et celle née d'une extinction pour l'avenir. Si les causes d'extinction des obligations sont assurément différentes, leurs effets n'en sont pas moins identiques lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la charge de rendre la chose. Ce rapprochement est salutaire, du fait qu'il offre une certaine cohérence à la notion de restitution comme au droit des baux, permettant au bailleur de sécuriser la situation précaire qui découlerait de la disparition de la chose après la cessation du contrat de bail.

Il faut alors déduire de l'appréciation faite par la Cour en 2005 que le texte apparemment réservé à l'exécution d'une obligation contractuelle trouve à s'appliquer même si la responsabilité recherchée est celle d'un occupant sans droit ni titre, dans une période extracontractuelle. En l'occurrence, la Chambre civile justifie l'intégration du champ extracontractuel dans le domaine du texte légal, en établissant que « *dès lors que, bien que désormais devenue occupante sans droit ni titre, la société sous-locataire avait été initialement introduite dans les lieux en vertu, d'une part, des conventions passées entre le bailleur et le locataire et, d'autre part, entre ce dernier et elle-même, et qu'elle était ainsi tenue de restituer les biens immobiliers de la commune dont elle n'était que détentrice précaire* ». Ainsi, la loi, par le biais de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, vise non seulement l'obligation de nature contractuelle, mais également « *anciennement contractuelle* »²²³⁹. La responsabilité délictuelle qui aurait pu trouver à s'appliquer en apparence est évincée « *par une sorte de survivance de l'obligation*

²²³⁸ Civ. 3^e, 24 nov. 1976, *Bull. civ.* III, n° 423, pourvoi n° 75-13.076. La décision visait également l'article 1733 du Code civil, lequel prévoit que le locataire répond de l'incendie sauf à démontrer le cas fortuit ou la force majeure, le vice de construction à l'origine du sinistre, ou que le feu a pris son départ dans l'immeuble voisin.

²²³⁹ JOURDAIN P., « Réparation des dommages post-contractuels : fondement de la responsabilité de l'ancien sous-locataire en cas d'incendie du bien sous-loué », préc.

au contrat éteint »²²¹⁰, de telle sorte que l'arrêt « *aboutit à un résultat quasiment identique à celui résultant de l'existence d'une action directe* »²²¹¹.

461.- Le caractère hybride du régime. C'est certainement pour cette raison que l'obligation de restitution est évoquée comme l'expression d'un « *régime hybride* », probablement inspirée du fait que son exécution inspire « *l'idée d'un retour à une situation préexistante* »²²¹², quand bien même le fait que la restitution succède à l'extinction pour l'avenir. À ce titre, l'obligation de restitution est une expression particulièrement représentative de ce qu'est l'après-contrat, dans le sillage de l'extinction, en ce qu'elle est à la fois symptomatique d'un temps exclu du contrat et de l'expression du contrat hors de sa durée. **L'après-contrat est enroulé dans les effets du contrat, si bien que les fondements textuels réservés au contrat peuvent, sans perdre de leur sens, sortir de leur domaine.**

Ici, c'est le domaine délictuel qui est aspiré par le domaine contractuel. Mais, même quand les parties stipulent expressément des obligations postcontractuelles, cette contractualisation de l'après n'exclut pas de mettre en scène le fondement délictuel de la responsabilité postcontractuelle. C'est alors le domaine contractuel qui se verra complétée par la responsabilité délictuelle, révélant encore une fois la nature enchevêtrée de l'après-contrat. L'exemple est donné avec la responsabilité des parties à une clause de non-concurrence.

C- LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

462.- L'obligation complétée par la faute délictuelle. La responsabilité du débiteur d'une obligation prévue par une stipulation expresse est nécessairement de nature contractuelle, c'est ce qu'illustre très bien la violation des clauses restrictives postcontractuelles²²¹³. On ne s'étonnera donc pas de voir les décisions jurisprudentielles, visant les articles 1134 (ancien), 1143 (ancien)²²¹⁴ ou 1147 (ancien) du Code civil²²¹⁵, ce qui n'empêche pas que l'action de la victime de la faute puisse agir à titre principal sur un fondement contractuel et à titre subsidiaire sur le fondement délictuel²²¹⁶. Néanmoins, les règles relatives à la responsabilité contractuelle peuvent parfois sembler parasitée, ou du moins troublée, par celles du régime délictuel.

²²¹⁰ JOURDAIN P., *idem*.

²²¹¹ ZALEWSKI V., « Sous-location, incendie et responsabilité du bailleur », AJDI 2006. 562, obs. sous Civ. 3e, 14 déc. 2005, préc.

²²¹² « La responsabilité des personnes obligées à restitution », RTD Civ. 1993. 757, MORANÇAIS-DEMEESTER M.-L.

²²¹³ *Lamy Droit Economique 2016*, n° 4167.

²²¹⁴ Soc., 24 janv. 1979, D. 1979, Jur. p. 619, note SERRA Y.

²²¹⁵ Soc., 25 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 65, pourvoi n° 00-46.263.

²²¹⁶ Com. 13 juill. 2010, inédit, pourvoi n° 09-14.985, RDC 2011. 51, note LAITHIER Y.-M.

C'est ainsi que la Cour de cassation a dû rappeler le principe de non-cumul des responsabilités en matière de concurrence déloyale. En effet, un comportement anticoncurrentiel peut être appréhendé sous l'angle de la violation d'une clause de non-concurrence, tout en ayant les éléments constitutifs d'une concurrence déloyale légalement sanctionnée²²⁴⁷. Il faut alors, pour distinguer les fondements de l'action en responsabilité, revenir au principe classique selon lequel la responsabilité contractuelle chasse celle délictuelle. L'application de la règle de non-cumul n'empêche pas pour autant qu'une faute délictuelle soit caractérisée sur la base de faits distincts de ceux constitutifs de la violation de la clause restrictive. C'est ce qu'a rappelé la Chambre commerciale de la Cour de cassation en posant le principe selon lequel « *le créancier d'une obligation contractuelle peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation des règles de la responsabilité délictuelle dès lors qu'il invoque des faits distincts* »²²⁴⁸. Le créancier de l'obligation prévue par la clause ne perd donc pas le bénéfice d'une action dont il serait titulaire en tant que victime protégée par les règles de concurrence déloyale. C'est en cela qu'une clause de non-concurrence ne couvrant pas certains agissements susceptibles d'être sanctionnés par la loi, ne priverait pas pour autant le créancier d'une action complémentaire. Il est entendu que pour que les actions puissent concurremment être accueillies, il faut que les comportements soient exclusifs l'un de l'autre, de manière à former tant la violation d'une obligation conventionnelle qu'une violation d'une obligation légale. C'est ce qui fait d'ailleurs de la concurrence déloyale une alternative au recours à la clause postcontractuelle²²⁴⁹.

Le comportement de l'ancien salarié peut donc être aggravé par le concours de responsabilités. Toutefois, la sanction de l'inexécution de l'ancien employeur peut également se montrer sévère, du fait que le versement de la contrepartie financière semble se présenter confusément comme une condition de validité de la clause, mais également comme l'exécution de celle-ci.

²²⁴⁷ POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir), Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, n° 810, pour qui « *l'introduction de la faute de comportement procède en effet d'une acculturation regrettable de la notion de devoir au sein du contrat* », relevant que dans l'esprit du Code napoléonien, la faute contractuelle ne servait qu'à mesurer l'étendue de la réparation et les conséquences de l'inexécution. Rapp. REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997. 323, n° 25, montrant que la faute contractuelle est comparable à la faute de comportement extracontractuelle : « *"responsabilité contractuelle" et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité renforce incontestablement l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité "civile" sous deux figures, et que le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective* ».

de sorte que la faute contractuelle est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle²²⁴⁷. Sans doute, la célèbre distinction entre les obligations de moyens et obligations de résultat a considérablement renforcé l'idée que « *la faute contractuelle est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle* »

²²⁴⁸ Com. 8 juill. 2014, pourvoi n° 13-11.208, AJCA 2014, p. 335, obs. LETOURNEAU Ph.

²²⁴⁹ Cf. *infra* n° 438.

D- LA RESPONSABILITÉ DU CRÉANCIER DE L'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE

463.- L'obligation de verser une contrepartie financière. En droit social, démonstration est faite de l'influence fondamentale qui existe entre l'exécution de la clause dans le temps et sa sanction. Par un revirement de jurisprudence particulièrement fort, la Chambre sociale a, au travers de trois arrêts rendus le même jour²²⁵⁰, au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail, imposé que l'obligation postcontractuelle de non-concurrence imposée au salarié doit, pour être valable, prévoir une contrepartie financière à la charge de l'employeur, indifféremment du mode de rupture de la relation²²⁵¹. Ce dernier est donc débiteur d'une obligation de faire qui trouve son origine dans la stipulation contractuelle.

464.- Les modalités de l'exécution. Toutefois, pour que l'exécution de cette obligation soit efficacement satisfaite, il faut que le versement de la contrepartie intervienne nécessairement après la rupture²²⁵² : le montant évalué par le juge est celui effectivement versé à la suite de la cessation du contrat, peu en importe la cause. Mais la portée de cette exigence va encore plus loin. En effet, dans le cas où le paiement serait réparti sur le temps d'exécution du contrat et sur le temps postcontractuel, le salarié débiteur de l'obligation de non-concurrence pourrait agir, non pas en arguant d'une inexécution, mais en nullité de la clause en raison du caractère dérisoire de la contrepartie²²⁵³. Le moment du paiement est donc déterminant du calcul du montant de l'indemnité compensatrice, mais également de l'action qu'il fait naître dans l'intérêt du salarié, si bien qu'une exécution qui ne serait pas purement postcontractuelle exposerait le créancier de la clause de non-concurrence au risque de voir la stipulation rendue inefficace.

²²⁵⁰ Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, D. 2002. 2491, note SERRA Y. ; RTD civ. 2003. 58, obs. HAUSER J. ; ROCHFELD J., RDC 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 17 ; LPA 22 août 2002, n° 168, p. 10 et 4 nov. 2002, n° 168, note PICCA G. et SAURET A. ; RJS 2033. 3, note KERBOUCH J.-Y.

²²⁵¹ CHARBONNEAU A., « La contrepartie financière d'une clause de non-concurrence : indifférence du mode de rupture du contrat quant à son montant », D. 2012. 443, obs. sous Soc. 25 janv. 2012, pourvoi n° 10-11.590, à paraître au Bulletin. Soc., 25 janv. 2012, Bull. civ. 2012, V, n° 20, pourvoi n° 10-11.590, « Technique contractuelle », JCP E 2012, 1400, obs. LOIR R. ; JCP S 2012, 1208, note BEYNEIX I. ; Rev. dr. trav. 2012, p. 216, obs. CHARBONNEAU A. Rapp. Soc., 8 avr. 2010, pourvoi n° 08-43.056, Bull. civ. 2010, V, n° 92 ; « Technique contractuelle », JCP E 2010, 1656, n° 12, et obs. LOIR R. ; JCP S 2010, 1288, note BEYNEIX I. ; D. 2010, AJ, p. 1085, obs. PERRIN L. ; Dr. social 2010, p. 718, obs. MOULY J.

²²⁵² Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-71.567, D. 2011. 1120, obs. MOULY J. : « *Le paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence ne pouvant intervenir avant la rupture du contrat de travail, seul devait être pris en considération le montant qu'il était prévu de verser après la rupture* ». Rapp. Soc., 7 mars 2007, n° 05-45.511, D. 2007. 1708, obs. FABRE A. ; RDT 2007. 308, obs. G. AUZERO. Comp. Soc. 9 oct. 1985. D. 1986. Jur. 420, note SERRA Y.

²²⁵³ Soc. 15 nov. 2006, Bull. civ. V, n° 341, D. 2006. IR. 2946 ; RDT 2007. 95, obs. Pélissier ; Dr. soc. 2007. obs. MOULY J. ; FABRE A., « Montant de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence », D. 2007. 1708, obs. sous Soc. 2007, préc. : « *C'est parce que l'obligation de non-concurrence du salarié prend effet après l'exécution du contrat de travail que la contrepartie financière à laquelle elle donne lieu doit également faire l'objet d'un régime indépendant de l'exécution du contrat de travail* ».

465.- En l'absence de versement. En revanche, si aucun versement n'a été effectué en cours de contrat mais que la clause prévoit le paiement postérieurement à la cessation de la convention, une action en inexécution pourrait trouver à s'appliquer, préservant ainsi l'effet de la clause en cas de demande en exécution forcée, ou en se déliant de la clause en cas de résolution. Ainsi, en plus du « *détachement* »²²⁵⁴ de la clause par rapport au contrat qui la prévoit, on observe un glissement entre ce qui peut sembler relever de l'exécution et ce qui relève finalement des conditions de validité de l'obligation²²⁵⁵. Ce glissement est particulièrement important du fait qu'une indemnité qui serait versée au mauvais moment, c'est-à-dire antérieurement à la cessation de la relation contractuelle, permettrait au salarié de bénéficier du paiement²²⁵⁶ tout en s'affranchissant de la restriction qui lui est faite²²⁵⁷. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une telle situation que la jurisprudence précitée a énoncé la nécessité d'un paiement postcontractuel : elle a permis au salarié lui-même assigné en inexécution de son obligation de non-concurrence d'échapper à la sanction en soulevant la nullité de la stipulation, permettant ainsi au débiteur de profiter de sa propre inexécution...

Les fondements de l'action portant sur l'inexécution postcontractuelle ne sont donc pas toujours ceux auxquels on pourrait s'attendre, en raison du conflit qui règne sur la période postcontractuelle, prise dans un étau entre la force obligatoire du contrat et la force libératoire de l'extinction. Mais aussi, compte tenu de l'autonomie des clauses postcontractuelles, telles que la restriction de la concurrence, apparaît un certain enchevêtrement dû au régime propre aux obligations concernées. Les conditions de validité des obligations peuvent se superposer à celles de leurs modalités de mise en œuvre. L'hésitation sur les fondements ne doit pas pour autant faire perdre de vue le besoin qu'ont les parties de trouver des moyens de lutte efficace contre les dommages résultant des manquements de leur ancien partenaire.

²²⁵⁴ « *Si la Cour de cassation a amorcé en 2002 le détachement de l'obligation de non-concurrence du reste du contrat de travail en exigeant qu'elle donne lieu à une contrepartie financière, elle semble y parvenir définitivement aujourd'hui en déconnectant le régime de cette contrepartie financière de la phase d'exécution du contrat* », in FABRE A., préc.

²²⁵⁵ Alors même que la validité de la clause s'apprécie au moment où elle est conclue : Soc. 28 sept. 2011, pourvoi n° 09-68.537, Dalloz actu. 26 oct. 2011, obs. PERRIN ; Dr. soc. 2012. 92, obs. MOULY J.

²²⁵⁶ Soc. 17 nov. 2010, n° 09-42.389, AJ 2845, obs. PERRIN : pas de restitution de la contrepartie (analysée comme un complément de salaire) versée en exécution d'une clause nulle.

²²⁵⁷ MOULY J., Dr. Soc. 2011. 1120, obs. sous Soc., 22 juin 2011, préc.

§2) Les moyens de lutter contre le dommage postcontractuel

466.- Prévenir et guérir. L'adage populaire selon lequel il vaut mieux prévenir que guérir trouve à s'appliquer en matière de responsabilité civile. Cette dernière ne peut effectivement pas, sans perdre de son efficacité, s'abstenir de proposer des moyens d'anticiper le préjudice qui s'annonce, ou du moins, d'en limiter l'évolution²²⁵⁸. Envisager les sanctions de l'inexécution doit donc d'abord passer par une étape consistant à s'intéresser à la prévention du dommage (**A. La prévention du dommage**). Mais il n'est pas toujours possible de prévenir, c'est alors qu'il faut trouver les moyens de guérir. Si le dommage est déjà né, il faudra, plus en amont, répondre au dommage postcontractuel (**B. La réponse au dommage postcontractuel**). De plus, la sanction du dommage postcontractuel peut avoir été anticipée par les parties, par la voie de stipulations expresses ayant elles-mêmes vocation à s'appliquer dans l'après-contrat. Le sort de la sanction doit alors être regardé en présence de clauses de gestion de l'inexécution (**C. La sanction prononcée en présence de clauses de gestion de l'inexécution**).

A- LA PRÉVENTION DU DOMMAGE

467.- Le besoin de célérité. Lorsque le créancier de l'obligation de non-concurrence est confronté à l'inexécution de son débiteur, il peut être primordial d'agir rapidement afin de limiter les effets de la violation et ainsi la réalisation, voire l'aggravation du dommage consécutif. C'est pourquoi le contractant victime d'une inexécution aura tout intérêt à s'adresser au juge des référés, ce qui suscite d'ailleurs un développement de cette pratique depuis les années 1980²²⁵⁹. Le créancier aura ainsi la possibilité d'agir en amont des effets de la concurrence prohibée, afin de prévenir un dommage imminent. Tel est le cas lorsqu'un employeur constate que son ancien salarié a créé une société concurrente qui est sur le point d'entrer en activité²²⁶⁰. La juridiction pourra ainsi prendre les mesures

²²⁵⁸ ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974 ; POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 810 et s. ; CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. VINEY G., 1995, LGDJ ; *La construction de la responsabilité civile*, 2001, PUF ; STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1974 ; MAZEAUD D., « Responsabilité civile et précaution », *RCA* juin 2001, hors-série, p. 72 s ; VINEY G., « Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute », in *Mélanges P. Catala*, 2001, LexisNexis, p. 555 s. ; « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007. 1542 ; « La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 921 ; ANCEL P., « La responsabilité contractuelle », in RÉMY-CORLAY et FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, Dalloz, p. 243 s.

²²⁵⁹ SERRA Y., « Compétence du juge des référés en matière de concurrence déloyale », *D.* 1990. 80. *Adde ibid.*, *D.* 1988. Somm. 178 et *D.* 1989. Somm. 267.

²²⁶⁰ Lyon, 1^{er} ch., 29 juin 1989, *D.* 1990. 80 : « *Même à considérer la contestation comme sérieuse, le juge des référés est encore compétent, en vertu de l'art. 873 NCPC, pour prescrire toute mesure conservatoire à l'effet de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite ; (...) En toute hypothèse le juge des référés ne peut statuer qu'en raison de l'urgence ;*

conservatoires utiles à la prévention du dommage, même si l'inexécution n'a pas encore eu lieu. Cette voie procédurale peut être un allié précieux du créancier qui souhaite anticiper la protection de ses intérêts sans attendre le passage à l'acte, notamment au vu du fait que la seule tentative d'inexécution de la clause postcontractuelle est insuffisante à constituer une violation de l'obligation. La procédure de référé joue dans cette hypothèse un recours proactif, offrant les moyens au créancier d'agir avant que le débiteur le fasse²²⁶¹, se défendant *a priori* des effets d'une inexécution, sur la simple potentialité du dommage. Le dommage peut donc n'être que « *virtuel* »²²⁶², mais si le trouble est déjà en cours, le « *juge du provisoire* »²²⁶³ pourra alors ordonner toutes mesures utiles pour faire cesser, sous astreinte si nécessaire, le trouble manifestement illicite²²⁶⁴ - étant entendu que les pouvoirs du juge sont limités à la prise de mesures conservatoires ou de remise en état, il pourra éventuellement suspendre les effets de la clause mais certainement pas prononcer l'annulation de cette dernière²²⁶⁵. Il lui sera en revanche possible d'ordonner sous astreinte à un employeur complice de violation de la clause de ne plus recourir au service du salarié restreint par la clause²²⁶⁶, sans pour autant pouvoir mettre fin au contrat qui les lie²²⁶⁷ (ce qui n'est pas moins radical qu'une annulation qui déboucherait sur la fin du contrat de travail entre

Vainement serait-il soutenu qu'il n'y a pas urgence parce qu'une infraction n'a pas encore été constatée, alors que l'état d'urgence consiste à prévenir le trouble potentiel susceptible de se produire à tout moment durant le temps de l'interdiction ».

²²⁶¹ V. *supra* n° 428 ; *infra* (l'action du juge des référés sur la cessation du trouble manifestement illicite et le dommage imminent, *infra* n° 479 et s.

²²⁶² STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, Strasbourg III, 1993, p. 194-195 : « *Le trouble manifestement illicite suppose un préjudice actuel auquel il est demandé au juge des référés de mettre fin. L'imminence du dommage à l'inverse, fait présumer qu'il n'est pas encore réalisé. Néanmoins, la proximité du risque encouru tend à en démontrer la réalité : en l'absence d'intervention du Président, le dommage, pour l'instant virtuel, se produira sûrement* », relevant ensuite la complémentarité des deux actions qui se succèdent dans le temps et qui sont souvent invoquées ensemble, pouvant reposer sur les mêmes faits, par la partie requérante. Le recours à la juridiction fait ainsi obstacle à l'illicéité qui ne peut pas s'installer, ni perdurer.

²²⁶³ STRICKLER Y., *idem*, cf. spéc. p. 193 et s., et 213 et s.

²²⁶⁴ SERRA Y., « Référés et clause de non-concurrence : trouble illicite, contestation sérieuse et dommage imminent », D. 1992. 57 ; *ibid.*, « Compétence du juge des référés en matière de concurrence déloyale », préc. ; SEIFERT E., « Clause de non-concurrence - Référé prud'homal et clause de non-concurrence illicite », Resp. civ. et assurances n° 11, nov. 2013, form. 10 : « *s'il est en mesure de saisir le conseil de prud'hommes de demandes au fond, le salarié peut aussi recourir au juge des référés de cette juridiction. Ce dernier est en effet compétent pour ordonner toutes les mesures urgentes ne se heurtant à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différent. Cette formation peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état s'imposant afin de prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite, et accorder une provision ou ordonner l'exécution d'une obligation dès lors que son existence n'est pas sérieusement contestable (C. trav., art. R. 1455-5 à R. 1455-8)* ».

²²⁶⁵ Aix-en-Provence, 14e ch. soc., 2 févr. 1990, estimant que le dommage causé au salarié par la suspension est un « *dommage qui a été prévu dans les dispositions contractuelles librement débattues par les parties tandis que la suspension de la clause de non-concurrence engendrerait pour - l'ancien employeur - un préjudice imprévu ...* ».

²²⁶⁶ Paris, 14e ch. B, 15 févr. 1991, D. 1992. 57 ; Soc., 25 oct. 1990, Bull. civ. V, n° 495 ; Paris, 15 sept. 1988, D. 1989, Somm. p. 267 ; Paris, 24 janv. 1983, D. 1983, IR p. 421 ; SERRA Y., « Référé et clause de non-concurrence : la mesure tendant à mettre fin à un contrat de travail conclu en violation d'une clause de non-concurrence est soumise à l'appréciation du juge des référés », D. 1997. 103.

²²⁶⁷ Soc., 30 mai 2013, inédit, pourvoi n° 12-14.289.

l'ancien salarié et son nouvel employeur) et de prononcer l'inopposabilité de la stipulation au salarié qui ne perçoit pas la contrepartie²²⁶⁸.

468.- L'importance de la nature du dommage à venir. Le besoin de célérité est en outre pris en considération, afin de limiter le dommage, par les procédures alternatives de règlement des différends, par exemple dans « *les affaires urgentes, et notamment celles impliquant des marchandises périssables* »²²⁶⁹. En effet, la nature périssable des denrées est préoccupante lorsqu'une situation est paralysée par l'inexécution d'un contractant.

La nécessité de prévention du dommage en présence de telles marchandises se fait particulièrement ressentir dans les litiges relatifs à une clause de reprise des stocks. Cette clause trouve une terre d'élection en matière de contrats de distribution²²⁷⁰, mais aussi dans les cessions de fonds de commerce et les locations-gérances. Pour qu'une obligation de reprise des stocks soit exigible à l'expiration du contrat, il faut impérativement que les parties l'aient expressément faite entrer dans le champ contractuel²²⁷¹. Dans le franchisage, la norme AFNOR Z 20 000 recommande que le « *contrat devra prévoir les modalités d'écoulement ou de reprise des stocks et du matériel spécifique à son expiration* ». La licéité

²²⁶⁸ Soc., 25 mai 2005, Bull. civ. V, n° 180, p. 156, pourvoi n° 04-45.794 ; Soc., 1^{er} juill. 2009, inédit, pourvoi n° 08-43.305 ; Soc., 4 févr. 2009, inédit, pourvoi n° 07-44.560. GEOFFROY R., « Le juge des référés en droit du travail : un juge de l'illicéité ? », JCP S 2005, 1316.

²²⁶⁹ Art. 5, Chap. II, Protocole n° 7, Décret n° 2011-801 du 1^{er} juill. 2011 portant publication de l'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République du Monténégro, d'autre part (ensemble sept annexes, huit protocoles et deux déclarations), signé à Luxembourg le 15 octobre 2007 (1) : « *Dans les affaires urgentes, et notamment celles impliquant des marchandises périssables, le groupe spécial d'arbitrage met tout en œuvre pour remettre sa décision dans les 45 jours qui suivent la mise en place du groupe spécial. Elle ne saurait en aucun cas être remise plus de 100 jours après la mise en place du groupe spécial. Le groupe spécial d'arbitrage peut rendre, sous 10 jours, une décision préliminaire sur le caractère urgent d'une affaire* ».

²²⁷⁰ Lamyline Dr. Eco. 2016, n° 4153 ; Com., 4 mai 1982, pourvoi n° 80-13.347, Bull. civ. IV, n° 152 ; Paris, 19 oct. 1981, Gaz. Pal. 1982, 2, p. 420, note LE TOURNEAU Ph. : la clause peut prévoir que la reprise ne se fera que si la rupture n'est pas du fait du distributeur ; Com., 28 oct. 1986, n° 85-11.722 : la demande de reprise doit être effectuée dans un certain délai après la cessation du contrat (« *la Société Denizart n'a pas demandé dans les six mois de l'expiration du contrat de concession la reprise du stock par la Société Fiat, comme ce contrat lui en offrait la possibilité, et retient que la Société Denizart n'est pas fondée à solliciter une requalification du contrat d'agent dans le seul but de pallier cette absence et que, dès lors, mettre à la charge de la Société Fiat une obligation non convenue aboutirait à méconnaître l'intention non équivoque des parties sur ce point* »). Sur l'importance de prévoir le sort des invendus à l'issue de la relation contractuelle, v. LUCAS-PUGET A.-S., « Clause de reprise des invendus », CCC n° 5, Mai 2014, form. 5, qui fait remarquer l'enjeu économique de la clause qui permet de déterminer lequel des contractants supportera le coût des invendus, relevant que le « *risque est accru pour certains biens dont la commercialisation n'est possible ou pertinente que pendant une période limitée* », ce qui donne lieu, typiquement en matière de presse écrite, au recours à des contrats de dépôt-vente qui appelle par nature des restitutions.

²²⁷¹ Com., 8 mars 1967, JCP. 1968, II, 15346, note. J. HEMARD ; Cass. com., 16 février 1970, RTD com. 1970, p.765, note. HEMARD J. ; Cass. com., 21 octobre 1964, Bull. civ. IV, p. 390 ; Com. 23 mars 1999, pourvoi n° 97-15.700, Bull. IV, n° 72, p. 58, obs. DERRUPPE J., RTD Com. 1999 p. 636 : « *aucune disposition légale n'impose au propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance de racheter le stock à l'expiration du contrat ; que c'est donc à bon droit qu'ayant relevé que le contrat du 18 octobre 1983 ne comportait aucune clause de reprise du stock à son expiration, la cour d'appel a retenu que les époux Z... n'étaient pas tenus de racheter les marchandises laissées par Mme X... après son départ* ». V. ég. AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008, p. 376 et s.

de la clause ne pose pas de difficulté en principe²²⁷² mais sa validité peut être remise en cause lorsque la charge de reprise creuse un déséquilibre significatif dans les obligations des parties au contrat²²⁷³. C'est d'ailleurs ce qui a pu encourager quelques propositions en faveur d'une obligation de reprise de plein droit à la charge des franchiseurs à l'issue du contrat²²⁷⁴, luttant ainsi contre ce qui serait un fardeau d'indépendance sur les épaules du franchisé²²⁷⁵, et afin de résoudre « *une entorse à l'unité du régime de l'après-contrat où, habituellement, les choses remises au titre du contrat doivent être restituées au titre de l'après-contrat* »²²⁷⁶. En l'absence d'obligation légale ou implicite, on constate alors que la stipulation contractuelle elle-même devient un moyen de lutte contre l'apparition du dommage postcontractuel²²⁷⁷. La problématique liée à la rupture du contrat²²⁷⁸, et notamment à l'inexécution de la reprise des invendus, est d'autant plus difficile quand elle est liée à l'appréciation du dommage susceptible de se réaliser par la perte de marchandises périssables.

469.- L'intérêt de minimiser son propre dommage. La question peut alors se porter sur l'opportunité d'une obligation pour le contractant lésé de limiter son propre dommage²²⁷⁹ (« *mitigation damages* » ou « *contributory negligence* » en droit anglo-saxon). Cette notion n'existe pas en tant que

²²⁷² AN, Compte rendu de la 2^e séance, 27 nov. 2007 : JOAN CR 28 nov. 2007, n° 73, p. 4717, *Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*.

²²⁷³ Cf. art. L442-6 du C. com. (modifié par *Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*) ; Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651, *Sté EMC Distribution*, JurisData n° 2013-015022 ; CCC 2013, comm. 208, obs. MATHEY N.

²²⁷⁴ Assemblée Nationale, Proposition de MM. GLON et COUSTE, n° 891, 1^{ère} session, 11 déc. 1973 ; AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. préc., n° 373, p. 377, et n° 374, p. 381 : exposant l'hypothèse dans laquelle, en vertu d'un devoir de coopération, le franchiseur pourrait « *doit reprendre les stocks devenus inutiles en fin de contrat ou, au moins, aider le franchisé à les écouler* », « *en vue d'une liquidation harmonieuse de la relation contractuelle afin de minimiser les dommages résultant de la cessation du contrat* » ; GOMY M., *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. préc., n° 576. Adde DE BERMOND DE VAULX M., « Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive », JCP CI 1984, I, 14246. Également, AMIELCOSME M., *Les réseaux de distribution*, LGDJ, 1995, préface Y. Guyon, n° 48, p.56 et s. ; CABRILLAC M., « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », D. 1964. 181 : en faveur d'une obligation du franchiseur rompant la relation et ne permettant pas l'écoulement des invendus – obligation fondée sur la garantie d'éviction. (cf. *infra*).

²²⁷⁵ FARJAT G., *Droit économique*, Thémis, 1982, p. 302, et spéc., p. 333, dénonçant une incohérence de régime appliqué au franchisé en l'absence de clause de garantie des invendus, du fait que pèse dans ce cas sur le franchisé la tâche d'assumer le sort de la marchandise non reprise, alors même qu'il ne peut plus, du fait des effets extinctifs de la cessation de la franchise, vendre régulièrement les stocks dont il reste propriétaire. Cette contradiction doit être surmontée alors, soit par l'admission d'une obligation de reprise dont doit être automatiquement débiteur le franchiseur, soit par la permission faite au franchisé de poursuivre la vente des stocks issus du contrat éteint : « *Comme on l'a fait observer, la marchandise qu'il détient serait en quelque sorte frappée d'indisponibilité !* ».

²²⁷⁶ STOFFEL-MUNCK Ph., « L'après-contrat », in *Durée et expiration du contrat*, préc., n° 9, p. 162, au sujet précisément du besoin d'imposer en principe une obligation de reprise à la charge du franchiseur.

²²⁷⁷ VINEY G., « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 561 et s.

²²⁷⁸ FAUVARQUE-COSSON, obs. RDC 2005 479, *Attorney general v. Blake*.

²²⁷⁹ MESA R., « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012. 2754.

telle dans notre droit²²⁸⁰, bien qu'elle soit souhaitable²²⁸¹. Le droit anglais y a recours, il en est d'ailleurs le berceau²²⁸² : « *il s'agit toujours d'imposer au créancier d'une obligation inexécutée d'engager les mesures raisonnables susceptibles de limiter ses pertes* »²²⁸³. En d'autres termes, il est fait interdiction à la victime de laisser s'aggraver le dommage pour lequel elle demandera réparation ; l'inertie fautive entraînerait l'impossibilité d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice²²⁸⁴. L'obligation est construite autour du devoir de parer les *conséquences dommageables évitables*²²⁸⁵, et existe comme un outil d'évaluation de l'indemnité réparatrice due à la victime du préjudice. Elle valorise ainsi la finalité du droit qui consiste à « *réduire les coûts de fonctionnement du marché (...) afin de limiter le gaspillage des ressources économiques lié à la défaillance du marché* »²²⁸⁶. Cette finalité met en exergue le besoin de régulation, voire d'autorégulation, que l'après-contrat met en jeu²²⁸⁷. L'exemple est donné en droit du commerce international, dans lequel la Convention de Vienne prévoit, dans ses articles 85 et 86, une obligation de surveillance et de conservation raisonnables des marchandises à la charge du vendeur dont l'acheteur tarde à satisfaire son obligation de retirement, ou à la charge de l'acheteur découvrant une livraison non-conforme. Le texte prévoit de plus que des mesures plus pérennes, telles que la revente de la

²²⁸⁰ Elle existe en revanche à l'étranger : art. 254 du BGB, art. 1227 du Code civil italien (v. VALCAVI G., « Avoidability of the greater damage under Art. 1227, section 2, Civil Code, and replacement of the non-fulfilment », in *Selected legal writings*, Fondazione Giovanni Valcavi, url : <http://valcavi.it/en/selected-legal-writings.htm>, art. 44 du Code des Obligations suisse, art. 381 du Code civil hellénique, art. 1479 du Code civil québécois, art. 2002 du Code civil de Louisiane, art. 1802 du Code civil éthiopien, art. 222 du Code civil syrien, art. 224 du Code civil libyen, art. 182 du Code civil algérien. En droit français, on peut néanmoins reconnaître certaines dispositions inspirées par la nécessité de limiter ou prévenir un dommage imminent : l'art. L. 622-16, al. 4, du C. de comm. prévoit par exemple que « *le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à déperissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en cause, soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur* ».

²²⁸¹ JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », LPA, 20 nov. 2002. 8.

²²⁸² L'obligation ne trouve toutefois pas à s'appliquer lorsque le comportement fautif consiste en une cessation abusive des relations contractuelles ou d'un défaut de paiement du prix (cf. J-cl. Resp. civ. Et assurances, n° 73 et s.

²²⁸³ J-cl. Resp. civ. Et assurances, n° 73 : « *L'obligation de minimiser son dommage consiste, pour le créancier victime de l'inexécution, en l'obligation de réagir positivement face à la défaillance du débiteur de manière à prendre toutes les mesures raisonnables pouvant limiter l'étendue du préjudice qu'il subit* ». V. aussi REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser son dommage*, th. Paris, 1999.

²²⁸⁴ Le créancier se rendrait effectivement auteur d'une faute entamant son droit de créance. À rapp. De la théorie de l'abus de droit, in GHESTIN J. et GOUBEUX G., *Traité de droit civil*, t. 1, Introduction générale, 3e éd., Paris, LGDJ, 1990, p. 118 et pp. 693-694 : « *Habituellement, le seul fait de ne pas avoir prévu l'éventualité d'un dommage évitable, et de ne pas s'être comporté de manière à l'éviter, est fautif. Un droit confère, au contraire, forcément à son titulaire une certaine impunité. [. . .] On conclura donc que, dans la généralité des cas, le fait, pour l'auteur d'un dommage, d'être titulaire d'un droit ne vaut pas justification automatique. Cette circonstance, cependant, est de nature à entraîner un allègement des conditions ordinaires de la responsabilité* ». V. ég. Cour suprême du Canada, 20 nov. 2008, *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, n° 31782, disponible sur le site Ed. Fasken Martineau (www.fasken.com), pp. 26-27.

²²⁸⁵ Sur l'emploi de cette expression, cf. Cour suprême du Canada, 20 nov. 2008, préc., p. 27 et 59 ; GHESTIN J. et GOUBEUX G., *op. cit.*, p. 118.

²²⁸⁶ REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser son dommage*, th. préc., n° 1.

²²⁸⁷ Cf. *supra* et *infra* n° 34, 222 et s., 232, 270, 289, 307, 308, 317 et s., 334, 344, 352, 359, 375, 385, 401, 420 et s., 424 et s., 430, 457, 538 et s., 550 et s., 564, 654 et s.

marchandise²²⁸⁸, pourront être prises si le contractant fautif se maintient dans un retard déraisonnablement long.

Dans tous les cas, les mesures qui incombent au créancier doivent être raisonnables, et, dans un souci d'équité, ce caractère raisonnable est apprécié *in concreto*, au vu de sa situation économique et des circonstances de l'espèce. Si l'opération porte sur des choses périssables, le créancier devra donc prendre toutes les mesures utiles à leur conservation, ce qui permet d'éviter la survenance d'un dommage plus sévère que celui résultant purement de l'inexécution, la perte des denrées étant irréversible.

470.- Les intérêts dépendant de la limitation du dommage. Le besoin de réactivité du créancier lésé est accru lorsque le dommage n'atteint pas que ses intérêts : le préjudice est assurément plus sévère quand il est susceptible de nuire à autrui ou à la communauté²²⁸⁹, et plus précisément à l'environnement²²⁹⁰. En témoigne la situation dans laquelle à l'issue d'un contrat de location et d'exploitation d'un terrain, un contractant est tenu à la dépollution du lieu. La Cour de cassation a ainsi reconnu la responsabilité du propriétaire d'un terrain restitué pollué par l'ancien locataire²²⁹¹. De ce fait, malgré le fait que la pollution du terrain, en l'occurrence une pollution chimique, soit imputable à la défaillance de l'ancien locataire (société emportée par une liquidation judiciaire), la Haute juridiction instaure une « *responsabilité subsidiaire du propriétaire* »²²⁹² devenu débiteur de l'obligation de dépollution en vertu de son statut de détenteur des déchets. Mais, en l'occurrence, la responsabilité du propriétaire n'est pas fondée sur une obligation de modérer le dommage même s'il est possible de voir, de manière sous-jacente, cet enjeu au travers des finalités poursuivies tant par la loi elle-même que par son application. La frontière est ici perméable entre le devoir d'agir pour enrayer le dommage et, de

²²⁸⁸ Cf. art. 87 et 88 de la Convention.

²²⁸⁹ Tel peut être le cas en cas d'un défaut d'entretien d'un immeuble restitué en mauvais état et présentant des risques pour le voisinage, ou que la défaillance du constructeur dans son obligation de garantie expose l'immeuble et ses occupants à des dangers (incendie, effondrement), lorsque le contrat porte sur des animaux vivants (v. NEYRET L., *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 468, 2006, préf. THIBIERGE C.), ou lorsque l'inexécution est susceptible d'empêcher le créancier d'honorer ses propres obligations auprès d'un autre contractant.

²²⁹⁰ V. ég. MALET-VIGNEAUX J., *L'intégration du droit de l'environnement dans le droit de la concurrence*, th. Nice, 2014.

²²⁹¹ Civ. 3e, 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.478, AJDA 2012. 1436 ; *ibid.* 2075, note CHATAGNER H. ; D. 2012. 2208, note BOUTONNET M. ; AJDI 2012. 766, obs. B. WERTENSCHLAG B. et GEIB T. ; JCP N 2012, 1379, n° 13, obs. M. BOUTONNET M., et 1381, note LE CHUITON S. ; Gaz. Pal. 5-6 sept. 2012. 8, note PARANCE B. ; *ibid.* 12-13 sept. 2012. 17, note SAINTAMAN V. *Adde* CE, 26 juill. 2011, n° 328651, Palais-sur-Vienne (Cne), au Lebon ; AJDA 2011. 1528 ; D. 2011. 2694, obs. TREBULLE F. G. ; AJDI 2012. 361, obs. WERTENSCHLAG B. et GEIB T. ; AJCT 2011. 572, obs. MOLINER-DUBOST M. Les arrêts cités sont antérieurs à la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, qui a créé l'art. L. 556-3 C. environnement, disposant notamment que » en cas de pollution des sols ou de risques de pollution des sols présentant des risques pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques et l'environnement au regard de l'usage pris en compte, l'autorité titulaire du pouvoir de police peut, après mise en demeure, assurer d'office l'exécution des travaux nécessaires aux frais du responsable. Rapp. *supra* n° 199, 308, 470.

²²⁹² KENDERIAN F., « Bail commercial et droit de l'environnement : conditions de l'engagement de la responsabilité du propriétaire-bailleur à raison des déchets abandonnés sur son site par le locataire-exploitant », RTD com. 2013. 59.

par la subsidiarité de la responsabilité prononcée, une obligation pure et simple de réparer le dommage causé par autrui.

Ce n'est donc pas parce que le dommage peut se révéler seulement après la cessation de la relation contractuelle que celui-ci ne peut être saisi en amont par le créancier. Tant l'offre processuelle que le droit substantiel peuvent contribuer -ou nuire- à la prévention. Mais lorsque le mal est déjà fait, le temps de la prévention est passé et il convient alors d'envisager les moyens de réparer.

B- LA RÉPONSE AU DOMMAGE POSTCONTRACTUEL

471.- La sanction par des moyens détournés. La question de la sanction des clauses processuelles est le plus souvent, si ce n'est exclusivement, envisagée sous l'angle de sa validité. L'exécution de la clause n'est pas envisagée, alors même qu'en tant que stipulation issue de la volonté des parties, elle est entrée dans le champ contractuel et a fait naître une obligation pesant sur les parties à l'occasion de la naissance d'un litige. En témoigne l'exemple de la clause compromissoire.

L'inexécution d'une clause compromissoire ne se prête pas à une action résolutoire. En effet, la partie se heurtant aux réticences de son partenaire aura pour objectif principal de l'attirer devant le juge arbitral, ce qui n'ouvre pas la voie à la résolution. Il serait également tentant de penser qu' « *étant dépourvue de contenu obligationnel, les notions d'exécution ou d'inexécution lui sont étrangères* »²²⁹³. Toutefois, la clause consiste à imposer aux parties le recours obligatoire à une procédure arbitrale. L'exécution en nature de la clause est alors bien possible, mais elle est organisée de manière détournée : elle se fait naturellement par le biais des règles de procédure civile.

En effet, l'inexécution de la clause compromissoire se manifeste par le refus d'un contractant de procéder à la nomination d'un arbitre, ou par la saisine d'une juridiction ordinaire en dépit de la stipulation. Ces comportements entrent dans le domaine du droit processuel lui-même, par l'effet des articles 1444 et 1451 et suivants du Code de procédure civile qui permettra au juge d'appui de nommer un arbitre à la place de la partie défaillante ; tandis que sur le fondement de l'article 1458, la juridiction saisie par le contractant récalcitrant devra se déclarer incompétente. La mise en œuvre de la clause repose donc sur un effet automatique de la clause, dû à sa fonction procédurale, qui voue les tentatives de contournement à l'échec²²⁹⁴. Pour échapper à la clause, la partie réticente cherchera certainement à contourner l'obligation en arguant sa nullité : « *c'est la raison pour laquelle, pour faire pièce à la manœuvre dilatoire facile consistant à alléguer non seulement l'invalidité de la convention d'arbitrage*

²²⁹³ PIGNARRE L.-F., Rép. Civ., V° « Convention d'arbitrage » (déc. 2013 - actu : oct. 2014), n° 104.

²²⁹⁴ Pour échapper à la clause, la partie réticente cherchera à contourner l'obligation en arguant sa nullité.

*mais également l'inaptitude congénitale des arbitres pour en connaître, le droit objectif de l'arbitrage a suppléé la volonté, réelle ou supposée, des parties et posé la règle de la compétence des arbitres pour connaître de leur compétence »*²²⁹⁵. En revanche, l'inexécution d'une promesse de compromis se résout pour sa part par l'octroi de dommages et intérêts. Elle entre ainsi dans une logique similaire au régime de la promesse unilatérale.

472.- L'inexécution de la clause compromissoire et le préjudice subséquent. Mais l'inexécution de la clause comme de la promesse peuvent-elles donner lieu, au surplus de l'exécution, à des dommages et intérêts visant la réparation du préjudice résultant du comportement de la partie récalcitrante ? Le temps et les ressources perdus par un contractant, du fait de la réticence de l'autre qui se bornerait à agir devant les juridictions exclues du champ de la clause processuelle, doivent pouvoir constituer un préjudice réparable, sans pour autant priver le droit des parties de contester une stipulation litigieuse²²⁹⁶. Rien ne s'oppose alors à ce que la partie qui se heurte à la mauvaise foi de son partenaire sollicite l'octroi de dommages et intérêts. Mais ces derniers appartiennent vraisemblablement à la sanction des manœuvres dilatoires²²⁹⁷ et non la responsabilité contractuelle, conférant un ascendant au droit de la procédure sur le droit substantiel. Les effets et l'origine conventionnelle de la clause sont aspirés par le droit processuel : la faute contractuelle se confond avec un « *comportement procédural* »²²⁹⁸. Il s'agit donc d'un préjudice spécifique. Il ne faut toutefois pas oublier que si la clause processuelle peut être l'objet d'un *litige sur le litige*, la clause a elle-même vocation à permettre l'action en inexécution portant sur des obligations substantielles. Lorsque l'inexécution porte sur une clause substantielle, la détermination du préjudice est alors d'un autre ordre.

473.- L'inexécution d'une clause substantielle et le préjudice. L'évaluation du préjudice réparable est un point névralgique de l'efficacité des clauses postcontractuelles. En témoignent les atteintes à la

²²⁹⁵ GAILLARD E., « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, International Chamber of Commerce, nov. 2005, iccbooks, p. 311, disponible sur <https://http://www.shearman.com>. Cf. ég. *Idem*, p. 312 : « *Confrontés à l'allégation d'inexistence, d'invalidité ou d'insuffisante étendue de la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle ils sont saisis, ceux-ci sont invités à poursuivre leur mission et à se prononcer eux-mêmes sur la valeur et la portée de l'acte dont ils tiennent leurs pouvoirs* ».

²²⁹⁶ L'appréciation erronée d'une partie sur ses droits et obligations ne peut constituer une faute, c'est pourquoi le droit d'agir est assorti du droit de se méprendre sur ses prétentions : Civ. 1^{re}, 26 mars 1985, Bull. civ. I, n° 106 4 ; Civ. 1^{re}, 28 janv. 1976, Bull. civ. I, n° 38. Comp. Com. 11 mai 1999, pourvoi n° 98-11.392, D. 2000. Somm. 96, obs. HONORAT ; Dr. Soc. 1999. Comm. 115, obs. CHAPUT ; Soc. 26 nov. 2003, CSBP 2004, no 157, obs. CHARBONNEAU.

²²⁹⁷ Art. 32-1 du CPC ; CAYROL N., « Dommages-intérêts et abus du droit d'agir », 2013, HAL : n° 01017593, url : <https://hal-univ-tours.archives-ouvertes.fr/hal-01017593>.

²²⁹⁸ Civ. 1^{re}, 7 oct. 2015, inédit, pourvoi n° 14-23.700.

concurrence²²⁹⁹ mais également la violation des clauses relatives à la maîtrise de l'information (clauses de non-révélation, de confidentialité ou de secret)²³⁰⁰. Le préjudice peut être particulièrement grave dans la vie des affaires où l'information a une valeur stratégique²³⁰¹ et économique²³⁰², pouvant en outre occasionner par sa divulgation un préjudice moral²³⁰³, mais aussi parce qu'elle peut atteindre une valeur d'intérêt général²³⁰⁴. C'est ce que démontre la pénalisation de certaines divulgations qui, en plus d'être expressément encadrées par le contrat le sont également par la loi. C'est le cas du secret professionnel qui trouve sa source tant dans les règles déontologiques que dans les clauses contractuelles pouvant tenir l'avocat au silence²³⁰⁵. Le droit industriel et le droit boursier peuvent également être concernés par l'incrimination des divulgations du secret de fabrication²³⁰⁶ ou du délit d'initié²³⁰⁷. L'ordonnance de février 2016 réformant le droit des obligations a consacré la confidentialité des négociations qui précèdent la conclusion d'un contrat, de manière à engager, selon que les parties ont prévu ou non une clause spécifique dans un avant-contrat, la responsabilité contractuelle ou délictuelle du divulgateur²³⁰⁸.

Si l'obligation peut se nicher dans la période précontractuelle, il est également possible qu'elle « se prolonge hors des frontières du contrat »²³⁰⁹, parfois de manière illimitée²³¹⁰. Lorsque le contrat prévoit une clause de confidentialité postcontractuelle, souvent pour renforcer la protection légale « jugée

²²⁹⁹ FASQUELLE D., « Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », Rev. conc. consom., mai-juin 2000, n° 115, p. 14 ; « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », RTD com. 1998.763 ; HAUTECLOCQUE (de) S. et CHARBIT N., « L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles », D. affaires 1999, n° 168, art. p. 1063 ; POLLAUD-DULIAN F., « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTD Com. 1997/3.351 ; LUCAS DE LEYSSAC C., « La réparation du dommage à l'économie », Rev. conc. consom., 1995, n° 86, p. 67.

²³⁰⁰ RAY J.-E., « Protéger l'information, aujourd'hui et demain », Dr. soc. 2013, p. 111.

²³⁰¹ Cf. VIRASSAMY G., Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise, RTD com. 1988, p. 179 ; TESTU F.-X., « Secret et relations d'affaires, La confidentialité conventionnelle », Dr. et patr., 2002, p. 81, n° 102 ; PACLOT Y., « Secret et relations d'affaires, Les diverses facettes du secret des affaires », *ibid* 2002, n°102 ; MOREAU M.-A., « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », *ibid* 1999, n° 69, p. 56 ; BÜHLER M., « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI 2002, n° 3, p. 359.

²³⁰² La clause peut avoir pour objectif de protéger les informations concernant la santé financière d'une entreprise, sa force stratégique sur la plan commercial, l'identité de ses clients, ses projets en cours de préparation, les produits qu'elle souhaite développer, ses techniques de production, etc. Cf. (sur l'utilité de la clause de confidentialité, notamment à titre « dissuasif ») GASTINEL E., « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles - Obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires, actes du colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1997, p. 211.

²³⁰³ Cf. Paris, 14 févr. 1997, *aff. Diana* ; Paris, 12 mai 1995, Juris-Data n° 1995-022699 ; Soc., 11 octobre 1978, Bull. civ. V, no 655, p. 489. V. LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin) », LPA 8 août 2006, n° 157, p. 4, n° 147.

²³⁰⁴ *Supra* et *infra* n° 199, 208, 228, 232 et s., 308, 408, 483, 539, 568, 570 et s.

²³⁰⁵ Art. L. 226-13 du C. pén.

²³⁰⁶ Art. L. 152-7 du C. du Trav.

²³⁰⁷ Art. L. 465-1 du C. mon. Et fin.

²³⁰⁸ Com. 14 janvier 2003, inédit, pourvoi n° 00-11.781, D. 2003. 2304, obs. KENFACK H. ; RDC déc. 2003, n°1 p.159 obs. BEHAR-TOUCHAIS M.

²³⁰⁹ GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, th. préc., p. 76.

²³¹⁰ « Ne constitue pas une clause de non-concurrence une clause de secret illimité dans le temps et dans l'espace qui ne place pas le salarié dans l'impossibilité d'utiliser sa qualification professionnelle et ne porte pas atteinte à la liberté du travail », in Versailles, 5e ch. A, 27 sept. 1994, D. 1995. 205.

insuffisante et peu lisible »²³¹¹, elle exprime la volonté des parties de préserver les informations échangées durant l'exécution de la convention en les enfermant dans le strict cadre de leur relation²³¹². C'est d'ailleurs pour cela que la responsabilité de l'ancien salarié pourra être engagée sans que le créancier n'ait à démontrer une faute lourde²³¹³ - démonstration de l'avantage procuré par la stipulation, contrairement au régime légal qui imposera de démontrer une faute à l'origine du dommage²³¹⁴. Il faudra néanmoins que le créancier supporte la charge de prouver que l'information révélée entre bien dans le champ de la restriction contractuelle²³¹⁵. L'après-contrat est alors dédié à « *régir au plus près la parole* »²³¹⁶. Le dommage postcontractuel se traduit donc par l'atteinte à un engagement de confiance censé persister dans le temps par un lien de fidélité qui s'étend hors du temps contractuel. La parole antérieurement donnée est ainsi violée par la parole ultérieurement divulguée.

474.- Le chiffrage du préjudice. L'efficacité de la clause dépend de la réponse qu'elle permet d'apporter au dommage causé par la communication des informations protégées. Or, malgré une sanction en principe facilitée par le recours à la responsabilité contractuelle, l'inexécution d'une obligation négative débouche sur la difficulté pour le juge d'apprécier la gravité de la faute et l'ampleur de ses conséquences²³¹⁷. D'aucuns opposeront même l'efficacité recherchée de la stipulation à son efficacité réelle, notamment en l'absence de démonstration d'un dommage précisément chiffrable²³¹⁸ ; d'autant que le préjudice qui résulte de ce genre de violation est le plus souvent irréversible, de par son « *effet radical et insurmontable* »²³¹⁹ : « *le secret est perdu à jamais* »²³²⁰. Il convient de noter, à titre complémentaire, que certaines circonstances permettent d'exonérer le débiteur ayant violé son

²³¹¹ LUCAS-PUGET A.-S., « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », LPA, 14 nov. 2016, n° 226-227, p. 50. *Adde* BEHAR-TOUCHAIS M., « Le contenu du contrat », RDC avr. 2013, p. 756 et s., spéc. n° 10 et s. ; BOUCHE N., « La protection du savoir-faire », AJCA 2015, p. 346 ; REBUT D., « Le secret des affaires », *in* « Le secret à l'ère de la transparence », JCP G 2012, suppl., spéc. p. 20.

²³¹² Pour être valable, l'obligation n'a pas besoin d'avoir une contrepartie, bien qu'une indemnité puisse être prévue au profit des salariés dont la mission leur impose de supporter des sujétions propres à la protection du secret (Soc., 2 déc. 1987, inédit, pourvoi n° 85-43.384).

²³¹³ Soc., 19 mars 2008, inédit, pourvoi n° 06-45.322.

²³¹⁴ POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », *in Dalloz action, op. cit.*, n° 19 et s., 3205 et s. ; REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, 323, n° 25 ; DEPREZ J., « Sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles », *Trav. Assoc. Henri Capitant*, t. 17, 1964, 28 ; TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, 223 ; « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Mélanges G. Cornu*, PUF, 1995, 429.

²³¹⁵ La rédaction de la clause est à ce titre particulièrement importante du fait qu'elle restreindra plus ou moins le domaine de l'information protégée, de l'obligation la plus vague, telle que la clause de discrétion, à la plus encadrée, telle que la clause de confidentialité imposant le secret professionnel.

²³¹⁶ LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Droit social, Librairie technique et économique*, 2005, pp.173-180, HAL : n° 00337692, url : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00337692>.

²³¹⁷ Cf. BOILLOT, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », art. préc.

²³¹⁸ LUCAS-PUGET A.-S., « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », art. préc.

²³¹⁹ LATREILLE A., préc., n° 149.

²³²⁰ *Idem*.

obligation, lorsque cette violation est justifiée par la poursuite d'un intérêt légitime. L'après-contrat peut effectivement être le moment où, délié d'une relation qui fait peser une certaine pression sur un contractant, ce dernier sera en mesure d'agir pour dénoncer au public des pratiques illicites – l'engagement au secret est alors dépassé par des impératifs tenant à la promotion de la transparence et la lutte contre les comportements répréhensibles²³²¹. Tel est le cas des lanceurs d'alerte²³²² dont le statut juridique a récemment été instauré²³²³.

Ainsi, paradoxalement, l'obligation de divulgation est parée d'une certaine gravité, saisie et surveillée par le droit pénal, et par ailleurs saisie par les contractants en raison d'un régime légal estimé insuffisant à assurer leur protection. Pourtant, du fait des difficultés qui entourent l'évaluation et la réparation du dommage résultant d'une divulgation²³²⁴, l'efficacité de la stipulation s'avère décevante. Plus dissuasives que protectrices, les clauses semblent reléguées aux insertions de style dans les actes qui les portent. Certes, le contentieux se résoudra nécessairement par l'allocation de dommages et intérêts, mais il existe également des mesures visant à faire cesser la circulation de l'information protégée lorsque cela est possible.

475.- Faire cesser le dommage. En effet, à l'ère du numérique, la révélation prohibée peut facilement avoir lieu par voie de publication sur Internet par exemple, ce qui ouvre alors une véritable boîte de Pandore tant la circulation des contenus en ligne est endémique. C'est ainsi que le juge pourra ordonner, outre l'allocation des dommages et intérêts, que les publications soient retirées, et, le cas échéant, sous astreinte judiciaire. Il pourra également, à l'instar de la pratique en matière de violation de la vie privée, ordonner des mesures de publicités de la condamnation. Comme pour protéger l'intimité de la vie privée, ou en matière de délits de presse, il semblerait utile que la diffusion de l'information postérieurement à l'exécution de la condamnation, puisse donner lieu à une intervention

²³²¹ Loi dite « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 pour la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique.

²³²² Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-10.557 ; Paris, P. 6, ch. 11, 16 déc. 2016, n° 11/16550, obs. HAMOUDI L., « Lanceurs d'alerte : quelle protection ? », *in* Les Cahiers Sociaux, 1^{er} févr. 2017, n° 293, p. 66. Cf. art. 1^{er}, loi du 16 avril 2013 dite loi Blandin ; MALHERBE N., « La liberté d'expression protectrice des salariés lanceurs d'alerte de bonne foi », LPA, 17 nov. 2016, n° 230 ; ICARD J., « Protection des lanceurs d'alerte », *in* Les Cahiers Sociaux, 1^{er} oct. 2016, n° 289.

²³²³ CORIOLAND S., *Rép. resp. puiss. publ. Dalloz*, V° « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », juin 2017, n° 205 et s. ; CHALTIEL F., « À la recherche d'un statut pour les lanceurs d'alerte », LPA 9 mars 2017, n° 049 – p. 4. CERF-HOLLENDER A., « Harmonisation et réglementation de la protection du lanceur d'alerte », *in* L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 1^{er} févr. 2017, n° 2 ; DYENS S., « Le lanceur d'alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l'œil », AJCT 2017. 127 ; « Le lanceur d'alerte dans la loi « Déontologie », un traitement toujours insuffisant », AJCT 2016. 301 ; BOUTON J., « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *Rev. trav.* 2014. 471 ; MATHIEU C. et TERRY N. F., « Le statut du lanceur d'alerte en quête de cohérence », *Rev. trav.* 2016. 159 ; DAOUD E. et SFOGGIA S., « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II » », AJ pénal 2017. 71.

²³²⁴ LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin) », préc., n° 148 et s.

du juge. Quels moyens aurait la victime de la divulgation de lutter contre la propagation de l'information une fois celle-ci tombée entre les mains des tiers ? On peut imaginer le cas de publications sous la forme de témoignages, mais également de photographies ou de vidéos prises au sein de l'entreprise, permettant d'identifier des procédés de fabrication ou des éléments technologiques, ou encore des échanges verbaux contenant des informations sensibles. L'arsenal répressif permet par exemple une condamnation pour révélation d'un secret de fabrique²⁹²⁵ ainsi que son recel. Dans tous les cas, que la diffusion entre dans le domaine d'une incrimination ou non, la réparation interviendrait sur le fondement de la responsabilité délictuelle et d'une demande tendant à faire cesser la diffusion²⁹²⁶. Même si la victime de l'atteinte est une personne morale, elle pourra faire valoir une atteinte aux droits de la personnalité de l'entreprise²⁹²⁷.

476.- Elargir la recherche du responsable. Afin de répondre plus facilement au besoin de protection, il sera également possible de rechercher la tierce-complicité. Il est même possible que l'obligation contractée par le débiteur contamine son entourage, permettant d'asseoir davantage l'opportunité et l'efficacité de la restriction. Cela pose alors la question de savoir qui doit être le débiteur de la clause restrictive ? La question se pose notamment lorsque le débiteur de l'obligation est une personne morale. Si la jurisprudence a considéré que l'obligation pèse sur le dirigeant de la personne morale, elle a également estimé, dans un cas mettant en jeu une clause de non-rétablissement, que la contrainte pouvait être étendue à une personne intermédiaire, tel un membre de sa famille, de sorte que « *si le vendeur du fonds de commerce est une personne morale, l'interdiction de rétablissement pèse non seulement sur elle, mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer*

²⁹²⁵ Art. L. 1227-1 du C. du trav. et art. L. 621-1. Du CPI.

²⁹²⁶ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, Bull. I, n° 238, p. 199, pourvoi n° 02-19.211 : « *après avoir constaté que le document reproduit était une note interne établie par la banque, non pour être publiée mais à l'usage exclusif des services de l'établissement auxquels elle avait été adressée, la cour d'appel qui relevait, par motifs propres et adoptés, que M. X... n'en était pas rendu destinataire et ne pouvait pas en ignorer le caractère privé, a justement considéré que la diffusion que celui-ci en avait faite sans autorisation expresse de la banque sur un site internet ouvert à la consultation de tout tiers intéressé était à l'évidence fautive ; que c'est dès lors sans méconnaître les dispositions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que, statuant en référé, elle a ordonné la cessation de la diffusion litigieuse pour mettre un terme, par une mesure appropriée au trouble manifestement illicite qui en résultait pour la banque et qu'elle venait ainsi de caractériser* » ; Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. B, 10 mai 2001, D., 2002. somm., n° 29, obs. A. Lepage.

²⁹²⁷ NB : Les personnes morales n'ont pas pour autant de vie privée : Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, à paraître, pourvoi n° 15-14.072 : « *si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil* » ; obs. DUMOULIN L., « Droits de la personnalité et droit à la vie privée des personnes morales », Rev. sociétés 2016. 594. Adde de la même auteure, « Les droits de la personnalité des personnes morales », Rev. sociétés 2006. 1 ; LOISEAU G., « Des droits humains pour personnes non humaines », D. 2011. 2558 ; KAYER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971, p. 445, spéc. n° 35. Cf. en outre KAYSER P., « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », D. 1989, chron. 11. Rapp. *supra* n° 467 et s., 579 et s.

pour échapper à ses obligations »²³²⁸. La réponse au dommage, si elle se veut efficace, doit alors nécessairement sortir de la simple identification du débiteur de l'obligation postcontractuelle, et rechercher les acteurs susceptibles de se voir opposer l'obligation ou d'avoir concouru à l'inexécution. C'est la responsabilité délictuelle de ces derniers qui sera recherchée, pour tierce-complicité. Quant au débiteur, il est possible pour lui d'invoquer la loi du contrat lorsque celle-ci a anticipé la gestion de l'inexécution. En effet, afin de faciliter la réparation du dommage postcontractuel, les parties auront pu intégrer à leur accord, par exemple, une clause pénale.

C- LA SANCTION PRONONCÉE EN PRÉSENCE DE CLAUSES DE GESTION DE L'INEXÉCUTION

477.- La survivance de la clause pénale. La clause pénale est un moyen pour les contractants de sécuriser la réponse au dommage susceptible de naître à la suite d'une inexécution. Elle trouve application dans l'après-contrat, sauf en cas de nullité qui une « *fiction répressive de la peine* »²³²⁹, peu importe la cause de nullité²³³⁰. Le principe de sa survie est affirmé par la jurisprudence en cas de résolution : « *destinée à réparer les conséquences dommageables de la résolution d'un contrat survit à la résolution de ce contrat* »²³³¹. La clause peut d'ailleurs porter expressément sur les conséquences de la résolution²³³². L'ordonnance de février 2016 portant réforme du droit des obligations a consacré ce principe dans le nouvel article 1230 du Code civil²³³³, lequel, consacrant l'autonomie des clauses survivant à l'extinction du contrat, prévoit que « *la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* »²³³⁴, clarifiant ainsi les effets de la résolution. Le texte permet

²³²⁸ Com., 24 mai 2005, Bull. civ. IV, n° 112, pourvoi n° 02-19.704, D. 2005, AJ p. 1637, obs. CHEVRIER E. ; CCC 2005, comm. n° 135, obs. MALAURIE-VIGNAL M. V. *Contra* Com., 11 juill. 2006, pourvoi n°04-20552, D. 2006, p. 2923 ; Nîmes, 15 octobre 2009, RG n°07/04651, Juris-Data n°2009-020148. Rapp. Au sujet de la garantie d'éviction : Com. 24 mai 2005 : Bull. civ. IV, n° 112 ; RTD com. 2006. 295, obs. SAINTOURENS ; D. 2005. AJ 1634, obs. CHEVRIER E. ; Dr. et patr. sept. 2005, p. 113, obs. PORACCHIA ; Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 32 ; D. 2007. Pan. 272, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; LPA 18 juill. 2006, note GIBIRILA ; RDC 2006. 1183, obs. LUCAS F.-X.

²³²⁹ HUGON Ch., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », JCP G, I, 1994, n° 3790, p. 425. V. ég. MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, Bibl. de Dr. Pr., t. 223, LGDJ, 1992, n° 184 et 187 et s. ; CHABAS F., J-Cl., V° « Clause pénale », art. 1146-1155, Fasc. X., n° 26.

²³³⁰ V. ARBANT-MICHEL G., *Les relations entre les clauses et le contrat*, Th. Montpellier I, p. 166, n° 429 et s.

²³³¹ D'abord, en défaveur de la survie de la clause: Cass. Req., 8 juill. 1873, DP 1874, I, p. 56 ; *ibid* 29 juin 1925, DH 925, p. 594 ; Comp. Com. 4 juill. 1972, D. 1972.732, note MALAURIE PH. ; Com. 16 juill. 1991, D. 1992, p. 365, note MAZEAUD D. Puis en faveur de la survie : Civ. 3^e, 6 janv. 1993, pourvoi n° 89-16.011 ; 12 janv. 1994, pourvoi n° 91-19.540, Bull. civ. III, n° 5 ; RTD civ. 1994. 605, obs. MESTRE J. ; Defrénois 1994, n° 65, obs. MAZEAUD D. ; JCP 1994. I. 3809, n° 18, obs. VINEY G.

²³³² Com. 10 juill. 1990, Bull. civ. IV, n° 204, pourvoi n° 89-12.804 ; Civ. 3^e, 13 nov. 2003, inédit, pourvoi n° 01-12.646, RTD civ. 2004. 506, obs. MESTRE J. et FAGES B.

²³³³ Comp. PDEC, art. 9 : 305 ; *Principes Unidroit*, art. 7.3.5.3.

²³³⁴ Cf. ASFAR-CAZENAIVE C., « Le nouveau droit français des contrats », La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal, n° 49-3, 29 juill. 2016, p. 754.

donc la survie des « *clauses présentant un intérêt pour la mise en œuvre autant que pour les suites de la rupture du contrat* »²³³⁵ et susceptibles d'avoir « *une influence sur l'équilibre du contrat* »²³³⁶.

478.- Le cas de la faute lourde ou dolosive. L'article 1231-3 (nouveau) du Code civil assoit la licéité de principe des clauses de gestion de l'inexécution. Il impose toutefois, dans la lignée du droit positif antérieur, une limite à leur efficacité lorsque l'inexécution est née d'une faute lourde ou dolosive²³³⁷. La règle trouve certainement à s'appliquer dans l'après-contrat. Toutefois, une difficulté peut jaillir en présence de violations d'obligations négatives. En effet, l'inexécution d'une obligation négative n'est-elle pas nécessairement constitutive d'une faute dolosive ?

La violation d'une obligation de confidentialité ou de non-concurrence est nécessairement intentionnelle, si bien que les inexécutions apparaissent incontestablement comme des fautes dolosives. L'efficacité de la clause pénale dont les obligations sont assorties peut dès lors être remise en question. Lorsque le dommage résultant de la situation de concurrence ou de la divulgation est supérieure au montant prévue par la clause pénale²³³⁸, cette dernière profite au débiteur comme le ferait une clause limitative de responsabilité. L'article 1231-3 (nouveau) du Code civil doit ainsi pouvoir trouver à s'appliquer afin d'écarter cette clause. Une telle éviction semble d'autant mieux acquise que les faits de l'inexécution sont par ailleurs incriminés. Constitutifs d'une infraction pénale, la démonstration du caractère lourd de la faute ne devrait alors pas poser difficulté.

479.- Le pouvoir modérateur du juge. Bien que le contrat soit la chose des parties, le juge est néanmoins habilité à revoir le montant de la clause pénale si celui-ci est manifestement disproportionné. Il n'est toutefois pas certain que l'intervention soit toujours suffisante à rétablir l'équilibre, dans un contexte où l'estimation par anticipation du préjudice est périlleuse et les pouvoirs du juge limités. Les moyens subsidiaires d'agrandir l'assiette d'indemnisation sont la tierce-complicité et éventuellement le

²³³⁵ CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 582, n° 670.

²³³⁶ *Idem.*

²³³⁷ Cf. CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, p. 595, n° 685. Le débiteur auteur d'une faute dolosive refuse de manière assumée d'exécuter ses obligations contractuelles, indifféremment d'une intention de nuire (cf. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1969, Bull. civ. I, n° 60). Le débiteur auteur d'une faute lourde adopte une attitude particulièrement grave, « *confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » (Com. 3 avr. 1990, Bull. civ. IV, n° 108, pourvoi n° 88-14.871. *Adde* Com. 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115, pourvoi n° 09-11.841, D. 2010. 1832, note MAZEAUD D.

²³³⁸ BEHAR-TOUCHAIS M., *Le contenu du contrat (I)*, RDC, 1^{er} avril 2013, n° 2, p. 756 : « *Assez souvent, les clauses de confidentialité sont assorties d'une clause pénale. Mais on voit tout de même aussitôt la limite de cette sanction contractuelle. Il est difficile de prévoir à l'avance quel sera le dommage lié à la divulgation. Une fois l'information divulguée, l'indemnité même prévue contractuellement risque de ne pas être à la mesure du dommage. Si l'on prend l'exemple du savoir-faire qui n'est protégé que s'il reste secret, la divulgation le prive de la protection. L'indemnité devrait alors être énorme, et ce n'est pas le franchisé qui pourra effectivement la payer* ».

recours à la notion de faute lucrative²³³⁹ (en gestation dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile²³⁴⁰). La tierce-complicité actionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle permet aussi d'échapper à la stipulation et d'actionner un payeur supplémentaire. Pour sa part, l'ancien contractant peut avoir tout intérêt à violer son engagement lorsque la violation lui rapporte un bénéfice supérieur au coût de l'inexécution – l'illustration souvent présentée est celle de la contrefaçon²³⁴¹. D'autant plus que la période postcontractuelle le débiteur met à l'abris du risque de rupture des relations²³⁴² ; débiteur qui, pour certaines obligations nées de la clause de confidentialité ou la clause de non-concurrence hors droit du travail, ne perçoit pas toujours une contrepartie financière. Pour exemple, le salarié ne craint pas pour son contrat de travail (on ne peut le sanctionner en lui opposant une interdiction d'exercer une profession²³⁴³), de même que le franchisé n'est plus dépendant de son franchiseur. La tentation peut donc être grande de profiter de l'insuffisance du coût de la réparation pour tirer profit de la faute. Le juge peut déjà statuer sur des dommages et intérêts punitifs²³⁴⁴, en attendant que le droit français se réforme de manière à intégrer une obligation de minimiser le dommage.

²³³⁹ *I-e* « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne sont pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés », in Cf. VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009. 2944 ; FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, 20 nov. 2002. 27 ;

²³⁴⁰ GARRAUD A., « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA 16 janv. 2017, n° 11, p. 5.

²³⁴¹ VIVANT M., « Prendre la contrefaçon au sérieux », D. 2009. Chron. 1839. *Adde* FASQUELLE D. et MESA R., La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, D. 2005. Point de vue 2666 ; CHAGNY M., « La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles », Revue Lamy Droit de la concurrence, août-oct. 2005, n° 4, p. 186 s. ; « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », JCP G 2006. I. 149 ; AZZI T., « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », D. 2008. Dossier 700.

²³⁴² Sur une illustration de l'enjeu de l'obligation de minimiser son propre dommage dans la rupture brutale d'une relation commerciale établie, cf. Douai, 15 mars 2001, *SA Auchan c/ SA PBC*, CCC 2001, n° 125, note MALAURIE M. ; D. 2002.307, note ANDRE C., JCP 2001 E, 22 nov. 2001, 1861, note PEDAMON M. *Adde* les observations de MESTRE J. et FAGES B., in « Distribution de dividendes et obligation contractuelle de minimiser son propre dommage », RTD civ. 2002. 296 : « bien qu'il se recommande de la théorie de l'acceptation du risque, le raisonnement mis en œuvre dans cet arrêt a pu être rapproché avec raison de l'obligation de minimiser le dommage ». Les juges d'appel rappellent que seul le préjudice entraîné par la brutalité de la rupture est réparable (et non celui résidant dans la rupture elle-même), relevant que le degré de dépendance économique entre les parties est un critère d'appréciation du préjudice. En l'espèce l'absence de préavis caractérisait la brutalité. Toutefois, l'analyse des faits mènent les juges à conclure que la dépendance économique reposait sur une prise de risque délibérée du distributeur qui, malgré l'impossibilité d'escompter une perpétuation de la relation, n'a pas cherché à développer des activités nouvelles. Cette acceptation du risque doit alors être pris en compte dans l'évaluation du préjudice.

²³⁴³ SERRA Y., « La violation d'une clause de non-concurrence se résout en dommages et intérêts et non en une interdiction d'exercer une profession », D. 1990. 335, obs. sous Civ. 1^{re}, 29 nov. 1989 : doit être censuré « l'arrêt qui condamne l'assistante d'un masseur-kinésithérapeute qui a exercé sa profession en contravention à une clause de non-concurrence à payer des remboursements d'honoraires ainsi que des dommages et intérêts et lui interdit, sous astreinte, d'exercer son activité professionnelle pendant cinq ans dans la zone délimitée par la clause de non-concurrence, alors que le masseur-kinésithérapeute ne pouvait prétendre qu'à l'allocation de dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non pas obtenir l'interdiction d'exercice de sa profession par son assistante ».

²³⁴⁴ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, Bull. civ. I, n°248, pourvoi n° 09-13.303, RCA 2011, étude 5, obs. WESTER-OUISSE V.

480.- La fragilité de la période postcontractuelle. Au final, de l'obligation de limiter son propre dommage à la sanction de la faute lucrative, le droit de la responsabilité civile est nettement perfectible en ce qui concerne les moyens de lutter contre le dommage, de façon générale²³⁴⁵, mais plus particulièrement dans l'après-contrat. Le simple recours aux clauses postcontractuelles traduit un besoin de la pratique de suppléer à des insuffisances légales. Le traitement du préjudice postcontractuel s'avère encore plus délicat, du fait que la rupture étant déjà consommée, les parties peuvent être amenées à commettre des fautes au prétexte d'un sentiment de désengagement du rapport obligatoire. La transgression peut ainsi paraître facilitée, et l'insensibilité du débiteur, si ce n'est son opportunisme, exacerbés par l'après-contrat. Or, le préjudice postcontractuel peut se caractériser tout autant par les caractères de l'urgence, que par l'importance de son impact pour l'ancien contractant. De plus, le lien obligatoire peut sembler perdre de son autorité, éclipsé par l'emballement du retour à la liberté, ou défié par les rancœurs consécutives à la rupture. Mais, si les parties peuvent croire un certain salut dans l'anticipation de l'après-contrat par le champ contractuel, l'efficacité des clauses postcontractuelle connaît sans aucun doute des limites²³⁴⁶.

²³⁴⁵ CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. VINEY G., LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 250, 1995 ; ; BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, 20 nov. 2002. 36 ; GRARA C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préf. LEQUETTE Y., Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005 ; JAULT A., *La notion de peine privée*, préf. CHABAS F., LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 442, 2005 ; GAUTIER P.-Y., « Fonction normative de la responsabilité », D. 2008. Dossier 727.

²³⁴⁶ Cf. *infra* Titre II.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

481.- L'exécution des obligations postcontractuelles. Lorsque l'après-contrat est structuré par des clauses postcontractuelles, il devient un autre temps de l'exécution. Il peut porter aussi bien sur des obligations négatives que positives. Mais il est vrai que les obligations de ne pas faire sont caractéristiques de l'après-contrat. Elles pourraient sembler redondantes compte tenu du fait que l'effet extinctif est censé libérer les parties qui ne sont plus tenues de *praestare*²³⁴⁷. L'objet de l'obligation de ne pas faire portera précisément sur le contenu des libertés retrouvées. L'après-contrat se fait alors insidieusement sentir dans la vie des anciens contractants, appelés à former de nouveaux projets tenus de s'adapter à leur engagement postcontractuel. L'identification de l'inexécution dépendra alors de l'intention des parties dans la définition de la zone d'interdiction. L'ampleur de la restriction doit être recherchée dans la rédaction plus ou moins précise de la clause. En principe, plus cette dernière sera précise quant au comportement prohibé, plus l'identification de l'inexécution sera stricte, et moins la liberté sera atteinte. Si en revanche la rédaction est générale, les comportements susceptibles d'être visés par l'obligation seront plus nombreux. Le risque de discussion est plus élevé autour de ce qui constitue une violation, de même que le débiteur est plus limité dans sa liberté de mouvement. Néanmoins, pour que la violation soit avérée, devra être établie la commission effective du fait prohibé. La simple « tentative » ne suffira pas à constituer une inexécution. Cependant, lorsqu'une déloyauté est déduite des faits, le comportement du débiteur dans sa tentative peut engager sa responsabilité contractuelle, en ce qu'il contrevient à l'obligation de bonne foi. En effet, en tant que période d'exécution d'obligations contractuelles, les clauses postcontractuelles doivent elles aussi être exécutées de bonne foi²³⁴⁸.

Quand l'obligation est positive, le contenu de la prestation est plus spécifique. Elle peut être expressément stipulée ou implicite, telle que l'obligation de restitution. Le régime de l'inexécution contractuelle trouve naturellement à s'appliquer, tenant compte de la possibilité d'exécuter ou non l'obligation. Sur ce point, il n'y a pas d'originalité particulière. L'analyse devient plus délicate lorsqu'une prestation est fournie postérieurement à l'extinction alors qu'elle ne repose pas sur l'accomplissement d'une obligation postcontractuelle. Dans ce cas, c'est le régime extracontractuel ou quasi-contractuel qui doit trouver à s'appliquer.

482.- Atteinte à un équilibre instauré par le contrat. Ce qui ressort de l'inexécution d'une obligation postcontractuelle est qu'elle porte généralement une atteinte rétrospective à un équilibre instauré par le

²³⁴⁷ V° « *Praesto* », in GAFFIOT F., *Dictionnaire de français latin*, Hachette, 1934, p. 1321 : (n° 5) « *remplir, exécuter* », (n° 6) « *mettre à la disposition, procurer, fournir* » ; PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », RTD civ. 2001. 41 : « *trop souvent mal nommée, voire complètement inconnue, l'obligation de praestare accède à la vie juridique sous le masque d'une obligation de donner ou se trouve artificiellement rangée sous la bannière d'une obligation de faire* ».

²³⁴⁸ Art. 1104 C. civ.

contrat, même si le dommage est postcontractuel. La question qui se pose néanmoins est celle du régime de responsabilité applicable. Malgré les apparences « *l'association des termes "responsabilité délictuelle" et "contractant" n'a rien en effet en soi d'antinomique* »²³⁴⁹. Cela implique nécessairement de délimiter les contours des responsabilités en jeu dans un temps à mi-chemin entre relation ancienne et relation nouvelle, entre régime contractuel et extracontractuel²³⁵⁰. En principe, l'extinction du contrat est censée faire place à la responsabilité extracontractuelle. La gestion de l'après-contrat par des clauses a pour effet d'introduire la responsabilité contractuelle dans le temps postcontractuel. Toutefois, la frontière entre les deux ordres de responsabilité sont parfois floues. La persistance d'obligations vient troubler la distinction des deux ordres de responsabilité. Le mélange d'anciennes et de nouvelles générations d'obligation crée un mélange des genres et la responsabilité postcontractuelle se révèle partagée entre l'insistance d'un ordre contractuel passé et l'entrée dans un espace extracontractuel. Certaines obligations contractuelles pourront être converties au régime extracontractuel, telles que l'obligation de sécurité due par le médecin ou le transporteur. D'autres seront en quelque sorte perdues dans un *statu postquam* mettant en jeu l'intervention de tiers, comme dans les suites du bail en présence d'un sous-locataire. Ce qu'il faut retenir reste néanmoins que la faute postcontractuelle est sanctionnée. Lorsqu'elle consiste en l'inexécution d'une obligation spécifiquement postcontractuelle et prévue par les parties, le principe est de que la responsabilité est contractuelle. Quand elle repose sur une obligation qui n'a pas été expressément définie comme postcontractuelle, un relai s'organise avec la responsabilité extracontractuelle.

483.- La gestion du dommage. La prise en charge du dommage postcontractuel ne repose pas que sur des sanctions *a posteriori*. Il existe des moyens de prévenir sa réalisation. À ce titre, le juge des référés a un rôle particulièrement intéressant à tenir, permettant de faire cesser un trouble manifestement illicite ou d'empêcher que se produise un dommage imminent. Mais la consécration en droit français d'une obligation de minimiser son propre dommage permettrait de mettre en œuvre une véritable prise en considération du comportement du créancier en réponse à l'inexécution. Par ce biais, la gestion des effets de l'inexécution serait optimisée et concentrée sur l'objectif pragmatique de limiter les atteintes aux biens et à leurs conséquences parfois attentatoires à l'intérêt général.

Quand le dommage postcontractuel a déjà eu lieu, la réponse à celui-ci nécessite une réparation adaptée aux buts poursuivis par les parties. Deux axes apparaissent : l'indemnisation et la gestion matérielle de la situation préjudiciable. En effet, la réponse la plus efficace sera souvent dirigée vers une

²³⁴⁹ LETURMY L., « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998. 839.

²³⁵⁰ Ce propos est illustré par le contentieux relatif à la rupture abusive des relations établies : cf. *supra* n° 296, 300 et s., 397, 501. Mais un autre exemple est celui de la détermination de la responsabilité qui peut résulter d'une action en annulation de la convention pour vices de col ou de violence (lesquels engagent la responsabilité délictuelle de leur auteur).

lutte très concrète contre les conséquences matérielles et morales du comportement fautif. Tel est le cas lorsque le préjudice résulte de la divulgation prohibée d'informations secrètes. Quand cette divulgation use d'un support rendant l'information sensible accessible au public, le droit devra offrir les moyens d'effacer cette diffusion. Mais le secret partagé est définitivement perdu, ce qui rend difficile la réparation. Par ailleurs, les fautes postcontractuelles peuvent parfois se confondre avec des dols pénaux, montrant combien est important l'intérêt postcontractuel protégé par la clause. À la mesure de cet enjeu, la faute peut parfois être couverte par d'autres valeurs protégées par l'intérêt général : c'est le cas lorsque, par exemple, la divulgation entre dans le domaine du nouveau droit relatif aux lanceurs d'alerte.

Enfin, les parties pourront avoir elles-mêmes organisé les modalités de réparation, par l'aménagement de clauses de responsabilité. Ces dernières auront alors vocation à survivre à l'extinction et à s'appliquer à la faute postcontractuelle.

484.- Une extension du rapport obligatoire au-delà de la fin. En définitive, lorsque le *statu postquam* est contractualisé, la convention passée aura offert les bases de l'attitude dommageable, ou servira de critère d'évaluation du comportement postcontractuel et du préjudice pouvant en résulter²³⁵¹. L'après-contrat objet de gestion par les parties, est contractualisé dans cette dynamique : penser les actions postcontractuelles avant qu'elles ne se produisent. C'est pourquoi s'opère une extension du rapport obligatoire au-delà de l'extinction. Une mise en perspective finaliste de la phase postcontractuelle recommande et sert d'appui tant à la conciliation qu'à la modération des intérêts postcontractuels. Tendue entre obligations et libérations, la phase postcontractuelle appelle une régulation. C'est pourquoi les clauses postcontractuelles s'inscrivent *in abstracto* dans le cadre général de l'opération portée par la convention éteinte, même si elles doivent être appréciées *in concreto* dans leur mise en œuvre. Ainsi, la régulation, pour être efficace, impose tout autant que l'extension du rapport obligatoire soit sanctionnée et qu'elle soit adaptée. À ce titre, même si un équilibre interne à la convention est respecté, se posera également la question de l'adaptation de l'après-contrat à un équilibre qui lui est extérieur. Les clauses postcontractuelles nourrissent certes l'après-contrat, mais le déploiement de ce dernier est nécessairement contenu par des limites (*Titre II*).

²³⁵¹ Cette idée peut s'illustrer avec le droit des baux, dans lequel l'occupation de fait des lieux loués par l'ancien preneur est susceptible d'instaurer entre l'occupant et le propriétaire des relations qui ressemblent extérieurement à celles d'un bailleur avec son locataire. Bien que leur rapport ne soit plus de nature contractuelle, donc soumis à l'ordre extracontractuel, il existe des hypothèses où la loi organise elle-même le fonctionnement de la période postcontractuelle. Quand cette dernière est organisée par la loi des parties, ce sera la responsabilité contractuelle qui trouvera à s'appliquer.

TITRE II

UN DÉPLOIEMENT CONTENU PAR DES LIMITES

485.- La portée limitée de l'après-contrat. La volonté des parties n'est pas absolue. Les clauses postcontractuelles peuvent se heurter à des circonstances qui les priveront d'effet. La loi et le juge peuvent assurément tempérer tant le recours aux clauses que leur effectivité, démontrant que la gestion du temps extracontractuel par la convention doit être contrôlée. Un tel contrôle est rendu nécessaire par la pesée d'intérêts, faisant de l'application des clauses une matière axiologique et casuistique. En effet, à la lumière d'un équilibre global, l'intérêt de la clause va parfois entrer en conflit avec un autre intérêt. Tel est le cas lorsque la stipulation est incluse dans un contexte de procédures collectives, dans lesquels l'intérêt des créanciers est fortement régulé, ou dans une activité qui par nature ne supporte pas de restriction postcontractuelle. Ainsi, alors que la validité des clauses repose sur un équilibre interne, leur efficacité peut être tributaire du contexte dans lequel elles sont amenées à se déployer. Lorsque la fonction de l'obligation est incompatible avec son environnement, ou avec d'autres valeurs promues par le droit, la force obligatoire sera contenue par celle libératoire de l'extinction. C'est pourquoi l'extension du rapport contractuel au-delà de l'extinction sera neutralisée par l'impératif de poser des limites aux obligations postcontractuelles (*Chapitre 1. L'efficacité relative des clauses postcontractuelles*).

486.- L'après-contrat sur la scène judiciaire. De façon plus générale, le contentieux relatif à l'extinction et ses suites ne repose pas que sur l'application des clauses postcontractuelles. Les différends vont provoquer un contrôle judiciaire des conditions dans lesquelles est intervenue la fin du contrat ainsi que de ses conséquences. En effet, qu'il s'agisse de l'ouverture de l'après-contrat ou de son contenu, la construction jurisprudentielle du droit de l'extinction montre que le développement de l'après-contrat est souvent dépendant de l'office du juge. Lorsque les conditions sont réunies, le juge aura un pouvoir de vie ou de mort sur le contrat. De même, les droits nés du contrat seront parfois intimement liés à la liberté procédurale des parties, mais aussi à l'interprétation que fera le magistrat de la situation contractuelle. Ainsi, qu'il s'agisse de l'application d'une clause, du droit au renouvellement, ou de la sortie de la relation contractuelle, les parties auront intérêt à mettre au point une stratégie procédurale afin d'optimiser la gestion du litige postcontractuelle. La mise en scène judiciaire de la phase postcontractuelle sera riche d'enseignement tant sur le rôle du juge en la matière que sur la mise en œuvre des droits des parties souhaitant se désengager ou revoir les modalités de sortie du contrat. Le déploiement de l'après-contrat sera donc soumis tant au droit procédural qu'à l'appréciation du juge (*Chapitre 2. L'après-contrat et l'office du juge*).

CHAPITRE 1

L'EFFICACITÉ RELATIVE DES CLAUSES POSTCONTRACTUELLES

487.- La limitation des clauses, une action anticontractuelle. L'autonomie de la volonté n'est pas sans borne. D'autres normes que le contrat ont vocation à déployer leurs effets. Ce déploiement doit être permis, ayant égard au fonctionnement de l'ensemble du système normatif mais aussi des faits sociaux-économiques. Il est alors possible, dans certains cas, que la volonté des parties soit minimisée ou forcée. Une stipulation génératrice d'obligations sera alors rendue inefficace, tandis qu'une autre obligation écartée par les parties sera ramenée à elles par le législateur. Les actions de la loi et du juge peuvent alors être considérées comme un « *dirigisme* »²³⁵² à la fois « *oppressif* » et « *anticontractuel* »²³⁵³. Si ces craintes peuvent trouver une place de choix en ce qui concerne la formation des obligations, il n'est pas certain qu'elles soient toujours légitimes après la fin du contrat qui est par nature dédié à sortir les parties de leur engagement. Il est donc indispensable que l'extension du rapport obligation après l'extinction connaissent des tempéraments, lesquels sont d'inspiration utilitariste.

488.- Des limites utilitaristes. Que ce soit sur le plan de la conception des normes applicables au contrat que par le travail plus casuistique effectué par les juges du fond, la gestion de l'après-contrat par la loi des parties souffre des limites. Le champ de manœuvre peut effectivement être borné par différents facteurs qui tiennent à l'appréciation de critères ou des valeurs concurrents. Un prisme de lecture utilitariste est assurément indispensable pour déterminer la possibilité pour les clauses de voir leurs effets s'insérer dans l'ordre juridique, à plus forte raison dans le temps extracontractuel. C'est pourquoi, même si leur validité n'est pas forcément remise en cause, il existe des circonstances dans lesquelles leur efficacité doit être écartée. Cette éviction peut être radicale, au travers d'une prohibition ciblée, ou plus contingente, par le biais d'une neutralisation *in casu*. Ainsi, le droit organisera la mise en échec des clauses postcontractuelles (**Section 1. La mise en échec des clauses postcontractuelles**), ou bien les circonstances indiqueront le non-recours à celles-ci (**Section 2. Le non-recours aux clauses postcontractuelles**).

²³⁵² JOSSERAND L., « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », *D.* 1940 », chron. I, p. 5.

²³⁵³ JOSSERAND L., « Le contrat dirigé », *D.* 1933, chron., p. 89 ; PICOD Y., AUGUET Y. et DORANDEU N., *Rép. dr. com. Dalloz*, V° « Concurrence déloyale », 2010 (actu. 2016), n° 43 et s.

SECTION 1
LA MISE EN ECHEC DES CLAUSES POSTCONTRACTUELLES

489.- Les clauses concurrencées par d'autres valeurs. Mettre en échec ce que l'autonomie de la volonté a fait, cela est possible, lorsque la norme contractuelle est source d'un conflit de valeurs. Une nécessaire hiérarchisation des intérêts va +parfois indiquer de neutraliser les obligations postcontractuelles, afin de défendre un meilleur équilibre postcontractuel. Cette hiérarchisation peut mettre en jeu des principes objectifs, tout autant que les intérêts subjectifs des acteurs juridiques. La pesée des enjeux peut être autant interne qu'externe au contrat. L'efficacité des clauses peut être mise en échec par le contexte économique ou juridique (*§1. L'efficacité des clauses mise en échec par le contexte économique ou juridique*) dans lequel s'est développée la relation *inter partes*. Elle peut également être mise en question par l'opposabilité de l'obligation *extra partes* (*§2. L'efficacité des clauses mise en question par leur opposabilité extra partes*).

§1) L'efficacité des clauses mise en échec par le contexte économique ou juridique

490.- Le contournement de la clause. Les causes d'inefficacité des clauses, lorsqu'elles sont liées au contexte économique ou juridique dans lequel naît la relation contractuelle, sont intimement liées à un besoin de pragmatisme et d'équilibre. En effet, l'après-contrat ne peut que supporter des contraintes justifiées par des impératifs encadrés tant par la loi que par le juge, c'est ce qui vaut d'ailleurs aux clauses postcontractuelles de connaître un régime qui leur est propre et dont la validité est le plus souvent strictement conditionnée. Mais, lorsque les circonstances l'exigent, une clause pourra être mise en échec alors qu'elle n'est pas nécessairement nulle. L'efficacité de la clause peut en effet être contournée par l'objet de l'action ou de l'acte (*A. L'efficacité de la clause contournée par l'objet de l'action ou de l'acte*).

Plus sévèrement, c'est le recours même à la clause qui peut être spécifiquement prohibé, toujours compte tenu du contexte dans lequel le recours à la stipulation est organisé. C'est alors la pratique des clauses postcontractuelles qui est remise en cause. La prohibition de la clause est dictée par les nécessités tenant aux caractéristiques de la vie économique ou sociale dans laquelle s'inscrit la relation contractuelle. L'efficacité de la clause sera ainsi endiguée en considération de l'activité développée par le contrat (*B. L'efficacité de la clause endiguée par l'activité développée par le contrat*).

A - L'EFFICACITÉ DE LA CLAUSE CONTOURNÉE PAR L'OBJET DE L'ACTION OU DE L'ACTE

491.- L'intégration de la clause dans l'ordre juridique. L'insertion d'une clauses postcontractuelle dans un contrat est également l'insertion d'une norme dans l'ordre juridique. Mais il existe dans ce même ordre juridique d'autres normes capables de faire écran aux effets de la clause, de manière à préserver la cohérence de l'ensemble mais aussi à concilier des intérêts antagonistes ou concurrents. C'est ainsi que l'efficacité d'une clause postcontractuelle pourra être contournée par *l'objet de l'action susceptible d'entrer dans le champ de la stipulation (a)*, ou par celui du *contrat lui-même (b)*.

a) L'objet de l'action

492.- La clause processuelle à l'épreuve des procédures collectives. Au cours d'une liquidation judiciaire, le liquidateur peut chercher à attaquer un acte contenant une clause compromissaire. La question se pose alors de l'efficacité de la clause. Le liquidateur peut-il agir devant le juge de la faillite, ou est-il tenu par la clause d'arbitrage ? Le juge ordinaire pourrait-il passer outre le principe compétence-compétence en relevant l'inapplicabilité manifeste de la clause ? Il faut, pour répondre à ces questions, bien identifier les raisons avancées par le liquidateur pour échapper à la stipulation processuelle. En effet, la clause ne pourra voir son applicabilité écartée au simple motif que le liquidateur judiciaire est dans l'impossibilité de faire face au coût de la procédure d'arbitrage²³⁵⁴. En revanche, lorsque le liquidateur demande la nullité d'un acte, par exemple sur le fondement des dispositions de l'article L. 632-1, I, 2°, du Code de commerce²³⁵⁵, il ne se substitue pas au débiteur dessaisi pour agir en son nom mais exerce une action au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers de sorte que la clause compromissaire stipulée dans l'acte litigieux est manifestement inapplicable au litige²³⁵⁶. On peut ici comprendre qu'en revanche, si l'action avait été ouverte au débiteur dessaisi

²³⁵⁴ Civ. 1^{re}, 13 juill. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-19.389 : « *l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne pouvait être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de la société ATE de faire face au coût de la procédure d'arbitrage* ».

²³⁵⁵ Est nul, lorsqu'il est intervenu depuis la date de cessation des paiements tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie.

²³⁵⁶ Com. 17 nov. 2015, *Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, pourvoi n° 14-16012, à paraître, D. 2015. 2439, obs. LOQUIN E., RTD com. 2016. 696, LIENHARD A. ; *ibid* 2016. 334, obs. A. Martin-Serf ; AJCA 2016. 43, obs. FONTMICHEL (de) M. ; Rev. sociétés 2016. 198, obs. ROUSSEL GALLE P. ; Cah. arb. 2016. 49, note BARBIER H. En l'espèce, l'action avait été conduite alors que les parties avaient résilié ensemble le contrat litigieux sans prévoir d'indemnités au profit du franchisé. Rappr. Com., 14 janv. 2004, pourvoi n° 02-15541, *Stés Prodim et Logidis c/ M. X, liquidateur de la société Evolys* : « L'action en responsabilité contre un franchiseur pour soutien abusif de son franchisé est de la compétence du juge de la procédure collective, quand elle est intentée dans l'intérêt des créanciers, par le liquidateur qui n'était pas partie au contrat de franchise, contenant la clause compromissaire », obs. BEHAR-TOUCHAIS M., RDC 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1008.

indépendamment des règles de la procédure collective, et que le liquidateur avait agi au nom du débiteur, la clause compromissaire aurait trouvé à s'appliquer. Tel aurait été le cas si la nullité avait été invoquée sur le fondement d'un vice du consentement par exemple.

493.- Le critère de l'intérêt de l'action. L'importance de la représentation et de l'intérêt de l'action est ici fondamentale : ils agissent directement sur l'applicabilité de la clause qui dépend alors de la nature et de l'objet du litige. L'intérêt à agir contribue nettement à l'appréciation de l'action mais seulement en ce qu'il est révélé par le fondement de l'action. En effet, toute action du liquidateur est dans l'intérêt des créanciers *in fine*. Mais le recours à l'article L. 632-1, I, 2°, du Code de commerce démontre que le contrat attaqué est directement concerné par le champ de la protection légale des créanciers, contrairement à un autre texte prévu par essence pour protéger l'intérêt du contractant (par exemple, un vice du consentement).

494.- La clause compromissaire à l'épreuve d'une prérogative ministérielle. Cette détermination de l'applicabilité de la clause par rapport à la nature de l'action est également illustrée au travers de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce qui offre au Ministre chargé de l'économie le droit de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles. Or, lorsqu'une telle action est menée par le Ministre, la partie agit dans « *une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence* »²³⁵⁷. C'est ce qui lui confère un caractère « *autonome* » par rapport au domaine de la clause processuelle et la soumet à la compétence exclusive des tribunaux étatiques. En effet, le Ministre n'agissant pas en tant que contractant et sur un fondement qui n'est pas contractuel, la clause ne peut trouver à s'appliquer.

495.- Intérêt de l'action et qualité à agir. Dans les deux cas, on constate néanmoins que la nature et l'objet de l'action sont intimement liés avec le détenteur de l'action, si bien que finalement, c'est autant l'intérêt de l'action que la qualité à agir qui éclairent le juge dans son appréciation. Ainsi, si l'action est spécifiquement réservée, au liquidateur judiciaire ou au Ministre dans les exemples cités, sa nature et son objet indiquent une certaine autonomie par rapport à la clause processuelle. L'exclusion de l'action du domaine de la clause résulte de différents éléments tenant effectivement au fondement de la

²³⁵⁷ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, pourvoi n° 15-21.811, à paraître : « *qu'après avoir rappelé que l'article L. 442-6, III, du code de commerce réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution* ».

demande, mais son intérêt est, au moins en partie, déduit de la qualité à agir. En l'occurrence, on voit que l'inapplicabilité de la clause tient à son inopposabilité au détenteur de l'action qui n'est pas partie au contrat, ce qui donne à l'action une extranéité par rapport au contrat contenant la clause d'arbitrage.

Du reste, c'est l'effet négatif du principe compétence-compétence qui permet au juge étatique d'écarter la clause compromissoire lorsque cette dernière est manifestement nulle ou inapplicable, sans recourir à l'appréciation de l'arbitre sur sa propre compétence. L'inapplicabilité manifeste de la clause doit être relevée sans examen approfondi du contexte de l'opération et de l'intention des parties²³⁵⁸. La Cour de cassation l'a déjà rappelé en imposant que l'appréciation du juge se fasse *prima facie*, sur le fondement du premier alinéa de l'article 1448 du Code de procédure civile²³⁵⁹.

496.- La clause occultée au profit du droit d'agir. Un autre cas encore est celui de la clause attributive de compétence est neutralisée devant le juge des référés, en raison de l'urgence qui justifie la procédure²³⁶⁰, bien que le droit européen remette pour sa part en cause ce principe pourtant pragmatique²³⁶¹. Le pragmatisme dicte effectivement de préserver le sens de la procédure d'urgence, en permettant au demandeur d'agir avec facilité et au juge de statuer au plus proche du lieu du litige afin de prendre les mesures les plus adaptées à la situation. C'est finalement l'utilité du référé qui en dépend et l'effectivité du recours. La clause pénale peut également voir son efficacité entravée afin de préserver le droit d'agir lui-même. Tel est l'exemple donné par la prohibition des clauses pénales en matière de libéralités. En effet, l'article 900-8 du Code civil dispose que toute clause par laquelle le disposant prive de la libéralité celui qui mettrait en cause la validité d'une clause d'inaliénabilité ou demanderait

²³⁵⁸ Cependant, tout en renvoyant les parties à se pourvoir devant l'arbitre, en application du principe compétence-compétence, la Cour de cassation a pu énoncer que « *l'appréciation de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage à un litige né des conditions dans lesquelles il a été mis fin aux relations contractuelles nécessite une interprétation de la convention et une recherche de la commune intention des parties* », in Civ. 1^{re}, 24 févr. 2016, pourvoi n° 14-26.964, JCP E 2016, 1155 ; Dalloz actu. 15 mars 2016. Les conditions dans lesquelles s'est déroulée la rupture semble ainsi exclure le caractère manifeste d'une éventuelle inapplicabilité. Rapp. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, Bull. civ. I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, Dalloz actu. 20 juill. 2010, obs. DELPECH X. ; D. 2010. 2884, note AUDIT O. et CUPERLIER O. ; *ibid* 2540, obs. CDC Yves Serra ; *ibid* 2933, obs. CLAY Th. ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note BUREAU D. et MUIR WATT D. ; RTD com. 2011. 667, obs. DELEBECQUE Ph. ; *ibid* 2012. 525, obs. LOQUIN E. ; Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-25.080, Dalloz actu. 6 nov. 2015, obs. DELPECH X. ; D. 2015. 2537, note DISSAUX N. ; *ibid* 2526, obs. CDC Yves Serra ; *ibid* 2588, obs. CLAY Th. ; AJCA 2015. 520, obs. RUY B. Comp. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, Bull. civ. I, n° 211, pourvoi n° 11-18.709, Dalloz actu. 18 nov. 2013, obs. DELPECH X. ; D. 2014. 2541, obs. CLAY Th. ; RTD civ. 2014. 113, BARBIER H. ; JCP 2013. 2408, obs. SERAGLINI C. ; Procédures 2014, n° 10, note WEILLER L. ; LICARI F.-X., « La rupture d'une relation commerciale établie relève de la matière contractuelle », Rev. crit. DIP 2016. 703. Cf. ég. *supra* n° 397, 399, 492.

²³⁵⁹ « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », in Civ. 1^{re}, 21 sept. 2016, pourvoi n° 15-28.941, à paraître.

²³⁶⁰ Toulouse, 3 juin 1986, D. 1987. Somm. 233, obs. JULIEN P. ; Rouen, 2 avr. 1992, JCP 1993. IV. 810 ; Lyon, 14 févr. 1997, JurisData n° 041626 ; Civ. 2^e, 17 juin 1998, pourvoi n° 95-10.56, Bull. civ. II, n° 200. Rapp. Douai, 25 févr. 1999, Gaz. Pal. 12-14 déc. 1999, p. 39, note HEERAMAN et Civ. 2^e, 17 juin 1998, pourvoi n° 95-10.563, Bull. civ. II, n° 200.

²³⁶¹ Civ. 1^{re}, 5 mars 2008, no 06-20.338, Bull. civ. I, n° 60, D. 2008. 1729, note KENFACK H. *Adde* art. 23 du règl. N° 44/2001/CE du 22 déc. 2000.

l'autorisation d'aliéner est réputée non écrite. Mais, au-delà du droit d'action, c'est au vu de l'objet même du contrat que des stipulations à effet postcontractuel peuvent être mises en échec.

Les clauses processuelles ne sont pas les seules à voir leur efficacité contournée par des dispositifs mobilisés par le contexte dans lequel la clause doit être mise en œuvre. Les clauses substantielles également font l'objet d'un contrôle répondant à certains particularismes : l'efficacité de la clause peut alors être endiguée par l'activité développée par le contrat.

b) L'objet du contrat

497.- La clause mise en échec par l'essence du contrat. Lorsqu'elle a pour effet de contredire l'objet de l'acte qui la contient, la clause à effet postcontractuelle est mise en échec. En témoigne la prohibition des clauses qui auraient pour effet de bloquer l'irrévocabilité spéciale des donations. En effet, les clauses étendant une donation-partage à des biens futurs (si la naissance du droit portant sur ces derniers est potestative²³⁶²) ou des dettes futures, sont frappées de nullité, en vertu des articles 894²³⁶³ et 943²³⁶⁴ du Code civil. En l'occurrence, la loi a pour objectif d'empêcher le donateur de tirer « *de la clause un droit de repentir si, la donation une fois consentie, il lui était loisible de faire varier l'étendue des dettes au paiement desquelles le donataire s'est engagé* »²³⁶⁵, ce qui reviendrait à « *moyen de reprendre indirectement ce qu'il a donné* »²³⁶⁶. La nullité est encourue, indifféremment du fait que le donateur ait effectivement ou non contracté les dettes en question. Cependant, la prohibition ne fait pas obstacle à ce que le donataire devienne débiteur du paiement de dettes antérieures à la donation²³⁶⁷. Mais sont également prohibées les stipulations réservant au donateur le droit de disposer du bien après la donation, l'article 944 disposant que c'est la donation qui est alors sanctionnée de nullité totale, en raison du caractère potestatif que donne la disposition à l'exécution. Si le donateur peut se réserver l'usufruit du bien donné²³⁶⁸, il ne peut en revanche se réserver la faculté de l'aliéner sans exposer l'acte à une nullité totale et absolue. Une telle faculté reviendrait à s'octroyer un droit de révocation

²³⁶² Cf. GRIMALDI C., préc., n° 69 et s.

²³⁶³ [...] acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée...

²³⁶⁴ La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

²³⁶⁵ GRIMALDI C., J-cl. Civil, Fasc. Art. 943 à 948, n° 54.

²³⁶⁶ GRIMALDI C., *Idem*.

²³⁶⁷ Civ., 13 nov. 1854 et Cass. req., 17 juin 1913.

²³⁶⁸ Art. 949 du C. civ.

incompatible avec la nature de la donation qui doit être irrévocable : « *le contrat, symbole et expression de la liberté, est précisément la négation de la liberté d'effacer ce qui a été promis ; il engage* »²³⁶⁹.

498.- Un encadrement strict de la libéralité. Ce qui peut choquer *a priori*, c'est que la sanction de la potestativité profite au bénéficiaire de la clause prohibée, celui-là même qui a consenti à donner sans véritablement donner. Il aurait été possible d'imaginer simplement une nullité partielle, neutralisant la clause prohibée tout en permettant l'efficacité de la donation. Mais compte tenu du caractère absolu de la nullité, et de l'esprit libéral qui doit animer l'acte, ce dernier doit être bloqué du fait que l'intention est rendue ambiguë par le recours à la stipulation. En l'occurrence, l'inefficacité de la clause emporte donc l'inefficacité de l'acte de manière extrême. Ainsi, si le donateur a disposé du bien, les effets de cette disposition sont efficaces²³⁷⁰, si bien qu'une donation postérieure (exempte cette fois-ci de clause prohibée) produirait valablement ses effets, de telle sorte que *donation sur donation vaut* ! Et même si le donateur ne dispose pas du bien, le décès de celui-ci causera une dévolution successorale par laquelle le bien sera transmis aux héritiers²³⁷¹.

499.- Les difficultés liées au temps intermédiaire. Que se passe-t-il alors quand le donataire a aliéné le bien nonobstant la présence de la clause prohibée ? Les effets de la nullité le contraignent à restituer le bien, mais la restitution en nature peut s'avérer problématique, d'autant que si le bien est rappelé en raison du décès du donateur, la période intermédiaire entre l'acte de donation et la succession peut être longue. L'aliénation du bien entre-temps présente la difficulté du droit des tiers-contractants. Si ces derniers ont été de bonne foi au moment de l'aliénation, la restitution du bien devra se faire par équivalent²³⁷². En revanche, si ces derniers ont été de mauvaise foi, ils devraient se voir opposer la restitution en nature. Si le bien a fait l'objet d'une succession de transferts de propriété, c'est logiquement la bonne foi du dernier tiers-contractant qui seule vaut pour déterminer les modalités de la restitution.

L'objet du contrat permet donc d'écarter les effets d'une clause postcontractuelle qui viendrait contredire, voire ruiner, le sens de l'opération. Mais c'est parfois, de manière encore plus générale,

²³⁶⁹ ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, p. 33.

²³⁷⁰ Civ., 6 juill. 1863, DP 1863, 1, p. 28 : le legs produit ses effets lorsqu'il succède à une donation viciée par la clause prohibée.

²³⁷¹ Art. 946 C. civ.

²³⁷² Rappr. (sur les tiers et les conséquences de l'anéantissement rétroactif du contrat), *supra* n° 169 et s.

l'activité portée et développée par le contrat qui jouera comme critère d'appréciation de l'efficacité de la clause.

B- L'EFFICACITÉ DE LA CLAUSE ENDIGUÉE PAR L'ACTIVITÉ DÉVELOPPÉE PAR LE CONTRAT

500.- **Le besoin transversal de contrôle de l'impact de la clause.** Le recours à certaines stipulations peut être endigué par les nécessités liées au développement de l'activité portée par le contrat. Il peut être relativement limité, lorsqu'il offre un droit d'option à une partie, comme en droit social²³⁷³ ou en droit de la consommation²³⁷⁴. Mais il peut également être totalement évincé de manière à respecter la liberté indispensable à la pratique d'une activité professionnelle. L'article L. 145-15 du Code de commerce²³⁷⁵ prévoit effectivement la nullité des clauses insérées dans un bail commercial dont l'effet serait de faire échec au droit au renouvellement. Cette sanction défend le « *noyau dur du statut des baux commerciaux* »²³⁷⁶. Le droit au renouvellement est effectivement un point névralgique de l'activité commerciale et la protection défendue par l'article L. 415-15 peut s'avérer précieuse pour le locataire. C'est ainsi que la jurisprudence a pu réputer non écrite la clause de nivellement contenue dans un bail²³⁷⁷. Il en est de même pour la clause de non-concurrence qui ferait obstacle au preneur de procéder à une déspecialisation partielle de son activité afin d'étendre l'objet du fonds de commerce²³⁷⁸ ; alors que par ailleurs la cessation d'activité de l'ancien employeur, postérieurement à la rupture du contrat, ne rend pas la clause caduque²³⁷⁹.

²³⁷³ Cf *infra* n° 517 et s. (sur la renonciation).

²³⁷⁴ Cf. *supra* n° 392.

²³⁷⁵ Sont « *réputés non écrits* », 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.

²³⁷⁶ PLANCKEEL F., « Les atteinte au droit du renouvellement du bail commercial », AJDI 2009. 769.

²³⁷⁷ Com. 29 nov. 1961, *Bull. Civ.*, n° 447: « *après avoir rappelé la destination commerciale des lieux loués, la cour, ayant admis, par une interprétation souveraine de la convention des parties, que l'autorisation donnée à y... D'effectuer des constructions sur le terrain loué et de sous-louer celles-ci à des tiers comporterait une autorisation de sous-louer le sol, a pu, sans violer les textes visés au moyen, décider que la clause de nivellement insérée au bail principal était nulle comme étant destinée à faire échec au droit de renouvellement du preneur* » ; Civ. 3^{ème}, 17 janv. 1969, *Bull. civ.* n° 52. V. ég. PLANCKEEL F., préc.

²³⁷⁸ ROUQUET Y., « Déspecialisation partielle : portée d'une clause de non-concurrence », D. 2012. 551, obs. sous Civ. 3^e, 15 févr. 2012, *Bull. civ.* III, n° 29, pourvoi n° 11-17.213.

²³⁷⁹ « *Attendu, cependant, que la clause de non-concurrence prenant effet à compter de la rupture du contrat de travail, la cessation d'activité ultérieure de l'employeur n'a pas pour effet de décharger le salarié de son obligation de non-concurrence [...]* », in Soc. 21 janvier 2015, *Bull. civ.* V, n° 2, pourvoi n° 13-26.374 ; BENTO DE CARVALHO L., *Rev. trav.* 2015. 181. Rapp. Soc. 11 juin 2003, inédit, pourvoi n° 01-43.092 ; Soc. 5 avr. 2005, *Bull. civ.* V, n° 118, pourvoi n° 02-45.540, D. 2005. 1177 ; Dr. soc. 2005. 926, obs. RADE C.

Dans ce dernier exemple, c'est au visa de l'article 1103 (nouveau) du Code civil que la Cour de cassation semble vouloir ignorer « *l'impact d'un changement de circonstances sur la force obligatoire de la clause de non-concurrence* »²³⁸⁰. Elle alimente ainsi un courant jurisprudentiel « *d'aversion pour la caducité de la clause de non-concurrence* »²³⁸¹, selon lequel les circonstances ultérieures (telles que le départ à la retraite du débiteur²³⁸², ou son incapacité à l'emploi²³⁸³), susceptibles pourtant de remettre profondément en cause l'intérêt de la clause, ne permettent pas pour autant d'en neutraliser l'efficacité²³⁸⁴. Le caractère relatif de la nullité encourue par la clause, l'absence d'atteinte au versement de la contrepartie financière, ainsi qu'une certaine symétrie avec l'obligation pour l'ancien employeur d'indemniser un salarié ayant exécuté une clause nulle²³⁸⁵, contribuent néanmoins à expliquer le choix jurisprudentiel - qui, semble-t-il, est fortement orienté vers la recherche d'une cohérence globale, voire automatisée, du régime de la restriction, quitte à laisser un peu en marge un enjeu plus utilitariste.

501.- Le besoin transversal de contrôle de l'impact de la clause (suite). Directement liée à la validité de la clause, c'est encore la façon dont la clause est stipulée qui la mettra en échec. Le caractère peu apparent de la clause peut ainsi la rendre inopposable : une clause d'*electio fori* figurant en bas de facture, sans que la partie qui l'oppose ne démontre que l'autre en a eu préalablement connaissance ni l'acceptation de la stipulation, peut être écartée par la juridiction. En l'occurrence, dans un litige à la rupture brutale de relations commerciales, il a été retenu qu'une telle clause ne constituait pas une convention attributive de juridiction au sens de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*²³⁸⁶.

Plusieurs exemples permettent donc d'illustrer spécifiquement le besoin de contrôler l'impact de la clause. Cette dernière va faire notamment l'objet d'une surveillance quand elle est un vecteur d'équilibre ou de déséquilibre dans une situation contractuelle complexe. C'est la question posée par ***l'inefficacité d'une clause généralisée (a)***. Cependant, la clause à effet postcontractuel peut aussi se voir imposer une prohibition radicale tenant à l'activité spécifiquement développée par le contrat. Tel est le

²³⁸⁰ CARVALHO L., « Pas de caducité pour la clause de non-concurrence », Rev. trav. 2015. 181, obs. sous Soc. 21 janvier 2015, préc.

²³⁸¹ *Idem*.

²³⁸² Soc. 30 avr. 2003, inédit, pourvoi n° 01-41.874.

²³⁸³ Soc. 10 oct. 2001, inédit, pourvoi n° 99-42.404, Dr. soc. 2002. 219, obs. GAURIAU B.

²³⁸⁴ Le décès de l'ancien employeur, quant à lui, peut provoquer la caducité : Soc. 29 oct. 2008, Bull. civ. V, n° 207, pourvoi n° 07-43.093, D. 2008. 2947 ; *ibid.* 2009. 1441, obs. CDC Yves-Serra ; Dr. soc. 2009. 367, obs. MOULY J.

²³⁸⁵ Soc. 19 oct. 2005, inédit, pourvoi n° 04-40.803 ; Soc. 17 nov. 2010, Bull. civ. V, n° 263, pourvoi n° 09-42.389, AJ 2845, obs. PERRIN : pas de restitution de la contrepartie (analysée comme un complément de salaire) versée en exécution d'une clause nulle.

²³⁸⁶ Com. 24 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-14924, RTD civ. 2016. 98, obs. BARBIER H.

cas des *sanctions dictées par l'article L. 442-6 du Code de commerce (b)*, ou dans l'encadrement de certaines professions fait effectivement obstacle à l'efficacité des clauses de non-concurrence postcontractuelles. Une illustration en est parfaitement donnée par *l'organisation de la profession d'avocat (c)*.

a) *L'inefficacité d'une clause généralisée*

502.- La clause facteur de déséquilibre. Lorsqu'elle est généralisée²³⁸⁷, la clause de non-concurrence produisant ses effets en cours de bail (persistant au travers des renouvellements et des éventuelles cessions), peut être écartée au profit d'autres locataires du même immeuble²³⁸⁸. Cette extinction contagieuse tire sa portée du fait que la clause litigieuse est une « *clause transversale* »²³⁸⁹ et que sa disparition dans un bail, même consenti ultérieurement aux autres baux déjà en cours, emporte la disparition de l'objet de la stipulation ayant été imposée collectivement par le bailleur à l'ensemble des preneurs. Elle permet en outre d'égaliser, sur ce point, la valeur des baux, puisque la définition du fonds autorisé dans les actes dispensés de la restriction de non-concurrence est élargi. Il est alors permis de croire que la disparition de la restriction permet de faciliter et d'avantager la cession éventuelle du bail, après l'intervention de l'annulation. Toutefois, les effets de l'annulation peuvent aussi bien poser difficulté lorsque l'acte dans lequel la clause était contenue a entretemps circulé. En effet, d'une part, l'annulation peut être à l'origine d'une valorisation du bail postérieurement à la cession, ce qui crée un

²³⁸⁷ Tel est le cas dans les centres commerciaux dont l'attractivité dépend de la diversité des activités qui y sont exploitées. L'utilité de la restriction peut donc s'avérer particulièrement importante puisqu'elle permet d'éviter un phénomène de concentration. V. SERRA Y., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence », D. 2016. 2484. Cf. ég. CJUE, 4e ch., 26 nov. 2015, aff. C-345/14, D. 2016. 292 (rel. art. 101, § 1, du TFUE), note GRIMALDI C. ; AJDI 2016. 273, obs. LE MORE P. ; JCP N 2016. 1308, obs. MONEGER J. : la seule circonstance qu'un bail commercial portant sur la location d'une grande surface située dans un centre commercial contient une clause octroyant au preneur le droit de s'opposer à la location par le bailleur, dans ce centre, d'espaces commerciaux à d'autres locataires n'implique pas que ce contrat a pour objet de restreindre la concurrence au sens de cette disposition.

²³⁸⁸ Civ. 3 mai 2007, pourvoi n° 06-11.591, D. 2007. 2068 : « *une telle clause devait demeurer commune à tous les preneurs et perdurer dans le temps* », si bien que les juges du fond ayant pu constater que la clause imposée par le bailleur initial à tous ses locataires avait disparu des baux consentis à un locataire du même immeuble, a pu en déduire qu'il y avait lieu à résolution de la clause de non-concurrence. En l'espèce, la clause litigieuse prévoyait que : « *Le preneur ne pourra également en aucun cas, exploiter des commerces actuellement exercés par les autres locataires de l'immeuble (adresse), le preneur déclarant parfaitement connaître les activités déjà exercées dans l'immeuble* ». La stipulation litigieuse était insérée dans tous les baux initiaux consentis par un bailleur aux preneurs du même immeuble destiné à l'exploitation de divers commerces. Mais de nouveaux baux formés ultérieurement ont été dépouillé de cette obligation, si bien que les locataires déjà sur place ont été concurrencé par les nouveaux arrivants - ces derniers étant libres de toute restriction concurrentielle. Cf. par ailleurs, ²³⁸⁹ ROCHFELD J., « L'obligation transversale ? », D. 2007. 2068, obs. sous Civ. 3 mai 2007, préc. : « *Ce que ce raisonnement concentre de remarquable, en effet, tient en la reconnaissance d'une obligation transversale, qui paraît trouver sa justification et son équilibre dans son existence et son exécution à l'égard d'une collectivité de personnes, tenues dans des liens contractuels divers* ».

effet d'aubaine pour le cessionnaire. D'autre part, l'annulation peut être à l'origine d'une valorisation du bail postérieurement à la cession, créant alors un effet lésionnaire pour le cessionnaire.

503.- La valorisation du bail postérieure à la cession. D'une part, lorsque le bail est cédé alors qu'il impose une obligation de non-concurrence, le cessionnaire hérite de cette restriction de l'activité. Cette limitation a nécessairement un impact sur la valeur du fonds qui peut être réduite du fait de la contrainte imposée. Le cessionnaire bénéficie alors postérieurement à la cession de la levée de la restriction, susceptible de valoriser le bail offrant davantage de liberté dans l'exploitation du fonds. Dès lors, quelle action reste ouverte au cédant ? En l'occurrence, la valorisation du fonds n'intervient que postérieurement à la cession, ce qui peut laisser penser que le cessionnaire doit pouvoir bénéficier des avantages nés ultérieurement à la transmission du bail, étant donné que le cédant transmet ici à son successeur les obligations et les droits attachés au bail. Néanmoins, le fait générateur de la valorisation du bail est antérieur à la cession²³⁹⁰. Il correspond au comportement du bailleur ayant consenti, au sein du même immeuble, des baux dépourvus de l'obligation de non-concurrence qui avait été pourtant généralisée aux preneurs initiaux. Le déséquilibre initial est donc dû au propriétaire des murs qui a provoqué une rupture d'égalité entre les exploitants. Le cessionnaire étant de bonne foi, il doit donc pouvoir profiter de l'allègement des obligations. Mais le cédant, pour sa part, devrait pouvoir agir *a posteriori* à l'encontre de son ancien bailleur, en raison de la perte de chance de céder le fonds à un meilleur prix, ainsi que du préjudice né du respect d'une clause de non-concurrence nulle. Le fondement d'une telle action peut d'emblée apparaître délictuel, en ce que le fait générateur du préjudice est extracontractuel : il réside dans les conditions consenties par le bailleur à des tiers. À ce titre, le comportement du bailleur entre directement dans le champ de la garantie d'éviction. Or, est-il possible pour un ancien locataire d'exiger postcontractuellement la réparation du préjudice résultant de la garantie d'éviction. En l'espèce, tant le fait générateur que le préjudice sont établis antérieurement à la cession, si bien que l'ancien locataire a été victime antérieurement à la cession - laquelle ne peut pas emporter transmission de l'intérêt à agir au cessionnaire.

De plus, les obligations de garantie trouvent leur fonction naturelle dans la couverture du dommage qui, bien qu'antérieur à l'extinction du contrat, n'apparaît que postérieurement. C'est ainsi que l'obligation à la charge du bailleur de garantir l'éviction de son preneur doit pouvoir être actionnée après l'extinction de la relation *inter partes*, pourvu que le fait générateur et le dommage aient préexisté à l'extinction, bien que les circonstances ne changent que postérieurement à l'acte de transmission.

²³⁹⁰ La garantie d'éviction peut porter sur un trouble trouvant son origine dans des faits antérieurs à la vente : Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1980, Bull. civ. III, n° 131, pourvoi n° 79-11.366 ; Civ. 3^e, 6 juin 2012, inédit, pourvoi n° 11-14.032.

504.- La dévalorisation du bail postérieure à la cession. D'autre part, la disparition de la stipulation peut également porter préjudice au cessionnaire lorsque la clause de non-concurrence généralisée avait pour effet de faire bénéficier à un preneur d'une exclusivité *de facto* dans l'exploitation de son activité. Alors que le fait générateur est antérieur à la transmission du bail, c'est le nouveau preneur qui sera victime de la levée de la restriction. Le préjudice peut tenir au fait que la levée généralisée de la clause de non-concurrence dans le centre d'activités casse l'exclusivité dont bénéficie, par la force de la généralisation de la clause de non-concurrence, le cessionnaire. En effet, cette exclusivité (de fait) de l'activité développée par le bail cédé était garantie par la restriction transversale, influençant nécessairement la valeur du fonds au moment de la cession, et peut être compromise par la disparition de la restriction imposée aux autres exploitants. Dans ce cas, le nouveau preneur est-il fondé à se prévaloir de la garantie d'éviction due par son bailleur, alors que le fait générateur est antérieur à la prise du bail ? Il conviendra de s'intéresser, *in concreto*, à la situation de concurrence qui naîtrait effectivement suite à l'exploitation nouvelle d'une activité, identique à la sienne, par un autre locataire. L'agrément du bailleur dans le développement de la situation de concurrence peut sembler légitime étant donné que la levée de la restriction résulte de l'ordre du juge. Pourtant, en présence d'une clause expresse, la jurisprudence permet au preneur de faire valoir un droit d'opposition au bailleur qui consentirait un bail pour une activité concurrente dans le même immeuble²³⁹¹. Il peut également opposer la clause d'exclusivité contenue dans son propre bail à un preneur concurrent²³⁹². Mais, en l'espèce, l'exclusivité n'était que le résultat factuel d'une ancienne génération d'obligation et la clause d'opposition n'est pas présente. Reste encore une fois la garantie d'éviction et l'obligation d'assurer la jouissance paisible, ce qui permettrait au nouveau preneur de s'opposer à ce que son bailleur donne agrément à un locataire voisin pour l'exploitation d'une activité directement nuisible.

b) Les sanctions de l'article L. 442-6 du Code de commerce

505.- Prohibition en droit de la distribution. L'article L. 442-6 du Code de commerce sanctionne de nullité 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, une obligation de non-concurrence postcontractuelle. Cette dernière

²³⁹¹ CJUE, 4^e ch., 26 nov. 2015, aff. C-345/14, D. 2016. 292, préc.

²³⁹² Civ. 3^e, 4 mai 2006, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 04-10.051, D. 2006.1454, obs. ROUQUET Y. ; RTD civ. 2006. 554, obs. FAGES B. et MESTRE J.

peut effectivement être constitutive d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, dès qu'elle n'est pas réciproque, ou qu'elle est dépourvue de contrepartie, ou encore qu'elle apparaît dépourvue de justification objective et qu'elle n'est pas compensée par d'autres avantages. Ici, le besoin de régulation propre à un secteur tout entier a poussé le législateur à intervenir. Il ne s'agit plus d'une simple ineffectivité, mais d'un défaut de validité.

À ce titre, la Commission d'examen des pratiques commerciales²³⁹³ s'est intéressée à une clause de non-concurrence postcontractuelle contenue dans un contrat de référencement et de réservation hôteliers, spécialisé dans l'hébergement social.

En l'espèce, la stipulation prévoyait que l'hôtelier s'interdisait de collaborer avec les partenaires de la société réservataire, en l'espèce des organismes sociaux, dès lors que ces derniers auraient effectué par l'intermédiaire du contractant-référenceur des réservations durant la relation contractuelle. Il s'interdisait également de collaborer avec toute personne intervenant pour le compte des organismes, indifféremment du fait que ces derniers aient ou non antérieurement procédé à des réservations. Outre la disproportion de la clause avec l'intérêt protégé, la Commission rappelle que la restriction encourt la nullité quand elle empêche le débiteur d'exercer normalement son activité, de même qu'elle peut contrevenir à l'interdiction des ententes. Les deux critères d'analyse pertinents retenus par la commission résident dans l'exclusion de toute relation avec tout concurrent, et le caractère postcontractuel de la restriction.

506.- Les effets disproportionnés de la restriction. En effet, l'avis de la commission relève que l'hôtelier, de la catégorie 0 ou 1 étoile, a pour seuls clients les organismes sociaux, du fait que son activité réside à titre principal dans l'hébergement social. La clause postcontractuelle a ainsi pour effet de priver le débiteur de la poursuite de son activité après la cessation de la relation, signant donc nécessairement un grave déclin d'une activité vitale à la suite de la fin de du contrat de référencement, sans que le créancier ne démontre pour autant l'intérêt légitime protégé. C'est pourquoi le « *volet postcontractuel* » traduit la disproportion de la stipulation dans son étendue. L'absence de réciprocité et de contrepartie finit de creuser le déséquilibre entre les parties.

Ici, c'est le déséquilibre instauré par la clause qui profite au débiteur, et la nullité de la stipulation, dépendent de l'interprétation du juge, *in concreto*, à la lumière de la relation contractuelle et selon

²³⁹³ CEPC, avis n° 16-09 du 12 mai 2016.

l'opportunité de l'application des dispositions légales aussi bien de droit commun²³⁹⁴ que des textes spéciaux²³⁹⁵.

Si la prohibition est clairement exprimée par la loi, la mise en application dépend de l'appréciation du juge. Mais la clause de non-concurrence postcontractuelle peut, en certaines circonstances, être déjouée radicalement, indifféremment de l'interprétation jurisprudentielle. Tel est le cas en présence d'un texte visant précisément l'activité concernée, compte tenu de la spécificité propre à cette activité dans laquelle le contrat prend forme, et qui permet la nullité de plein droit de la restriction, peu importe les conditions. La stipulation devient alors purement et simplement prohibée dès lors qu'elle s'inscrit dans la pratique d'une profession ciblée. On pense en l'occurrence aux dispositions organisant la profession d'avocat.

c) L'encadrement de la profession d'avocat

507.- L'identité libérale de la profession. L'article 7 de la *loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques* écarte la possibilité de recourir à la clause de non-concurrence postcontractuelle : « *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* ». Cette limitation de la liberté des parties de convenir d'une restriction postcontractuelle se justifie tant par l'âme profondément libérale de la profession d'avocat (le contrôle des conventions est d'ailleurs effectué par le Conseil de l'Ordre²³⁹⁶) et par le principe d'égalité entre avocats²³⁹⁷ que par le passage incontournable des praticiens, débutants en tant que collaborateurs ou salariés, au service de cabinets déjà établis²³⁹⁸. Or, on peut relever qu'« *une des conséquences néfastes de l'engagement de non-concurrence postcontractuel réside en effet dans l'accentuation des liens de dépendance entre le stipulant et l'obligé* »²³⁹⁹. Ainsi, alors que le principe de liberté du travail²⁴⁰⁰ et du commerce peut être, de

²³⁹⁴ Dans l'avis cité, la validité était critiquée au regard du droit commun sur le fondement de l'article 1131 (ancien) du Code civil.

²³⁹⁵ Sont ainsi visés l'article L. 4462-6 du Code de commerce mais également, au regard des pratiques restrictives de la concurrence : les art. L. 420-1 et s. du Code de commerce, et l'art. 2 Règlement UE n° 330/2010.

²³⁹⁶ Art. 133 et 139 du *décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la nouvelle profession d'avocat*.

²³⁹⁷ Art. 137 du *décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la nouvelle profession d'avocat*.

²³⁹⁸ SERRA Y., « La prohibition des clauses de non-concurrence dans la nouvelle profession d'avocat » D. 1992. 60 : « *l'accès au titre suppose la nécessité d'accomplir un stage chez un futur confrère et dans lesquelles le contrat de collaboration est souvent un passage obligé* ». Cf. ég. du même auteur, « Le contrat de travail d'un avocat salarié ne doit pas comporter de clause de non-concurrence portant atteinte à sa liberté d'établissement ultérieur », D. 1992. 522.

²³⁹⁹ PICOD Y., AUGUET Y. et GOMY M., V° « Obligation de non-concurrence », *Rép. dr. Com. Dalloz*, n° 135.

²⁴⁰⁰ Sur le principe de liberté de la concurrence, cf. not. MALAURIE-VIGNAL M., *Droit interne et communautaire de la concurrence*, 6^e éd., Sirey Université, 2014, n° 202 ; LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey Université, 2007, n° 536 ; VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006-2007, n° 2 ; AUGUET Y., *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2002, p. 30 ; SERRA Y., *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 11 et s. ; AZÉMAJ., *Le droit français de la concurrence*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 1989, n° 84.

façon générale, atteint par des restrictions postcontractuelles²⁴⁰¹, la liberté professionnelle des avocats salariés ou collaborateurs bénéficie d'une immunité. Elle affirme un caractère absolu et sacré : l'après-contrat doit rendre une pleine et parfaite liberté à l'avocat salarié ou collaborateur²⁴⁰². On peut aisément comprendre cette spécificité imposée par la nature de la profession d'avocat, laquelle serait rapidement sclérosée en présence de clauses restrictives postcontractuelles, débouchant sur l'organisation d'une captation monopolistique de la clientèle par les praticiens déjà établis, transformant les cabinets en offices appartenant à une sorte de *numerus clausus* reposant sur le recours aux clauses de non-concurrence.

L'endigement de la restriction est donc rendu nécessaire par les conditions dans lesquelles l'après-contrat est appelé à s'ouvrir, indépendamment de la finalité intrinsèque de la stipulation. Si les effets de la clause postcontractuelle sont incompatibles avec le besoin accru de liberté, leur efficacité est nécessairement mise en échec. Une libéralisation de l'après-contrat est alors dictée par l'activité dont le sort dépend de la force libératoire de l'extinction de la relation. Cette force doit être garantie afin de respecter le climat contractuel et la poursuite naturelle par les contractants de leurs intérêts respectifs. Ici, dans la pesée des intérêts postcontractuels, l'efficacité de la clause pressurant l'après-contrat est télescopée par le caractère devenu impératif de la liberté postcontractuelle.

Le besoin d'un juste équilibre ne se pose toutefois pas qu'entre les parties, il peut également se manifester à l'extérieur du contrat. L'efficacité des clauses postcontractuelles met alors est mise en question au travers de leur opposabilité.

§2) L'efficacité des clauses mise en question par leur opposabilité extra partes

508.- Efficacité à l'égard des tiers. L'insertion d'une clause ayant vocation à persister en-dehors de la relation qui a uni les parties initiales au contrat pose le problème de son opposabilité aux tiers. En effet, l'efficacité de la stipulation peut s'avérer problématique lorsque la relation contractuelle entre les parties cesse tout en permettant une transmission des obligations à des tiers-contractants. L'efficacité est ici mise en question par l'opposabilité de la clause processuelle dans une chaîne de contrats (**A. L'opposabilité de la clause processuelle dans une chaîne de contrats**).

509.- Efficacité en présence de plusieurs clauses. Mais des difficultés peuvent naître par ailleurs, en présence d'actes successifs propres à former un ensemble contractuel – situation courante en droit

²⁴⁰¹ Cf. *infra* 402 et s.

²⁴⁰² La liberté est toutefois encadrée par certaines limites, tenant notamment à un devoir de loyauté (cf. *infra*).

commercial - dans lequel des clauses processuelles finissent par se contredire. La complexité de la situation est facilement accentuée par les changements de contractants du fait des liquidations ou cessions de société intervenant au cours des relations d'affaires. C'est pourquoi lorsque le litige naît postérieurement à la rupture des liens entre les partenaires et porte sur des inexécutions étalées dans le temps, il est permis d'hésiter sur l'efficacité des clauses de règlements des différends divergentes. L'efficacité de ces clauses est alors mise en question par l'opposabilité des clauses au sein du même groupe de contrats (**B. L'opposabilité de la clause processuelle au sein d'un ensemble contractuel**).

A- L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE PROCESSUELLE DANS UNE CHAÎNE DE CONTRATS

510.- Situation du tiers-contractant. La licéité des clauses attributives de juridiction est admise dans le droit international privé français²⁴⁰³, sauf application des règles de compétences impératives²⁴⁰⁴. Pour autant, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, faut-il imposer la clause processuelle, consentie par les parties primitives, à un tiers-contractant²⁴⁰⁵ ? Si les parties primitives ont pu librement négocier une clause attributive de compétence, dans leur propre intérêt, tel n'est pas le cas d'un contractant qui leur succède par l'effet d'une circulation de l'acte. Faut-il appliquer l'adage selon lequel *res inter alios acta et alii nec noquere nec prodesse potest*²⁴⁰⁶ ? En l'occurrence, si une opposabilité est reconnue, cela signifie que le tiers-contractant subit une loi à laquelle il est pourtant étranger, malmenant ainsi le principe de relativité des conventions. Mais si elle ne l'est pas, cela signifie que le contenu initial des obligations est altéré par la transmission de l'acte, au nom d'une meilleure prévisibilité en faveur du sous-contractant. Cette position est néanmoins celle d'une prévisibilité à « *double tranchant* »²⁴⁰⁷, puisque les dispositions prises par le contractant primitif sont ruinées. C'est pourquoi la question de

²⁴⁰³ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, Bull. civ. I, n° 354, pourvoi n° 84-16.338, RCDIP 1986, 537, note GAUDEMET-TALLON H. ; D. 1986, inf. rap. p. 265, obs. AUDIT B. Cf. ég. ANCEL P. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de DIP*, Dalloz, 2006, Paris, n° 72.

²⁴⁰⁴ Cf. Règl. 44/2001/CE, dit *Bruxelles I*, art. 8 à 21.

²⁴⁰⁵ Sur l'opposabilité de la clause attributive de juridiction par l'assureur au tiers victime d'une faute de l'assuré (non) : CJUE, 8^e ch., 13 juill. 2017, n° C-368/16.

²⁴⁰⁶ *Le contrat est la chose des parties et aux autres il ne peut ni nuire, ni profiter.*

²⁴⁰⁷ LATINA M., « La transmission de la clause attributive de compétence », *L'essentiel Droit des contrats*, 13 mai 2015, n° 5, p. 3, obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, pourvoi n° 13-24.796. *Adde* LATINA M., « Non-transmission de la clause d'electio fori dans les chaînes communautaires de contrats », *L'essentiel Droit des contrats*, 6 nov. 2013, n° 10, p. 1, obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, pourvoi n° 09-12.442.

L'opposabilité est sujette à controverse²⁴⁰⁸, traitée par « *un édifice jurisprudentiel dont les fondations ne brillent pas par leur solidité* »²⁴⁰⁹.

Le problème s'est posé notamment à propos de l'opposabilité de la stipulation au sous-acquéreur au sein d'une chaîne de contrats (souhaitant agir à l'encontre d'un membre de la chaîne), ou encore, en droit maritime, au destinataire d'un contrat de connaissance. Il faut toutefois souligner que la question est traitée différemment selon qu'il s'agit d'une chaîne de contrats en France, ou bien d'une chaîne européenne ou internationale.

511.- Chaîne de contrats en France. Tout d'abord, pour une succession de contrats translatifs de propriété en France, la jurisprudence a retenu l'opposabilité de la clause attributive de compétence tant pour les contrats de connaissance qu'au sein des chaînes de contrats²⁴¹⁰. Il en a été de même pour la clause compromissoire²⁴¹¹ : « *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* »²⁴¹². L'article 2061 (nouveau) du Code civil²⁴¹³, issu de la *loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, est venu clarifier et entériner le travail jurisprudentiel en énonçant, dans son premier alinéa, que la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. La première partie de cette règle est un reflet des règles de validité de la clause processuelle qui doit être consentie pour produire ses effets. La seconde partie consacre l'opposabilité

²⁴⁰⁸ V. not. MAZEAUD D., « *Le rayonnement des clauses processuelles* », in D. 2014. 121 : « *Le rayonnement des "clauses processuelles" reste, aujourd'hui, une question délicate et débattue* ». V. ég. LOQUIN E., « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », Gaz. Pal. 06 juin 2002, n° 157, p. 7 : « *L'une des questions les plus discutées du droit de l'arbitrage est celle de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire. Un abondant contentieux s'est développé sur cette question tant devant les tribunaux arbitraux que devant les juridictions étatiques* ». Adde COURBE P., « Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence », in Mélanges A. Colomer, Paris, Litec 1993, p. 147 ; DORANDEU N., « La transmission des clauses de compétence en droit international privé », in JDI 2002, 1001 ; CAYROL N., « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », RDC 01/12/2014, n° 04, p. 704.

²⁴⁰⁹ MAZEAUD D., « *Le rayonnement des clauses processuelles* », in D. 2014. 121, évoquant même « *un ensemble jurisprudentiel qui continue de susciter doutes et interrogations* ».

²⁴¹⁰ Civ. 3^e, 30 oct. 1991, Bull. Civ. III n° 251, pourvoi n° 87-15.229, JCP G 1992, I, 3570, obs. JAMIN Ch. ; CCC 1992, n° 25, obs. LEVENEUR L. ; MOURY J., « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », D. 2002. 2744.

²⁴¹¹ Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, D. 2007. 2077, note BOLLEE S., et 2008. 180, obs. CLAY Th. ; RTD civ. 2008. 541, obs. THERY Ph. ; RTD com. 2007. 677, obs. LOQUIN E. ; CCC 2007. Comm. 166, obs. LEVENEUR L.

²⁴¹² Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, D. 2007. 2077, obs. DELPECH X. ; Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, Bull. Civ. I, n° 240, pourvoi n° 09-12.442, D. 2010. 2933, obs. CLAY Th. ; JCP G 2010, n° 52, 1307, CHEVALIER P. ; LPA 29 juin 2011, p. 11, note CHARBONNEL L. ; RTD com. 2011, p. 667, obs. DELEBECQUE Ph.

²⁴¹³ CLAY Th., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D. 2016. 2589.

par la voie de la substitution. La nouvelle disposition traduit finalement « *un changement de valeur* »²⁴¹⁴, par le fait qu' « *il n'est plus question ici, comme dans la version précédente, de poser des règles de validité, mais uniquement des garanties de consentement* »²⁴¹⁵. Dans le second alinéa du texte, on voit toutefois que le législateur a entendu limiter la transmission de la clause : « *Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* ». Cette norme répond au besoin d'une protection affirmée des contractants profanes, qui bénéficient d'un droit d'option sur le recours à l'arbitrage²⁴¹⁶. Cet aménagement du principe est en effet essentiel, afin de rééquilibrer le rapport contractuel entre un professionnel et un non-professionnel dont le consentement est présumé moins avisé.

512.- Chaîne de contrats en Europe. Ensuite, dans le cadre des chaînes européennes de contrats, la jurisprudence s'est montrée plus hésitante. La première chambre civile de la Cour de cassation a assez tôt estimé que l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention, emportant renonciation à tout privilège de juridiction, et qu'elle s'impose et doit produire ses effets aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à, par exemple, l'assureur français subrogé²⁴¹⁷. Nul besoin alors de rechercher le consentement du *postcontractant* (la partie qui hérite ultérieurement des obligations dans la chaîne de transmission de l'acte) à l'obligation spécifique, il convient de regarder la stipulation comme faisant partie d'un tout : en tant qu'accessoire du contrat, elle obéit automatiquement à l'adage selon lequel *accessorium sequitur naturam rei principalis*²⁴¹⁸. L'acceptation par le tiers-contractant est donc indifférente à son opposabilité.

Cependant, pour sa part, la Chambre commerciale s'est montrée plus ferme sur l'application du principe de relativité des conventions, en affirmant que la clause de compétence figurant au connaissance doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire²⁴¹⁹. S'est donc cristallisée une divergence de lecture sur le sort de la clause processuelle lorsqu'elle s'inscrit dans un contrat qui circule, jusqu'à ce que les deux chambres, dans des arrêts rendus le même jour²⁴²⁰, viennent

²⁴¹⁴ CLAY Th., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », préc.

²⁴¹⁵ CLAY Th., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », préc.

²⁴¹⁶ Cf. *infra* n° 389 et s. Rapp. LAITHIER Y.-M., « Les clauses dérogatoires au droit commun dans les conditions générales », RDC 1^{er} mars 2017, 1, p. 17.

²⁴¹⁷ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. 1986, I, n° 277 p. 265, pourvoi n° 84-17.745: L'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction ; cette clause s'impose aussi bien à l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français subrogé.

²⁴¹⁸ MAZEAUD D. « *Le rayonnement des clauses processuelles* », in D. 2014, p. 121 : « *En somme, en dépit de son caractère autonome, la clause suit automatiquement l'action qui, elle-même, suit accessoirement le droit* ».

²⁴¹⁹ Com. 8 déc. 1998, inédit, pourvoi n° 96-17913 : La clause de compétence figurant au connaissance doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire

²⁴²⁰ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2008 et Com., 16 déc. 2008, RTD com. 2009, 643, obs. DELEBECQUE Ph. ; D. 2009, 89, obs. DELPECH X. ; RDC 2009, 1193, obs. RACINE J.-B. ; LPA 18 mars 2009, p. 7, note MAHINGA J.-G. Rapp. Com. 23

s'accorder sur la question. Était alors reconnue l'opposabilité de la clause à l'égard du tiers-porteur, en l'occurrence du connaissance, pour autant que, en l'acquéreur, le tiers-porteur ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. En somme, la substitution de parties, selon le droit applicable, se fait le vecteur naturel de l'opposabilité. Dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 25 du règlement de Bruxelles I²⁴²¹.

Délaissant toute référence au droit national applicable, la jurisprudence française s'est toutefois détachée de ce raisonnement. Elle s'est mise au pas européen, à la suite d'une question préjudicielle posée à la Cour de Justice²⁴²². C'est ainsi qu'elle a affirmé le principe de l'inopposabilité sans recourir à la notion de substitution, de telle sorte que, en présence d'une chaîne européenne d'actes translatifs de propriété, elle retient purement l'inopposabilité au sous-acquéreur de la clause consentie dans un contrat conclu entre le fabricant d'un bien et un acheteur, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause²⁴²³. Les juges ont ainsi fait un pas vers la jurisprudence européenne, considérée comme « *hostile au rayonnement des clauses attributives de juridiction* »²⁴²⁴, mais qui pour sa part ne voit pas dans la chaîne de contrats l'expression d'un rapport contractuel entre des contractants séparés par une succession d'actes translatifs de droits²⁴²⁵. Se dessine à ce titre une véritable rupture entre les cultures contractualistes française et européenne.

513.- Une rupture entre conceptions interne et européenne. En effet, d'une part, notre droit interne reconnaît que la chaîne de contrats permet de tisser un rapport de nature contractuelle entre les différents membres de la chaîne, si bien qu'une action directe contractuelle est ouverte entre les tiers-contractants. C'est ainsi que dans une chaîne interne, une partie peut se voir actionnée par un tiers dans un temps postérieur à son propre contrat, et pourra se prévaloir de la clause processuelle qu'elle avait négocié avec son propre partenaire. Le contrat s'exprime définitivement en-dehors de son temps,

mars 1999, pourvoi n° 97-11.884, Rev. crit. DIP 2000. 224, note LECLERC F. ; Civ. 1^{re}, 4 juin 2009, pourvoi n° 08-12.482, JDI 2010. 14, note ESPINASSOUS V.

²⁴²¹ Règl. (UE) n° 1215/2012 – Refonte (Bruxelles I bis).

²⁴²² CJUE 7 févr. 2013, aff. C-543/10, *Refcomp SpA*, préc.

²⁴²³ Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, Bull. 2013, I, n° 162, pourvoi n° 09-12.442.

²⁴²⁴ BARBIER H., « Les clauses et actions dans les chaînes de contrats circulent mieux en France qu'en Europe ! », RTD civ. 2013. 839.

²⁴²⁵ CJUE, 7 févr. 2013, n° C-543/10, *Refcomp SpA* : D. 2013, 1110, note BOLLEE S. ; JAULT-SESEKE F., « Panorama droit international privé » : D. 2013, 1509. *Adde* CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, Aff. C-26/91 : « la notion de "matière contractuelle", au sens de l'article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». Cf. ég. CAYROL N., art. préc. : « En jurisprudence, pour distinguer entre chaîne interne et chaîne européenne de contrats, on dit que, en droit interne, le tiers sous-acquéreur engage une *actio* In de nature contractuelle, et que, dans ces conditions, il n'est pas anormal qu'il doive supporter tous les moyens de défense tirés du contrat, et parmi eux la clause attributive de juridiction, laquelle ferait partie de l'économie de la convention¹⁷. Inversement, dans les chaînes de contrats soumises au droit de l'Union, la Cour de justice considère que l'action du tiers relève au contraire de "la matière délictuelle ou quasi-délictuelle" ».

impliquant une responsabilité contractuelle après que le contrat ait pris fin et circulé. Plus encore, il déborde de la relation *inter partes* pour contaminer les obligations d'un tiers.

D'autre part, le droit européen opère un raisonnement inverse puisqu'il considère que l'action d'un tiers-contractant dirigée vers un autre membre de la chaîne est extracontractuelle. La nature de l'action est donc délictuelle ou quasi-délictuelle. Tout débordement est endigué et le temps de l'action est en-dehors du contrat en terme temporel et en substance. Une exception est néanmoins faite avec le contrat de connaissance pour lequel l'opposabilité de la clause est reconnue. Le connaissance bénéficie d'un traitement différent de la part de la jurisprudence²⁴²⁶, vu comme un « *un cas de succession dans une position contractuelle* »²⁴²⁷. La Cour de cassation a affirmé que la clause est opposable aux détenteurs successifs, la stipulation étant envisagée « *comme faisant partie intégrante* »²⁴²⁸ du connaissance. Un traitement de faveur est par ailleurs accordé à la clause compromissoire qui survit au défilé de contractants puisque, exclue du règlement Bruxelles I, elle est transmise quel que soit la chaîne de contrats dans laquelle elle est incorporée²⁴²⁹.

En l'occurrence, c'est l'opposabilité d'une seule clause qui est mise en question au travers une succession de contractants différents. Mais il est possible de s'interroger également sur l'efficacité de plusieurs clauses, consenties dans un ensemble contractuel entre les mêmes parties.

B - L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE PROCESSUELLE AU SEIN D'UN ENSEMBLE CONTRACTUEL

514.- Les conflits dans le temps entre clauses processuelles. En présence de plusieurs clauses différentes, comment déterminer le choix des parties ? Des conflits entre stipulations peuvent naître au sein d'un ensemble contractuel, notamment en présence de clauses compromissoires ne désignant pas toutes le même tribunal arbitral²⁴³⁰. La lecture de l'intention des parties est rendue encore plus ardue lorsque les contrats se succèdent dans le temps. Est-ce l'inefficacité généralisée des clauses qui doit l'emporter, ou faut-il trier les stipulations pour n'en choisir qu'une ? L'affaire *Ferring c/ Debiopharm* en est un exemple²⁴³¹. Une clause compromissoire est insérée dans un contrat de sous-licence, liant

²⁴²⁶ CJCE, 19 juin 1984, no 71/83, *Tilly Russ*, JDI 1985, 159, obs. BISCHOFF J.-M. CJCE, 9 nov. 2000, no C387/98, *Sté Coreck Maritime*, RTD com. 2001, 306, obs. DELEBECQUE Ph. ; JDI 2001, 701, obs. BISCHOFF J.-M.

²⁴²⁷ THERY Ph., « Clause attributive de juridiction et chaîne de contrats dans l'Union européenne : l'étrange figure de la clause attributive de juridiction conclue à titre principal », in RTD civ. 2014. 436.

²⁴²⁸ Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, *Navire « Turicia »*, Bull. civ. I, n° 365, pourvoi n° 05-18.681, Rev. arb. 2006. 977.

²⁴²⁹ Civ. 1^{re}, 22 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842.

²⁴³⁰ Cf. BOUCARON-NARDETTO M., th. préc., n° 374, p. 312-313.

²⁴³¹ Paris, 11 juin 1998, *Société Ferring AB c. société Debiopharm*.

Debiopharm à un sous-licencié, prévoyant de confier le règlement d'un litige potentiel à la Chambre de commerce germano-suisse. La société sous-licenciée conclut alors à son tour deux contrats, en 1983 et 1984, de licence avec des sociétés germanique et une néerlandaise appartenant au groupe *Ferring*. Elle devenait ainsi un contractant intermédiaire dans une série de contrats successifs. Or, cette société intermédiaire devait être liquidée, tandis que ses partenaires germanique et néerlandais cédaient ensuite leurs droits à une société suédoise de leur groupe (*Ferring*). Cette dernière, venant aux droits des cédantes, obtenait alors de la société *Debiopharma* la signature d'un contrat, en 1991, confirmant les relations antérieures entre les parties ainsi qu'une clause compromissoire désignant la compétence de la Chambre du commerce international en cas de litige.

Mais la société *Debiopharm*, partie primitive dans la série d'actes successifs, a rompu ses relations avec *Ferring*, invoquant tant des manquements dans l'exécution obligations consenties en 1991 que dans celle des obligations nées en 1983 et 1984. Elle résiliait alors le contrat et formait des demandes devant la juridiction arbitrale choisie dans le contrat de 1991, à savoir la Chambre de commerce international. La question se posait alors de déterminer si la clause compromissoire insérée dans l'acte de 1991 était également opposable au cocontractant en ce qui concerne le litige né des contrats de 1983 et 1984. En effet, ces derniers comportaient pour leur part une clause compromissoire désignant la Chambre de commerce germano-suisse. Si chaque clause préserve son opposabilité propre, cela aurait pour conséquence de contraindre le demandeur à former deux actions. En l'occurrence, telle n'est pas la solution retenue par la juridiction arbitrale, ni par la Cour d'appel. Seule la stipulation de 1991 a vocation à s'appliquer pour l'ensemble du litige, incluant les demandes nées des inexécutions des contrats antérieurs. La solution est justifiée par la novation du contrat, reconnue par les juges dans l'acte de 1991.

C'est ainsi que les clauses anciennes sont absorbées par la clause nouvelle, par le biais de la novation. Comme dans un palimpseste, les traces des écritures passées sont recouvertes pour donner à lire une version actualisée du contenu. Il faut noter que dans un ensemble contractuel une clause compromissoire insérée dans un seul contrat peut trouver à s'appliquer pour un litige né d'un autre contrat indivisible, connexe ou complémentaire²⁴³². L'efficacité de la clause est alors sauvegardée, par l'effet d'une vision à la fois globale et fonctionnelle de la relation *inter partes* ; le caractère fonctionnel reposant sur la lecture parfaitement chronologique des accords formés entre les parties. **Ces derniers se**

²⁴³² Civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, Bull. 1985, I, n° 354, p. 318, pourvoi n° 84-16.338 : la clause d'une convention dite de groupement d'entreprises, passée entre la société française et une société à laquelle celle-ci sous traitait la moitié de l'exécution du marché, clause liant la convention au sort du marché principal, que la société sous-traitante avait adhéré à l'ensemble des obligations, modalités d'exécution et clauses attributives de compétence insérées dans le contrat de base. Com. 5 mars 1991, no 89-19.940, NPT – Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, pourvoi n° 93-15.138, Bull. civ. I, n° 198. Rapp. Versailles, 15 sept. 2005, BRDA 1/06 § 7.

succèdent dans le temps et, au lieu de se superposer, prennent place les uns à la place des autres, donnant pleine efficacité au dernier échange de consentements qui transforme ce qui était antérieur tout en déterminant ce qui doit s'appliquer après.

Mais si le consentement est le support de la préservation de l'efficacité de la clause, il peut également, par ailleurs, mettre à l'écart les stipulations pourtant préalablement consenties.

SECTION 2

LE NON-RECOURS AUX CLAUSES POSTCONTRACTUELLES

515.- Le pouvoir de la volonté. Les clauses postcontractuelles peuvent être mises en échec par le simple jeu de la liberté des contractants. Ces derniers peuvent effectivement bénéficier du droit de changer d'avis en révoquant la stipulation. C'est ainsi que l'inefficacité des clauses sera provoquée par la volonté des parties (*§1. L'inefficacité des clauses provoquée par la volonté des parties*).

516.- L'efficacité complétée. Par ailleurs, qu'elles produisent ou non leurs effets, les clauses pourront être complétées ou suppléées par des dispositifs alternatifs laissés à la portée des parties. Ces dispositifs pourront ainsi concurrencer les stipulations insuffisamment efficaces, ou bien se présenter comme un moyen de combler leur totale inefficacité. C'est pourquoi l'inefficacité des clauses sera compensée par des dispositifs alternatifs (*§2. L'inefficacité des clauses surmontée par des alternatives*).

§1) L'inefficacité des clauses provoquée par la volonté des parties

517.- Le droit de renoncer. Se pose la question de l'expression de la renonciation aux stipulations. Dans toutes ces hypothèses, le droit de renoncer sera lié nécessairement à la détermination du moment de son exercice. Le droit fait effectivement de la temporalité un élément déterminant de l'effectivité d'une renonciation. En toute logique, cette dernière ne peut intervenir qu'une fois que le droit qui en est l'objet a été acquis par son bénéficiaire. La jurisprudence affirme et accueille de manière générale le droit pour une partie à renoncer (à condition que la renonciation soit univoque²⁴³³) au bénéfice d'un droit, fut-il d'ordre public, pourvu que l'abdication intervienne après l'acquisition de ce droit. L'illustration est donnée par la matière des baux commerciaux dans laquelle l'appréciation du moment de la renonciation au droit de renouvellement du bail est essentielle. Ainsi, le locataire peut valablement choisir d'abandonner son droit au renouvellement postérieurement à la naissance de ce droit²⁴³⁴. Il ne peut donc pas, par exemple, valablement renoncer par une clause consentie au moment de la formation du bail primitif²⁴³⁵. La renonciation pourra produire ses effets uniquement aux portes de l'après-contrat, c'est-à-dire lorsqu'un congé sera donné par le preneur ou à l'approche du terme extinctif du contrat initial.

²⁴³³ Civ. 3^e, 19 oct. 2005, inédit, pourvoi n° 04-16.536, RJDA janv. 2006, n° 11 ; *ibid* 13 juin 2007, inédit, pourvoi n° 06-14.172, RJDA oct. 2007, n° 941.

²⁴³⁴ Com.10 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 222 ; Civ. 3^e, 28 janv. 1987, Rev. loyers, p. 220.

²⁴³⁵ Civ. 3^e, 5 déc. 1962, Bull. Civ. III, n° 500. Rapp. (Renonciation nulle exercée dans un acte distinct du bail mais concomitant) Civ. 3^e, 7 oct. 1987, Bull. civ. III, n° 162 ; 30 nov. 1988, inédit, pourvoi n° 87-15.291, Loyers et copro. 1989, comm. 64.

Le moment de la renonciation participe ainsi généralement des modalités de sa mise en œuvre - lesquelles se posent nécessairement, tant pour une clause processuelle (**A. La renonciation à une clause processuelle**) que pour une clause substantielle (**B. La renonciation à une clause substantielle**), posant la question de la preuve de la renonciation (**C. La preuve de la renonciation**).

A- LA RENONCIATION À UNE CLAUSE PROCESSUELLE

518.- L'objet de la renonciation. Au même titre que les parties ont consenti aux clauses postcontractuelles, elles peuvent y renoncer. La renonciation consensuelle correspond à une volonté partagée de se libérer réciproquement des obligations imposées par la clause, tout en abdiquant réciproquement des droits offerts par celle-ci. Mais la renonciation ne procède pas nécessairement d'une entente unanime des parties. Si les parties peuvent décider ensemble d'y renoncer, se présente aussi la possibilité de faire valoir la volonté d'un seul contractant, par l'expression d'une forme de *solo dissensus*. C'est pourquoi l'inefficacité des clauses peut être provoquée par l'effet **d'une renonciation mutuelle (a)**, comme par l'exercice **d'un droit de renonciation unilatéral (b)**.

a) *La renonciation mutuelle à une clause processuelle*

519.- Le pouvoir de la volonté. Les parties qui ont librement choisi de recourir à l'arbitrage peuvent également, d'un commun accord, y renoncer. La jurisprudence admet la renonciation à la clause compromissoire²⁴³⁶, ce qui répond très naturellement à la liberté contractuelle. Il peut donc y avoir un *mutuus dissensus* sur la clause processuelle, pourvu que la volonté des parties soit univoque et exempte de vices²⁴³⁷. L'ambiguïté ou les contradictions dans la rédaction, nuisant à la compréhension d'une clause compromissoire, sont donc un prétexte insuffisant à « effacer la volonté de recourir à l'arbitrage »²⁴³⁸. De même, la saisine par une partie du juge étatique, à l'expiration du délai d'arbitrage, sans qu'une sentence ne soit intervenue, ne suffit pas à priver de ses effets la clause²⁴³⁹. Il faudrait que les parties montrent l'intention claire de ne plus recourir aux services de l'arbitre. Dans le cas d'une saisine du juge étatique par l'une d'elle, la volonté de l'autre se traduirait alors par une abstention : ne pas soulever d'exception d'incompétence²⁴⁴⁰, peu importe l'intention de la partie abstentionniste. La renonciation a

²⁴³⁶ Com. 5 janv. 1959, Bull. civ. III, n° 1.

²⁴³⁷ Sur la difficulté à « déceler avec certitude » la volonté des parties : Cf. JCP E 2013, 1454, n° 9 et *ibid* 2016, n° 24, 1363. Sur la contrainte, v. CEDH, 27 févr. 1980, n° 6903/75, *Deweert c/ Belgique*, § 49.

²⁴³⁸ Civ. Ire, 4 juin 2009, n° 08-13.983.

²⁴³⁹ Civ. 2^{ème}, 18 févr. 1999, inédit, *Igla c/ Sté Soulier et autres*, obs. RTD Com. 1999 p.654, LOQUIN E.

²⁴⁴⁰ PIERRE-MAURICE S., *Rep. Proc. Civ. Dalloz*, V° « Tribunal de commerce : organisation et compétence ».

donc plus facilement tendance à être tacite, résultant du comportement même des parties. Rien n'empêche pour autant, théoriquement, les contractants à renoncer formellement aux effets de la clause processuelle, par le biais d'une convention extinctive – ce qui permet alors d'apercevoir la similitude entre le droit de renonciation et un *mutuus dissensus*. C'est le cas de figure le plus probable en cas de volonté de renoncer à la stipulation avant la naissance de tout litige. Car, qu'elle soit tacite ou expresse, la révocation peut intervenir aussi bien avant qu'après la naissance du litige, ce qui implique qu'elle peut se manifester très tard après l'extinction du contrat.

520.- L'opportunité de la renonciation. Toutefois, dans l'hypothèse d'une convention extinctive, la renonciation s'exposerait à davantage à contestation. Sa validité pourrait effectivement être contestée, sur le fondement des vices du consentement par exemple. L'opportunité de cette contestation existe sans doute après la survenance du litige, alors que la renonciation a précédé la naissance du litige. En revanche, une renonciation tacite, plus probablement déduite du comportement des parties alors que le litige est déjà né, tire ses difficultés de son caractère informel. Si le caractère clair et univoque de la renonciation peut effectivement s'identifier dans le simple fait de ne pas soulever l'incompétence, qu'en est-il lorsque les parties ne se sont accordées sur la renonciation que verbalement ? La partie souhaitant se prévaloir de la renonciation devra supporter la charge de la preuve, à défaut de lui voir opposer le contrat. Mais les difficultés se font sentir dans les situations où le litige met en jeu plusieurs actes et litiges afférents. En effet, un arrêt récent de la Cour de cassation a montré la portée de la renonciation à une clause compromissoire par des parties liées par différents contrats²⁴¹. En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat de location-gérance et un franchisage, lequel était doté d'une clause compromissoire. Le locataire (la société *Distri Dorengts*) était donc également le franchisé du bailleur-franchiseur (la société *Carrefour*). Un contrat d'approvisionnement, pourvu d'une clause compromissoire lui aussi, était en outre conclu entre le franchisé un fournisseur (la société CPF). Or, la société *Carrefour* et le fournisseur assignèrent la société *Distri Dorengts* devant un tribunal étatique. Souhaitant se dégager du contrat de location-gérance, le locataire assigné agissait à son tour en nullité de l'acte, toujours devant les juridictions étatiques. La société *Carrefour* chercha alors à soulever l'incompétence du tribunal saisi en opposant la clause compromissoire contenue dans l'acte de franchisage. Toutefois, alors que, accueillant la demande du bailleur-franchiseur, le tribunal de Saint Quentin se déclara incompétent, la Cour d'Amiens infirma cette décision en estimant que la société *Carrefour*, en assignant son locataire devant les juridictions étatiques à l'occasion du premier litige, avait renoncé à la clause compromissoire. La Cour de cassation entérine ce raisonnement, en estimant que « *nonobstant la présence des clauses*

²⁴¹ Civ. 1^{ère}, 20 avr. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-11.413, RDC 15 sept. 2009, 3, p. 441, obs. LIBCHABER R.

compromissoires dans les contrats de franchise et d'approvisionnement visant notamment les litiges liés à leur exécution, les sociétés [Carrefour] et CSF ont assigné la société Distri Dorengts devant la juridiction consulaire dont elle n'a pas soulevé l'incompétence ; qu'après avoir retenu l'existence d'une renonciation irrévocable des parties à l'arbitrage dans les contrats de franchise et d'approvisionnement et ajouté que, l'incompétence de la juridiction étatique au profit du tribunal arbitral opposée par les sociétés CPF et CSF à l'action exercée par la société Distri Dorengts étant sans effet sur cette renonciation, la clause ne pouvait être invoquée pour soumettre à l'arbitrage le contrat de location-gérance, dépourvu de toute clause compromissoire, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a exactement déduit que la clause d'arbitrage invoquée était manifestement inapplicable ». En l'occurrence, l'identification d'une renonciation irrévocable à se prévaloir de la clause compromissoire permet de déduire, par contraste, que même en l'absence d'une telle clause dans le contrat de location-gérance, ce dernier aurait pu être « contaminé » par l'extension de la stipulation contenue dans la convention de franchisage. La solution retenue par les Hauts magistrats doit être approuvée en ce qu'elle préserve un besoin de cohérence dans le comportement procédural des parties qui ne peuvent pas invoquer ou suspendre les effets de la clause de façon opportuniste. La Haute Cour affirme de plus « *une règle substantielle garantissant qu'un litige contractuel ne sera pas scindé entre des juridictions différentes au gré des volontés des parties* »²⁴⁴². D'ailleurs, en l'espèce, l'éviction de la clause processuelle avait permis aux juges d'appel de prononcer la jonction des deux instances²⁴⁴³.

521.- L'intérêt d'une renonciation postcontractuelle. Le fait pour les parties, voire pour une seule partie, de renoncer une fois que le contrat est déjà passé, peut résider dans un changement de circonstances qui, affectant le litige, fait perdre de son intérêt à la stipulation processuelle. Tel est le cas lorsqu'un autre différend naît postcontractuellement avec un tiers, mais que celui-ci est connexe au litige susceptible d'entrer dans le champ de la clause. Or, l'indivisibilité des litiges ne suffit pas à écarter la clause qui n'est, dans ce cas, ni manifestement nulle, ni manifestement applicable²⁴⁴⁴. Renoncer à la clause compromissoire permet alors de gagner en temps et en efficacité dans l'administration du procès. La CEDH a reconnu par ailleurs la possibilité de renoncer conventionnellement au recours en nullité

²⁴⁴² LIBCHABER R., « Incertitudes et portée d'une renonciation, à propos d'une clause compromissoire », RDC 15 sept. 2017, 3, p. 441.

²⁴⁴³ Amiens, 3 déc. 2015, Juris-Data n° 2015-029883.

²⁴⁴⁴ V. Civ. 1, 16 oct. 2001, Bull. civ. I n° 264, p. 160, pourvoi n° 99-19.319, Rev. Crit. DIP 2005. 555, obs. JAULT-SESEKE F. : En l'espèce, le litige opposait deux sociétés d'édition sur l'étendue des droits cédés par l'une à l'autre. Or, postérieurement à la cession, des actions en contrefaçon étaient perpétrées par une société-tiers - la société cédante agissait alors contre cette dernière. La caractérisation de la contrefaçon dépendait donc de l'étendue des droits cédés. Rapp. Civ. 1re, 6 févr. 2001, JCP 2001, II, 10567, note LEGROS C., Rev. arb. 2002, note COHEN D., Gaz. Pal. 14-15 nov. 2001, p. 6, note SERAGLINI Ch., Rev. Crit. 2001, p. 522.

d'une décision arbitrale²⁴⁴⁵. Une telle renonciation n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention, dès lors qu'un contrôle *a posteriori* est possible au moment de la demande de l'exécution ou de la reconnaissance de la décision. En permettant cette renonciation, c'est l'attractivité de l'arbitrage qui est valorisée par l'élimination de voies de recours susceptibles d'alourdir le contentieux.

En principe, la renonciation à la clause processuelle doit donc être commune. Mais il existe des cas dans lesquels le droit de renoncer est réservé à une seule partie.

b) La renonciation unilatérale à une clause processuelle

522.- L'intérêt exclusif d'un contractant. Lorsqu'une prévision contractuelle repose sur l'intérêt exclusif d'un contractant, ce dernier doit pouvoir y renoncer. La Cour de cassation reconnaît en effet que la clause attributive de juridiction peut être stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, ce qui donne à cette dernière la faculté d'y renoncer²⁴⁴⁶. C'est ainsi que le bénéficiaire d'une clause de compétence est libre de revenir aux règles procédurales de droit commun²⁴⁴⁷. C'est toujours le caractère clair et univoque de la renonciation qui concentre l'attention du juge dans l'interprétation de la volonté. La jurisprudence semble attentive au respect de l'intention de la partie concernée, de manière à ne pas lui faire perdre le bénéfice de la clause trop facilement. Le fait pour le bénéficiaire de ne pas se prévaloir de la stipulation devant le juge des référés, par exemple, ne peut être interprété comme une renonciation à la clause de compétence²⁴⁴⁸.

En l'occurrence, le droit de renonciation est à la discrétion exclusive d'une partie. La question peut se poser de déterminer le mode d'expression de sa volonté de renoncer au bénéfice de la clause. Pour

²⁴⁴⁵ CEDH, 1^{er} mars 2016, n° 41069/12, *Tabbane c/ Suisse*, RDC, 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 147, obs. MARCHADIER F. : « L'arrêt *Tabbane* illustre ainsi parfaitement l'idée selon laquelle un arbitrage volontaire consenti librement ne pose guère de problème sur le terrain de l'article 6, car "les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat" et, plus généralement, "les différends de nature patrimoniale". Il pose d'autant moins de problème que, tout aussi classiquement, la Cour l'analyse comme une renonciation partielle à l'exercice des droits que définit l'article, paragraphe 1 (§ 27). C'est dans ce contexte que la Cour utilise la liberté contractuelle et son exercice à la fois pour apprécier la licéité de la renonciation à un droit et pour justifier les restrictions aux droits garantis. La liberté contractuelle et son exercice permettent à la Cour de vérifier le respect de l'ensemble des conditions auxquelles la renonciation est soumise. Elle ne se heurte à aucun obstacle si elle est "libre, licite et sans équivoque" (§ 27) et si elle s'entoure "d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité" ».

²⁴⁴⁶ Com. 14 juin 2016, inédit, pourvoi n° 15-11.338. Civ. 2^e, 15 juin 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 184 ; RTD com. 1967. 134, obs. NORMAND J. ; Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1981, D. 1982. IR 156, obs. JULIEN P.; Com. 2 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 81, pourvoi n° 91-11.393,.

²⁴⁴⁷ Civ. 2^e, 15 juin 1966, préc.

²⁴⁴⁸ Com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 189, pourvoi n° 89-19.683. V. PIERRE-MAURICE S., *Rep. Proc. Civ. Dalloz*, V° « Tribunal de commerce : organisation et compétence ».

y parvenir, il faut distinguer selon que la stipulation produit ses effets efficacement dès sa création, ou si la clause est en sommeil.

523.- La clause en cours d'effectivité. D'une part, si la clause est opposable dès sa création, mais qu'elle est stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, à quel moment et comment cette dernière peut-elle y renoncer ? Les difficultés liées à ce cas de figure résident dans la situation dans laquelle la partie non-bénéficiaire serait à l'origine de l'action. La partie bénéficiaire peut-elle alors soulever l'incompétence de la juridiction désignée par la clause, au moment de la saisine, au motif d'une renonciation ? Si cette option génère fatalement une incertitude au détriment du cocontractant, elle devrait néanmoins pouvoir s'imposer en raison de la prérogative que fait naître la clause en faveur de son bénéficiaire. Pour que la partie intéresser puisse unilatéralement faire valoir une renonciation, il faudrait que, l'intérêt exclusif soit expressément stipulé dans la rédaction de l'acte²⁴⁴⁹ - sauf lorsque l'intérêt est déduit d'un déséquilibre des forces dans le contrat²⁴⁵⁰. Finalement, cela revient, à analyser la clause comme un droit d'option unilatéral consenti au bénéficiaire. La situation juridique est donc tout à fait comparable à celle dans laquelle la clause est en sommeil.

524.- La clause en sommeil. D'autre part, lorsque la clause est en sommeil, le bénéficiaire seul peut faire valoir le recours à la compétence désignée par le contrat. S'il est attiré devant une juridiction autre, il aura la possibilité d'invoquer la clause en sommeil, de l'« activer », en soulevant l'incompétence de la juridiction. S'il est attiré devant celle désignée par la clause, il aura alors la possibilité de s'y opposer, en opposant son droit d'option unilatéral. Mais avant la naissance du litige, la partie non-bénéficiaire pourrait-elle obtenir de son cocontractant qu'il renonce, par la voie de l'écrit, au droit de se prévaloir de son droit d'option ?

Si la partie bénéficiaire tient son droit d'option d'une protection légale, ou si elle est une partie faible, la convention ne serait pas efficace : elle reviendrait à contourner les règles de protection. Mais si aucune protection n'a vocation à s'appliquer, une partie pourrait librement renoncer à cette prérogative avant la naissance du litige.

²⁴⁴⁹ *Contra* Com. 14 juin 2016, inédit, pourvoi n° 15-11.338.

²⁴⁵⁰ Cf. art. L. 137-2 du C. de la conso.

B- LA RENONCIATION À UNE CLAUSE SUBSTANTIELLE

525.- La renonciation à une clause de non-concurrence. La renonciation à la clause peut se révéler attentatoire à un droit ou une obligation qui participe à l'équilibre de l'après-contrat. Elle fait effectivement disparaître une partie du lien obligatoire et donc les bénéfices et contraintes qui en dépendent. Même si une clause bénéficie, dans son essence, à un seul contractant, elle peut dans sa construction revêtir une symétrie et organiser une répartition d'obligations de part et d'autre des camps contractuels. L'exemple est donné avec la clause de non-concurrence en droit social qui, bien que censée exister au nom de la protection des intérêts de l'employeur, fait naître des obligations pour chaque partie. Or, seul l'employeur dispose de la faculté de renonciation.

En l'occurrence, c'est la lecture de l'intérêt objectif de la clause qui permet d'arbitrer le droit à renonciation et d'en déduire l'intérêt à renoncer. L'intérêt objectif de la clause de non-concurrence est celui qui permet la validité de la clause : il est tourné vers un objectif de protection de l'entreprise. Ce qui fonde *ab initio* l'existence de la stipulation, ce n'est donc certainement pas la contrepartie attendue par le salarié (qui n'en est pas moins un intérêt subjectif apporté par la stipulation), mais bien l'intérêt légitime de limiter la liberté postcontractuelle du débiteur. De cet intérêt objectif, naît un intérêt subjectif à la renonciation elle-même. Cet intérêt à renoncer bénéficie au seul employeur, indifféremment du fait que l'économie de l'obligation puisse profiter par ailleurs au débiteur. C'est pourquoi, même dans une clause ayant pour effet, dans sa construction, de créer un intérêt réciproque aux parties, il n'existe généralement qu'un intérêt exclusif à l'acte de renonciation²⁴⁵¹.

L'obligation postcontractuelle de non-concurrence peut donc être révoquée par l'employeur au travers de l'exercice d'un droit de renonciation²⁴⁵². Toutefois, cette faculté ne doit pas nuire à la sécurité juridique, plus précisément au besoin de prévisibilité pour le salarié quant aux suites de la rupture. En effet, la clause postcontractuelle de non-concurrence est une illustration typique de l'importance d'encadrer le droit à renonciation de l'obligation appelée à déployer ses effets dans l'après-contrat. Elle donne lieu à un contentieux important en droit du travail, en raison de l'exigence d'une contrepartie à l'obligation affirmée depuis 2002 par la Cour de cassation²⁴⁵³. C'est donc l'intérêt des deux contractants

²⁴⁵¹ Les clauses processuelles dérogent à cette règle, du fait que leur extinction peut tout aussi bien profiter à l'un des contractants que à tous. De la sorte, il est naturel que les parties puissent, d'un commun accord, renoncer à la stipulation.

²⁴⁵² Soc. 4 juin 1998, Bull. civ. V, n° 299, pourvoi n° 95-41832, RJS 7/98, n° 856 ; 17 févr. 1993, Bull. civ. V, n° 57, pourvoi n° 89-43.658, D. 1993. Jur. 347, note SERRA Y. ; ROBINNE S., « Précisions jurisprudentielles sur la renonciation à la clause de non-concurrence en droit du travail », AJCA 2014, p. 74 ; TETARD C., « Réflexions sur le régime de la renonciation à la clause de non-concurrence », JCP S 2006. 1185.

²⁴⁵³ Soc. 10 juill. 2002, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, préc.

qui doit permettre d'accueillir ou de rejeter le droit à renonciation de l'employeur, en considération de ses conséquences pour le débiteur.

526.- Les conditions de la renonciation. C'est pourquoi la renonciation doit être clairement et personnellement signifiée au salarié, par la voie d'une notification²⁴⁵⁴, dans un délai raisonnable²⁴⁵⁵. C'est ce qui justifie également le fait qu'elle ne peut être effectuée à n'importe quel moment. La jurisprudence a ainsi entendu sauvegarder les intérêts du salarié en refusant à l'ancien employeur la possibilité de se réserver le bénéfice d'une renonciation qui interviendrait à tout moment après la rupture²⁴⁵⁶. Il en va très clairement du besoin de prévisibilité, mais également de l'« *essence abdicative* »²⁴⁵⁷ de la renonciation qui serait entamée si cette dernière intervenait alors que le débiteur s'est déjà astreint à la non-concurrence. Ainsi, doit être réputée non écrite la stipulation autorisant la prérogative de renonciation durant la période postcontractuelle soumise à la restriction. L'après-contrat ne souffre donc pas le droit à renonciation en la matière, il impose une irrévocabilité renforcée. Si l'employeur entend se libérer du versement de la contrepartie au salarié, il devra également le libérer de l'obligation postcontractuelle au plus tard au moment de la rupture du contrat²⁴⁵⁸.

527.- Le cas de la démission. Si c'est la démission du salarié qui est la cause de la rupture, la durée du préavis est alors un indice utile. Le temps intermédiaire entre la notification de la rupture et son intervention effective peut être plus ou moins long, voire quasi-inexistant en cas de dispense de préavis. Dans tous les cas, le caractère raisonnable du délai dans lequel doit intervenir la renonciation

²⁴⁵⁴ Soc. 21 oct. 2009, Bull. civ. V, n° 228, pourvoi n° 08-40828, Dr. soc. 2010, p. 119.

²⁴⁵⁵ Soc. 13 juin 2007, Bull. civ. V, n° 98, pourvoi n° 04-42740, Dr. soc. 2007. 1052, obs. MOULY J. ; JCP S 2007. 1674, note BLANC-JOUVAN G.

²⁴⁵⁶ V. Soc. 13 juill. 2010, Bull. civ. V, n° 174, pourvoi n° 09-41.626, Dr. soc. 2010. 1118, obs. MOULY J. En effet, la jurisprudence s'est intéressée à la validité d'une clause insérée dans un contrat de travail prévoyant la faculté pour l'employeur de renoncer, après extinction du contrat, à une clause de non-concurrence. En l'espèce, la clause autorisait l'employeur à une renonciation unilatérale « *soit au moment du départ, soit pendant la durée de l'exécution de la clause post-contractuelle de non-concurrence* ». Or une jurisprudence antérieure (Soc. 13 juin 2007, préc., JCP S 2007, 1674, note BLANC-JOUVAN G.) enseigne que « *l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable qu'il renonce à l'application de cette clause ; [...] ce délai court à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la prise d'acte de la rupture par le salarié* ». Voici la notion de délai raisonnable utilisée par la Haute juridiction. Toutefois, en l'espèce, la solution adoptée par les hauts magistrats se montre intransigeante en énonçant que le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler et que doit être réputée non écrite la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci. La Chambre sociale nous enseigne par la même occasion que l'employeur qui n'a renoncé à la clause qu'après le licenciement, en application d'une stipulation ne fixant pas valablement de délai de renonciation, reste tenu au paiement de la contrepartie financière. Cette solution se justifie par l'impératif de sécurité juridique et fixe le terme du délai de renonciation de l'employeur au moment de la rupture. *Adde* Soc. 12 févr. 2002, Bull. civ. V, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, RTD civ. 2002. 511, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; D. 2002. 2011, note PUIGELIER C. ; *ibid* 2089, obs. MATHIEU C. ; Dr. soc. 2002. 468, obs. R. VATINET ; Soc. 15 avr. 2008, pourvoi n° 07-40.907, D. 2009. 1441, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

²⁴⁵⁷ HOUTCIEFF D., Rép. Dr. Civ., n° 58.

²⁴⁵⁸ Soc. 26 févr. 1997, inédit, pourvoi n° 94-41.012, D. 1998. Somm. 215, obs. SERRA Y. ; 15 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 382, pourvois n° 96-40866 et 96-41006.

de l'employeur doit clairement s'apparenter à un bref délai, dans l'esprit qui anime le contrôle de la renonciation²⁴⁵⁹ dans le but d'assurer un socle de certitude minimum au salarié quant à son futur professionnel. Par ailleurs, certains contrats peuvent prévoir que la renonciation, en cas de démission, doit intervenir au plus tard le jour de la réception de la démission²⁴⁶⁰. En cas de dispense de préavis consenti par l'employeur, il semblerait alors nécessaire que la renonciation soit notifiée en même temps que la dispense. Cependant, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est montrée tolérante, en admettant que l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires²⁴⁶¹. Ce choix trouve ses raisons dans le fait que l'employé étant l'initiateur de la rupture, il accepte de s'exposer à une renonciation plus tardive que si l'employeur avait pu penser en amont les modalités et les effets d'un licenciement.

528.- Le cas du licenciement. En cas de licenciement, l'appréciation du moment de la rupture est restrictive puisqu'elle ne s'appuie pas sur la cessation effective de la relation de travail mais sur l'information des parties. La Chambre sociale a effectivement jugé tardive une renonciation intervenant après la notification par l'employeur du licenciement, mais avant le départ du salarié²⁴⁶². Cette position trouve sa justification dans le fait que l'employeur est en mesure d'anticiper la rupture du contrat, étant lui-même auteur de la rupture. Si l'employé est à l'initiative de son départ, c'est le critère du raisonnable qui devra éclairer le juge dans l'appréciation du délai laissé à l'employeur pour renoncer à la restriction. Il est assurément difficile d'imposer un délai préformé autant qu'il est utile de préserver le soin d'une appréciation *in concreto*, afin d'estimer avec justesse les conditions de la rupture et les besoins subséquents pour les parties. Par exemple, lorsque la rupture est conventionnelle, la renonciation devrait pouvoir apparaître au plus tard dans l'accord formalisé, ce dernier ayant vocation à traiter des modalités de la séparation.

²⁴⁵⁹ *Contra* Soc. 12 févr. 2002, inédit, pourvoi n° 99-46.067, D. 2003. 968, obs. GOMY M. ; Soc. 7 mars 2000, Bull. civ. V, n° 80, pourvoi n° 98-40.659, D. 2002., obs. GOMY M. : (renonciation postcontractuel, près de quatre mois après la rupture) « *La cour d'appel, statuant sur la demande du salarié en paiement de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence, et appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui sont soumis, peut estimer que la décision de libérer le salarié de la clause de non-concurrence est intervenue d'un commun accord et qu'elle entraîne pour ce dernier la perte de son indemnité* ».

²⁴⁶⁰ Soc. 3 mars 2015, préc.

²⁴⁶¹ Soc. 13 mars 2013, Bull. civ. V, n° 72, pourvoi n° 11-21.150, D. 2013. 778, obs. MOULY J. ; D. 2013. 2812, obs. SERRA Y.

²⁴⁶² Soc. 13 juill. 2010, Bull. civ. V, n° 174, pourvoi n° 09-41.626, Dr. soc. 14 oct. 2009, Dr. soc. 2010, p. 122 et les observations ; JCP S 2009, 1597. Rapp. Dr. soc. 2005. 920.

529.- Rompre ensemble après avoir rompu unilatéralement. Qu'en est-il toutefois lorsque la convention intervient postérieurement à une première notification de rupture à l'initiative de l'une des parties ? Une telle convention est efficace, ce qui décrit l'art, assez paradoxal, conceptuellement du moins, de « rompre un contrat de travail déjà rompu »²⁴⁶³, comme si ce dernier « ayant ressuscité, [pouvait] être, à nouveau, rompu »²⁴⁶⁴. La logique est pourtant bien là, tant sur le principe que sur le terrain, en ce qu'elle offre aux parties une nouvelle chance de concilier encore ensemble leurs intérêts, nonobstant une première manifestation de volonté unilatérale. Dans ce cas, un employeur qui n'aurait pas informé, au moment de la notification de licenciement antérieure à la procédure conventionnelle, de sa renonciation à la clause postcontractuelle, peut-il profiter de la convention pour la faire valoir ? Soit, sévèrement, c'est le moment de notification du licenciement qui doit prévaloir, soit, faisant une part plus belle au consensualisme, c'est celui de la convention de rupture. La chronologie des faits irait dans un sens retenant la primauté du moment auquel est intervenue la première manifestation de volonté de rompre²⁴⁶⁵.

Mais le moment de formalisation de la convention de rupture doit pouvoir l'emporter sur celui de la notification du licenciement, du fait que le salarié est censé avoir pu négocier les conditions de son départ, et que l'insertion dans la convention de la levée de la restriction postcontractuelle a été consentie par lui. Les parties ayant eu la possibilité de s'entendre sur leur séparation, les parties ont pu renoncer au licenciement, et à cette occasion, le renoncement de l'employeur à l'obligation de non-concurrence trouverait alors sa ratification dans le renoncement réciproque du salarié à la contrepartie. Cette lecture semble la plus respectueuse de l'admission en droit social de la possibilité laissée aux parties de trouver un accord amiable, même en situation de différend. La convention devrait alors naturellement couvrir l'absence préalable de renonciation - c'est ce qu'a retenu la jurisprudence²⁴⁶⁶ - sauf si l'employé démontre que l'acceptation des conditions de la rupture conventionnelle a été faite sous pression²⁴⁶⁷.

²⁴⁶³ Soc. 3 mars 2015, n° 13-20.549, à paraître au Bulletin, Rev. trav. 2015. 322, obs. AUZERO G.

²⁴⁶⁴ *Idem*.

²⁴⁶⁵ La Cour de cassation s'est d'ailleurs déjà prononcée dans ce sens, faisant prévaloir les effets du premier mode de rupture sur celui qui lui a succédé (bien qu'il n'ait pas été question de rupture conventionnelle dans les espèces concernées) : Sur une prise d'acte suivie d'un licenciement : Soc. 19 janv. 2005, Bull. civ. V, n° 12, pourvoi n° 03-45.018, D. 2005. 386, obs. GUIOMARD P. ; *ibid* 2499, obs. LARDY-PELISSIER B. et PELISSIER J. ; Dr. soc. 2005. 473, obs. FAVENNEC-HERY F. Cf. ég. sur la résiliation et la démission : Soc. 30 avr. 2014, Bull. civ. V, n° 108, pourvoi n° 13-10.772, D. 2014. 1043 ; Dr. soc. 2014. 675, obs. MOULY J. Sur la prise d'acte suivie d'une résiliation judiciaire : Soc. 31 oct. 2006, Bull. civ. V, n° 321, pourvoi n° 05-42.158. Sur la mise à la retraite suivie d'une résiliation judiciaire : Soc. 13 juill. 2010, pourvoi n° 08-43.852, inédit. Sur la rupture conventionnelle suivie d'une résiliation judiciaire : Soc. 10 avr. 2013, Bull. civ. V, n° 98, pourvoi n° 11-15.651.

²⁴⁶⁶ Soc. 3 mars 2015, n° 13-20.549, préc.

²⁴⁶⁷ V. Soc. 23 mai 2013, Bull. civ. V, n° 128, pourvoi n° 12-13.865, D. 2013. 1355 ; D. 2013. 1768, obs. FLORES Ph., D. 2014. 1115, obs. LOKIEC P. ; SERVERIN E., « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », Rev. trav. 2012. 110 ; LEROUGE L., « Rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée : quelle protection pour le salarié en situation de vulnérabilité psychologique ? », Dr. Soc. 2015. 406 ; CHENU D., « Confirmations et

530.- L'aspect suspect de la renonciation. De manière générale, l'encadrement du moment de la renonciation lutte contre la forte potestativité qu'entreprendrait un droit à renonciation laissé à l'entière discrétion de l'employeur²⁴⁶⁸, mais il traduit aussi une forme de suspicion²⁴⁶⁹ autour d'une certaine versatilité du créancier de l'obligation postcontractuelle. Pourquoi renoncer à une stipulation qui, pour être valable, doit tirer son existence de la nécessité de protéger un intérêt légitime ? C'est ce point qui finalement appelle l'attention du juge, tenté de voir un « *caractère douteux* »²⁴⁷⁰ dans le revirement de l'employeur. Le fait de changer d'avis *in extremis* serait finalement révélateur de l'inutilité préexistante de la clause, étant difficile d'imaginer une disparition inopinée de l'intérêt légitime. C'est pourquoi le droit à renonciation peut finalement s'assimiler à « *une vérification a posteriori de la licéité de la clause elle-même* »²⁴⁷¹. De plus, le contrôle des modalités de renonciation est un point crucial en ce qu'il conditionne les effets de celle-ci. Les recours en contestation de la renonciation par les salariés visent effectivement le maintien de la contrepartie financière, laquelle pouvait être légitimement attendue en fin de contrat. Il faut alors relever que lorsque la renonciation ne produit pas valablement ses effets, la contrepartie est due. Le salarié qui aurait exécuté une clause de non-concurrence illicite, du fait de la renonciation en cours d'exécution postcontractuelle, subit nécessairement un préjudice²⁴⁷².

531.- Le non-paiement de la contrepartie financière peut-il s'analyser en une renonciation tacite à la clause restrictive ? Répondre à cette question attire l'attention sur le fait que les comportements susceptibles de traduire une telle intention pourraient facilement se confondre avec une simple inexécution. La réponse à cette question peut sembler incohérente, en raison des décisions jurisprudentielles paraissant parfois contradictoires, au sujet de ce qui se présente véritablement comme « *un question lancinante* »²⁴⁷³.

D'une part, la Cour de cassation apprécie et sanctionne sévèrement l'absence de contrepartie à la restriction postcontractuelle. Elle retient en effet la nullité d'une stipulation à partir de laquelle l'employeur aurait payé une partie de l'indemnité compensatrice antérieurement à la cessation de la relation de travail, libérant ainsi le salarié de son obligation de non-concurrence²⁴⁷⁴.

précisions en droit de la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2015. 941. V. en outre : TOURNAUX S., « Clause de renonciation et rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2013. 860.

²⁴⁶⁸ Cf. *supra* n° 391.

²⁴⁶⁹ MOULY J., Dr. soc. 2010. 1118, préc.

²⁴⁷⁰ MOULY J., Dr. soc. 2010. 1118, préc.

²⁴⁷¹ MOULY J., Dr. soc. 2010. 1118, préc.

²⁴⁷² Soc. 10 mai 2012, pourvoi n° 09-72.348.

²⁴⁷³ BAHUREL Ch., « Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause », D. 2013. 2622, au sujet de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence.

²⁴⁷⁴ Soc. 19 févr. 1969, Bull. civ. V, n° 110, (pas de n° de pourvoi) ; 16 mai 2012, Bull. civ. V, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, Gaz. Pal. 2012, n° 201, p. 14, note LE GAC-PECH S., et n° 285, p. 17, obs. HOUTCIEFF D. ; D. 2012. 1409, *ibid* 2760, obs. ROBINNE S., et 2013. 1026, obs. PORTAJ. ; Dr. soc. 2012. 784, note RADE C. ; RDC 2013. 74, obs. GENICON

D'autre part, la Haute juridiction affirme que le fait pour l'ancien employeur de ne pas s'acquitter de l'indemnité due en contrepartie de la restriction imposée au salarié, ne libère pas ce dernier de son obligation de non-concurrence postcontractuelle²⁴⁷⁵.

En l'occurrence, le critère temporel est essentiel. Si l'employeur se prévaut d'une satisfaction de la contrepartie en invoquant un versement de l'indemnité avant la cessation de la relation de travail, c'est la validité de la clause qui est touchée et non son exécution. C'est la construction même de l'obligation qui est défaillante et expose la stipulation à la nullité. Mais si la construction de la clause est satisfaisante au regard de ses conditions de validité, le paiement devant être postcontractuel, c'est sur le terrain de l'exécution que la question se déporte. C'est donc le comportement postcontractuel du contractant qui est regardé. Le fait que l'inexécution soit postcontractuelle pourrait faire croire en une renonciation. Mais reconnaître la renonciation dans une inexécution revient à prononcer une résolution pour inexécution de façon déguisée, tout en offrant au débiteur de la contrepartie financière une possibilité de s'affranchir de son engagement par la voie de la faute contractuelle. La faute ne pouvant être érigée en moyen de sortir de l'engagement, il est tout à fait justifié que la jurisprudence refuse de voir une renonciation dans l'inexécution. La preuve de la renonciation nourrit ainsi le contentieux.

C- LA PREUVE DE LA RENONCIATION

532.- « *La preuve est la rançon des droits* »²⁴⁷⁶. S'il est possible de renoncer à une stipulation postcontractuelle, faut-il encore savoir sous quelle forme il est possible d'y parvenir. Or, la renonciation ne se présume pas²⁴⁷⁷. On l'a vu, la révocation des clauses processuelles peut être tacite, pourvu qu'elle soit claire et univoque ; la renonciation de l'employeur doit être individuellement notifiée à l'employé. La clause limitative de la garantie d'éviction en est encore un autre exemple : sa validité dépend de

Th. : si une contrepartie dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie financière rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée.

²⁴⁷⁵ Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvoi n° 12-22.846, D. 2013. 2622, note BAHUREL C., et 2812, obs. PICOD Y. ; Soc. 16 mai 2012, Bull. civ. V, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, D. 2012. 1409, 2760, obs. ROBINNE S., et 2013. 1026, obs. PORTA J. ; Dr. soc. 2012. 784, note RADE C. ; RDC 2013. 74, obs. GENICON Th. ; Gaz. Pal. 2012, n° 201, p. 14, note LE GAC-PECH S., et n° 285, p. 17, obs. HOUTCIEFF D. ; JCP S 2012, n° 30, 1329, note LOISEAU G.

²⁴⁷⁶ VON JHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 1886-1888, Forni editore, réimpression 1969, t. 4, p. 200. Cf. ég. GOMY M., « Renonciation d'un commun accord à la clause de non-concurrence », D. 2003. 968 : « *un droit est si peu de chose sans la preuve de son existence* ».

²⁴⁷⁷ Art. 804 du C. civ. *Adde* Com. 26 mai 1998, Bull. civ., n° 165, pourvoi n° 96-12.207 ; Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 66, pourvoi n° 89-14.418 ; Civ. 1^{re}, 19 nov. 1985, Bull. civ. I, n° 311, pourvoi n° 84-14.638 ; Com. 20 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 134, pourvoi n° 80-15.220 ; Com. 18 févr. 1980, Bull. civ. IV, n° 85, pourvoi n° 78-13.879 ; Com. 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 150, pourvoi n° 95-13.957 ; Soc. 7 mars 2000, Bull. civ. V, n° 80, pourvoi n° 98-40.659, D. 2002., obs. GOMY M.

l'univocité de la volonté des parties²⁴⁷⁸. Elle l'expression contractualisée d'une renonciation du bénéficiaire de la garantie à cette dernière. Cette renonciation contractualisée doit donc être clairement identifiable, bien qu'elle puisse néanmoins être identifiée de façon implicite, ce qui impose une « *inefficacité des clauses de style* »²⁴⁷⁹. L'intention qui supporte la clause est alors laissée à l'appréciation du juge²⁴⁸⁰.

Ce dernier cas de figure permet de renoncer, dans l'acte de vente, à un droit postcontractuel. Mais qu'en est-il lorsque le débiteur d'une clause contenue dans un acte solennel souhaite y renoncer *a posteriori* ?

533.- La renonciation à une clause d'inaliénabilité. La clause d'inaliénabilité est souvent insérée dans les donations-partages, lesquelles sont soumises au formalisme de l'acte authentique. Il serait alors tentant d'imposer un parallélisme, contraignant le bénéficiaire de la stipulation à recourir à une convention notariée pour faire valoir sa renonciation à la clause. La doctrine rappelle de façon générale que « *l'acte unilatéral ne pourra jamais en principe être révoqué* »²⁴⁸¹ et la jurisprudence peut y veiller²⁴⁸² ; elle exige d'ailleurs que « *la renonciation à une donation doit revêtir la même forme authentique que l'acceptation qu'elle entend rétracter* »²⁴⁸³. Toutefois, l'exigence est adoucie lorsqu'il ne s'agit que de renoncer à une stipulation, puisque la Cour de cassation a estimé que « *si tout acte portant donation entre vifs doit être passé devant notaire, aucun texte n'oblige le donateur, qui entend renoncer postérieurement à une clause de cet acte, fut-elle protectrice de ses intérêts, à utiliser la forme*

²⁴⁷⁸ À commencer par assurer l'univocité de l'intention des parties qui est une condition de validité de la clause restrictive. Cf. LEGUIDEC R. et CHABOT G., J-cl. Art. 1627 à 1629 - Fasc. unique : VENTE. – Obligations du vendeur. – Garantie en cas d'éviction : modifications conventionnelles, n° 15 et s. : « *la clause restrictive doit être nettement exprimée, des formules vagues ou trop générales étant considérées comme insuffisantes. Mais cela ne signifie pas que la clause doive être exprimée en des termes formels. Elle peut être implicite du moment que l'intention des parties ne fait aucun doute* ».

²⁴⁷⁹ Cf. LEGUIDEC R. et CHABOT G., J-cl. Art. 1627 à 1629, préc., n° 26. Cf. ég. n° 18 : « *ainsi par exemple lorsqu'il est précisé dans l'acte de vente qu'il existe un risque d'éviction accepté par l'acheteur. De cette acceptation, on déduit la renonciation de l'acquéreur à se prévaloir de la garantie à propos d'un risque dont la dénonciation, par le vendeur, ne l'a pas empêché cependant de traiter* ».

²⁴⁸⁰ Art. 1602 du C. civ. : *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.*

²⁴⁸¹ MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, préf. RAYNAUD P., n° 346, p. 314 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, vol. 1, Sirey, 15e éd., Paris, 2012, n° 496, p. 490. Cf. contra « *une renonciation peut, en général, être rétractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit duquel elle a été faite* », in AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, Cosse, Marchal et Cie, t. 4, 4e éd., Paris, 1871, n° 323, p. 204. Des autorisations légales existent : Art. 801, 807, 1035 et 1364 C. civ. ; art. L. 145-58 c. com. ; art. 384, 394 et s. du CPC ; art. L. 112-9, L. 132-5-1 s., L. 132-9-1 et L. 132-25, C. assur. ; art. L. 121-20, L. 121-25 et L. 311-12 C. conso.

²⁴⁸² Civ. 3^e, 29 avr. 1987, Bull. civ. III, n° 91, pourvoi n° 85-17.573: le congé met fin au bail et ne peut être rétracté sans le consentement de celui auquel il a été donné; 27 juin 1984, Bull. civ. III, n° 125, pourvoi n° 83-12.552; 12 juin 1996, Bull. civ. III, n° 138, pourvoi n° 94-16.701; 12 juill. 1988, Bull. civ. III, n° 126, pourvoi n° 86-19.610. Comp. Civ. 3^e, 6 mars 1973, Bull. civ. III, n° 164, pourvoi n° 71-14.747.

²⁴⁸³ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, Bull. civ. I, n° 289, p. 253, pourvoi n° 04-14.652.

authentique »²⁴⁸⁴. Le donateur pourra donc renoncer à son droit par un simple acte sous seing privé. Ce dernier n'emportant pas de transfert de propriété, la souplesse des juges est bien adaptée. Un doute est néanmoins permis sur l'effet dans le temps de la renonciation. Le donateur « *qui entend renoncer postérieurement à une clause* », tel que l'énonce la Haute juridiction, renonce-t-il pour l'avenir ou rétroactivement au bénéfice de la stipulation ? Ici, le fait de renoncer *postérieurement* peut tout autant signifier la volonté de revenir sur l'engagement passé, et celle de se délier pour *après*. Mais la renonciation produit un « *effet abdicatif* »²⁴⁸⁵ qui doit être interprété de manière restrictive. Ce caractère strict puise sa source dans le fait que l'abdication restreint les droits du bénéficiaire qui agit volontairement en faveur du débiteur. Le contexte des libéralités contribue également à la conception restrictive de la portée de la renonciation. Ces éléments indiquent donc que l'extinction du droit joue pour l'avenir²⁴⁸⁶, excluant ainsi toute rétroactivité, laquelle aggraverait l'étendue de la renonciation²⁴⁸⁷.

Mais, sous une forme conventionnelle, le renoncement à l'inaliénabilité peut également résulter sous une autre forme, celle d'une prérogative accordée au donateur, par la clause elle-même. Tel est le cas lorsque la stipulation prévoit que celui-ci pourra intervenir à l'aliénation, donnant ainsi son agrément et libérant le gratifié de la restriction. Dans ce cas, il est utile de s'interroger sur les modalités d'exercice de cet agrément lorsque l'aliénation précède la renonciation.

534.- La possibilité de renoncer *a posteriori*. La renonciation à une prérogative postcontractuelle peut-elle résulter d'une confirmation²⁴⁸⁸ *a posteriori* de l'acte allant à l'encontre de la prérogative ? En d'autres termes, on peut se demander si, lorsque le débiteur ne satisfait pas son obligation postcontractuelle, le créancier peut renoncer *ex post facto* au droit tiré de cette obligation, par la voie d'une confirmation. Une illustration du problème est donnée par les faits d'une espèce qui mettait en regard deux situations postcontractuelles.

La première situation était celle résultant d'une donation-partage par laquelle un donateur avait consenti l'usufruit d'un immeuble à son épouse, et la nue-propriété du bien à cette dernière et leurs enfants. Le démembrement donnait lieu à une indivision, tandis que la donation s'accompagnait d'une clause d'inaliénabilité et d'un droit de retour.

²⁴⁸⁴ Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, Defrénois 1997, art. 36682, note GELOT B. Comp. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2005, Bull. civ. I, n° 168, D. 2005. IR. 1112, et Pan. 2114, spéc. 2123, obs. NICOD M. ; AJ fam. 2005. 360, obs. BICHERON F. ; Dr. fam. 2005, n° 144, note BEIGNER B. *Adde* Civ. 1^{re}, 4 avr. 2005, pourvoi n° 2005. 360, AJ fam. 2005. 360.

²⁴⁸⁵ HOUTCIEFF D., Rép. Dr. Civ., V° « Renonciation », n° 2 ; SEILLAN Y., « L'acte abdicatif », RTD civ. 1966. 686 ; RAYNAUD P., « La renonciation à un droit », RTD civ. 1936. 763, n° 22. Déjà, sur l'emploi de ce vocabulaire, v. GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, Soc. du Rec. Sirey, 1913, p. 205.

²⁴⁸⁶ BRETON A., « Théorie générale de la renonciation aux droits réels », RTD civ. 1928. 261.

²⁴⁸⁷ Il faut néanmoins signaler que la renonçant à la succession abdique de ses droits rétroactivement, mais la rétroactivité ici est protectrice des intérêts du bénéficiaire autant qu'elle garantit un certain pragmatisme.

²⁴⁸⁸ Art. 1182 (nouv.) C. civ.

La seconde situation naissait du louage du bien ainsi démembré. En l'espèce, l'immeuble était loué, alors que l'ensemble des indivisaires souhaitaient le vendre. C'est en vue de la vente qu'un congé, avec offre de vente, a été délivré aux locataires. Toutefois, ce congé était donné sans le concours du donateur, ce qui posait alors la question de sa validité, compte tenu de son but (aliéner le bien) et de la clause d'inaliénabilité opposable aux indivisaires-donataires.

Le problème de droit portait donc sur l'absence de concours du donateur et sur la possibilité pour lui de ratifier l'acte *a posteriori*.

535.- La question du concours du donateur. Les preneurs contestaient la validité du congé pour vendre, en raison du non-concours du donateur. Les indivisaires avançaient le droit de confirmation de la vente *a posteriori* du donateur, impliquant la validité du congé délivré aux locataires, ces derniers n'ayant pas exercé leur droit de préemption. Ils invoquaient à l'appui de leurs prétentions un document, produit 18 mois après le congé, dans lequel le donataire faisait part de sa non-opposition à la vente. Ils arguaient également que, en raison de la relativité de la nullité encourue, seul le donateur disposait de la qualité pour invoquer la méconnaissance de la clause d'inaliénabilité.

La Cour de cassation s'est prononcée en faveur des preneurs, en affirmant que « *ayant relevé que le donateur, bénéficiaire d'un droit de retour, avait stipulé dans l'acte de donation une clause d'inaliénabilité interdisant aux donataires de vendre leurs droits sur ce bien sans son consentement, la cour d'appel [...] en a exactement déduit que le congé avec offre de vente était irrégulier faute d'intervention du donateur pour donner son consentement à la vente et retenu que ce consentement ne pouvait être efficace que lors d'un nouveau congé* »²⁴⁸⁹.

536.- La possibilité de ratifier. La question juridique portée devant la cour porte sur la possibilité laissée au donateur de ratifier la vente conclue sans son intervention. L'arrêt ne se prononce pas précisément sur ce point, présenté par les demandeurs par le biais la notion de confirmation²⁴⁹⁰, et la ratification de la vente ne suffit pas à soulager les donataires des formalités imposées par la clause. En l'occurrence, le donateur n'entendait pas renoncer à son droit d'intervention, quoique l'identification de son intention peut prêter à confusion : le fait en l'espèce d'attester d'une « *non-opposition* » relève-t-il d'une renonciation à se prévaloir de la clause, c'est-à-dire à son droit de concours, ou d'une confirmation de l'acte, et donc à un concours rétroactif ? La formulation négative du comportement

²⁴⁸⁹ Civ. 3^e, 31 mai 2006, pourvoi n° 05-10.270, AJDI 2006. 830, obs. LA VAISSIERE (de) F.

²⁴⁹⁰ AMBRA (d') D., *Rép. Civ. Dalloz*, V° « Confirmation » ; DUPEYRON C., *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, LGDJ, 1973 ; KLEIN J., « Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental », *Defrénois* 2006, art. 38384, p. 695 ; RAYNAUD P., « La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en droit civil) », *RTD civ.* 1936. 736 et s. ; SEILLAN Y., « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966. 686.

du bénéficiaire (*non-opposition*) aurait pu être assimilée à une renonciation à se prévaloir de la clause. Or, la renonciation ne joue que pour l'avenir.

Quid alors de la nullité relative ? Les locataires ont un intérêt évident à contester la validité du congé. Mais ce n'est pas pour autant que cet intérêt suffise à justifier le droit d'invoquer la nullité relative – laquelle cherche à protéger exclusivement le donateur bénéficiaire de la clause violée. La protection des locataires aurait pu reposer sur leur droit de contester une éviction injustifiée, ou sur le recours consenti aux tiers lorsque la violation d'une obligation contractuelle leur cause un dommage. Mais la Cour ne se prononce pas sur l'intérêt à agir des locataires, le pourvoi n'allant pas sur ce terrain. Elle se concentre, de façon originale, sur l'efficacité de la clause d'inaliénabilité et de ses effets non pas sur un acte d'aliénation, mais sur un acte intermédiaire – à savoir le congé donné en vue d'aliéner.

Alors que l'acte d'aliénation lui-même est validé par le bénéficiaire de la clause, le congé, qui lui n'est pas un acte d'aliénabilité, est mis en échec. Ainsi, la force obligatoire de la clause contenue dans la donation est étendue à un acte qui, en lui-même, n'aliène pas le bien, et relève du droit de disposition de l'usufruitier qui a consenti le bail. C'est pourquoi il ne paraît pas évident de comprendre comment, en théorie, les effets de la clause sont véritablement en mesure d'atteindre le congé donné aux occupants d'un bien dont le donateur n'a plus l'usufruit. De plus, alors que le bénéficiaire n'entend pas se prévaloir du droit que la clause crée dans son intérêt, la Cour de cassation reconnaît que les locataires sont fondés pour leur part à opposer la stipulation. En résumé, les tiers sont fondés à opposer une clause d'inaliénabilité à des parties dont le créancier n'entend pas se prévaloir de la prérogative, au sujet d'un acte qui n'est pas une aliénation, et alors même que l'aliénation est valable... Si bien que la vente peut être compromise par le jeu de la stipulation, mais de façon totalement indirecte sur le plan des acteurs et sur le plan des actes concernés. Il aurait probablement semblé plus compréhensible que la validité du congé soit compromise non pas par l'absence d'intervention au moment de sa délivrance, mais seulement à la vente ultérieure. La contestation du congé aurait été fondée sur l'irrégularité de la vente postérieure, pourvu que celle-ci existe.

Mais la justification de la solution adoptée par la Cour de cassation peut, semble-t-il, être recherchée au plus proche du sens de la clause et plus respectueuse de son domaine d'efficacité. Il est possible de voir, au travers de son raisonnement, que la Haute juridiction considère le congé comme ce qui s'apparente à un acte préparatoire de la vente. Elle transforme ainsi un congé, qui vise l'extinction d'une convention, en un acte préparant la formation d'un contrat ultérieur. Par ce biais, l'acte préparatoire est aspiré dans le domaine de la clause d'inaliénabilité.

537.- Lecture chronologique des effets obligatoires. Toutefois, l'appréciation *in favorem* peut également s'expliquer par une lecture strictement chronologique des effets de la clause d'inaliénabilité, complétée par celle des conditions de validité du congé. En l'espèce, le droit de donner congé n'est pas en soi remis en question. Il appartient aux prérogatives de l'usufruitier qui a consenti le bail. Mais il s'agit en l'occurrence d'un congé fondé sur une raison bien définie : l'aliénation de l'immeuble donné à bail. Le motif du congé, pour être valable, doit être sérieusement établi, c'est-à-dire que la vente doit pouvoir effectivement être réalisée. Il doit d'ailleurs décrire les conditions de la vente pour être valable²⁴⁹¹. Or, le fait de vendre nécessite le droit de vendre. Dès lors, le bailleur qui ne dispose pas du droit de vendre ne peut prétendre au droit de donner congé pour vendre, et encore moins valablement soutenir l'offre de vente aux locataires (laquelle accompagne le congé). La Cour de cassation déduit une condition *ad validitatem* du congé pour vendre : le bailleur doit avoir le droit d'aliéner le bien, sans quoi le congé ne peut produire ses effets, pas plus que le locataire ne pourrait valablement préempter (il s'exposerait eux effets de la clause d'inaliénabilité). L'absence de ce droit au moment de la délivrance du congé rend ce dernier illégitime. La ratification ultérieure de la vente par le donateur ne peut déjouer le fait qu'au moment où il a été donné, le congé ne pouvait l'être. C'est pourquoi les événements survenus postérieurement ne peuvent corriger l'irrégularité du congé. Quand bien même la confirmation aurait-elle un effet rétroactif, elle ne peut couvrir les conditions de validité du congé qui doivent être d'ordre public. Ce résultat peut d'ailleurs s'appuyer, par analogie, sur le principe de neutralité de la renonciation à l'égard des tiers²⁴⁹². On peut alors affirmer que si l'agrément à la vente avait été donné par le donateur antérieurement au congé, ce dernier aurait été valable. Sans cette condition, l'exigence de voir le donateur intervenir au moment du congé permet de garantir le droit de vendre et donc de rendre au congé tant son objet que ses caractères légitimes sérieux. La protection des preneurs doit en conséquence être pleinement approuvée.

Enfin, il est également utile de relever que les coïndivisaires se prévalaient d'une confirmation déduite d'une correspondance. L'acte de confirmation aurait mérité d'être formalisé, par un acte sous seing privé comme cela est toléré pour la renonciation, et, compte tenu du besoin de justifier des raisons qui autorisent le congé, l'agrément aurait dû être présenté aux preneurs. C'est ce que l'on peut déduire de l'arrêt qui précise dans son dispositif que seul un nouveau congé peut produire ses effets en vue d'une vente. Il est donc certain que la Cour de cassation refuse de voir dans les éléments produits par

²⁴⁹¹ Art. 15, II, al. 1.

²⁴⁹² HOUTCIEFF D., Rép. V° « Renonciation », n° 56.

les donataires une confirmation. L'autorisation doit intervenir par le concours du donateur au congé lui-même.

§2) L'inefficacité des clauses pondérée par des alternatives

538.- Les modes de régulation alternatifs. La validité des clauses postcontractuelle repose sur un équilibre interne²⁴⁹³. Mais la lecture de la jurisprudence montre que leur validité ne suffit pas à garantir leur efficacité. Cette dernière est mise à l'épreuve par des circonstances extérieures telles que le contexte économique et juridique. Mais les clauses postcontractuelles ne sont pas les seules sources de régulation de l'après-contrat²⁴⁹⁴. Les acteurs économiques peuvent organiser eux-mêmes les conditions d'un meilleur équilibre dans l'après-contrat, autant qu'ils seront soumis à des mécanismes légaux remplissant les mêmes fonctions que certaines stipulations. Une vigilance est effectivement présente, autant à l'échelle d'intérêts collectifs (**A. Des alternatives à l'échelle d'intérêts collectifs**) que des rapports individuels (**B. Des alternatives à l'échelle des rapports individuels**).

A- DES ALTERNATIVES A L'ÉCHELLE D'INTÉRÊTS COLLECTIFS

539.- Après les clauses, que reste-t-il ? « *Après l'extinction du contrat, quelle qu'en soit la cause, le cocontractant retrouve une pleine et entière liberté de travailler, de concurrencer son ancien contractant si aucune clause de comportement n'a préalablement été prévue par le contrat pour la période post-contractuelle* »²⁴⁹⁵. Il faut clairement modérer la portée de cette affirmation. En effet, ce n'est pas parce que les parties n'ont pas anticipé l'après-contrat par la voie conventionnelle que ce dernier n'est pas assujéti à des lois autres que privées. Précisément, même après l'expiration des clauses postcontractuelles, des directives de comportement de source extracontractuelle peuvent s'imposer aux anciens contractants ; des sortes d'obligations « *hors cadre* »²⁴⁹⁶. Il existe en effet des alternatives à la gestion contractuelle de l'après-contrat, lesquelles cherchent également la protection d'un intérêt postcontractuel. On peut voir dans ces alternatives une fonction partagée, qui est une « *fonction de protection de la relation passée* »²⁴⁹⁷. Mais s'ajoute à cette fonction une recherche profonde et constante

²⁴⁹³ Cf. *supra* Seconde partie, Titre I, Chapitre 1, Section 2.

²⁴⁹⁴ Cf. *infra* et *supra* 34, 222 et s., 232, 270, 289, 307, 308, 317 et s., 334, 344, 352, 359, 375, 385, 401, 420 et s., 424 et s., 430, 457, 538 et s., 550 et s., 564, 654 et s. (sur le besoin de régulation de l'après-contrat et les moyens employés) et les moyens employés.

²⁴⁹⁵ GRAS N., th. préc., n° 89, p. 82.

²⁴⁹⁶ VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in GILSON S., *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 163.

²⁴⁹⁷ GRAS N., th. préc. n° 90, p. 83.

d'une régulation de la période postcontractuelle qui ne peut être livrée au règne d'une liberté absolue. C'est pourquoi, l'équilibre postcontractuel ne repose pas exclusivement sur les précautions prises par les parties, et doit également être défendu en cas d'épuisement ou de neutralisation des clauses. Les acteurs économiques vont donc exploiter des instruments juridiques alternatifs pour se prémunir contre une inefficacité de la clause ou la contrebalancer.

Par exemple, si le recours à la clause de non-concurrence est prohibée dans le contrat de travail ou de collaboration d'un avocat, cela ne signifie pas pour autant que la liberté postcontractuelle laisse libre cours à une concurrence déloyale. En effet, le développement de la clientèle par l'ancien collaborateur ou salarié, s'il est effectué de manière déloyale peut engager la responsabilité délictuelle de ce dernier²⁴⁹⁸. Les règles de la concurrence sont d'ailleurs d'un grand secours en présence, en-dehors de la profession d'avocat, d'une clause de non-concurrence dont le recours serait certes licite en son principe, mais se révélerait nulle *in casu*.

540.- Responsabilité postcontractuelle et clause de non-concurrence nulle. La nullité d'une clause de non-concurrence fait-elle obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié en raison d'actes de concurrence déloyale ? La jurisprudence s'est déjà prononcée la question²⁴⁹⁹, à l'occasion d'un arrêt dans lequel, après sa démission auprès de son employeur, un salarié tenu par une clause de non-concurrence postcontractuelle avait été embauché par une société concurrente. Prenant connaissance de la clause de non-concurrence, le nouvel employeur licenciat le salarié, afin d'échapper à toute responsabilité pour tierce-complicité. Or, sur recours prud'homal de l'employé, ladite clause se trouvait frappée de nullité. La première difficulté était alors de savoir si ce dernier, licencié en raison d'une obligation reconnue nulle, pouvait réclamer la réparation du préjudice subi par un licenciement devenu privé d'objet. La Cour de cassation, confirmant la décision des juges du fond, admet la faute de la société ayant exigé l'exécution d'une clause de non-concurrence nulle, à l'origine du licenciement du salarié²⁵⁰⁰. Cependant, les juges du droit rompent avec le raisonnement de la cour d'appel, en n'excluant pas pour autant le droit pour l'ex-employeur d'agir en responsabilité

²⁴⁹⁸ En l'occurrence, ce sont les règles de concurrence déloyale qui peuvent trouver à s'appliquer, engageant ainsi la responsabilité délictuelle de la partie fautive, alors que sa responsabilité contractuelle aurait été engagée en cas d'inexécution d'une clause de non-concurrence (cf. *supra* n° 427 et s.). V. par ex. Com. 8 mars 1982, Bull. civ. IV, n° 89, pourvoi n° 81-10.256 : viole par refus d'application les articles 1382 et 1383 du Code civil une Cour d'appel qui, pour débouter un commerçant de son action en concurrence déloyale, retient que les défendeurs n'avaient contrevenu à aucune de leurs obligations contractuelles envers ce commerçant alors que la concurrence déloyale trouve son fondement dans les dispositions des articles précités.

²⁴⁹⁹ Soc. 3 nov. 2010, inédit, pourvoi n° 09-42572 ; CCC 02/2011, comm. 28, obs. MALAURIE-VIGNAL M. Rapp. Pour la location-gérance et le mandat : DISSAUX N., V° « Artisan », *Rép. Com. Dalloz*.

²⁵⁰⁰ « La société NMA avait exigé l'exécution d'une clause de non-concurrence nulle, et qu'il en était résulté pour le salarié la perte de son emploi, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé la faute de cette société et le préjudice subi par le salarié », in Soc. 3 nov. 2010, inédit, pourvoi n° 09-42.572, préc.

contre son ex-salarié pour des actes de concurrence déloyale qui lui auraient porté préjudice. Elle affirme ainsi que « *la nullité de la clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié en raison d'actes de concurrence déloyale de ce dernier lui portant préjudice* ». La responsabilité postcontractuelle de l'ex-salarié est certes impossible sur le terrain contractuel, mais c'est sur le fondement des articles 1240 (nouveau) du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail²⁵⁰¹ qu'elle peut toutefois être engagée.

541.- L'influence des règles déontologiques. Mais le comportement postcontractuel de l'ancien contractant doit plus particulièrement être guidé par les devoirs déontologiques propres à la profession. Ces devoirs lui imposent ce qui peut s'apparenter à une obligation de délicatesse, notamment dans le devoir de prendre attache avec l'ex-employeur dans le cas d'une sollicitation d'un de ses clients²⁵⁰². Toutefois, la violation d'un devoir déontologique ne relèvera que du domaine disciplinaire, ce qui conduira l'ancien employeur désireux de faire valoir un préjudice économique à agir devant la juridiction compétente, sauf transaction entre les parties par le concours du bâtonnier²⁵⁰³. Nous noterons que si l'ancien contrat de travail ou de collaboration prévoyait une clause de gestion des litiges, elle ne devrait néanmoins pas trouver à s'appliquer en présence d'un dommage postcontractuel résultant de la concurrence déloyale. En effet, la faute est délictuelle, mais surtout elle est « *étrangère à l'interprétation et à l'exécution* »²⁵⁰⁴ du contrat passé.

En l'occurrence, la profession d'avocat montre que la prohibition de la loyauté parvient, tout en se dégageant de la source contractuelle, à ne s'organiser que par l'intervention de la loi ou par l'organisation d'une discipline interne à l'activité dont les normes sont voisines de préceptes moraux et éthiques. La loyauté résulte donc d'une autorégulation, contrainte par le droit disciplinaire et qui s'inscrit dans une expression du solidarisme selon lequel « *l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel* »²⁵⁰⁵. Mais

²⁵⁰¹ « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ».

²⁵⁰² SERRA Y., « *Le contrat de travail d'un avocat salarié ne doit pas comporter de clause de non-concurrence portant atteinte à sa liberté d'établissement ultérieur* », préc.

²⁵⁰³ Art. 21 de la loi du 31 déc. 1971.

²⁵⁰⁴ Grenoble, 30 janvier 2008, RG n° 05/01127 : « *Attendu en revanche que la concurrence déloyale relève des règles de la responsabilité délictuelle ; qu'elle est distincte de l'obligation de non concurrence ; qu'elle n'est pas concernée par le protocole susvisé ; qu'elle est étrangère à l'interprétation et à l'exécution du protocole ; que toute demande à ce titre ne peut relever que de la compétence d'attribution de la juridiction étatique* ».

²⁵⁰⁵ MAZEAUD D., « *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* », in *Mélanges Terré, L'avenir du droit*, PUF, Dalloz, 1999, p. 603.

la mise en œuvre de la régulation propre à compléter les normes coercitives existe également, de façon plus générale, au travers du droit souple, dit *soft law*.

542.- L'influence du *soft law*. Outre la loi et le contrat, le *soft law*²⁵⁰⁶ peut également se saisir de l'intérêt postcontractuel, de sorte que l'éthique, au travers du devoir de loyauté notamment, permet d'observer « *une sorte de porosité entre la formation du contrat et l'exécution de celui-ci, lesquelles seront toutes deux caractérisées par l'existence d'un devoir de loyauté* », et qu' « *il est impossible d'opposer radicalement la période pré et post-contractuelle* »²⁵⁰⁷. En témoignent de façon plus générale la conception de nomenclatures telles que la norme AFNOR Z 20 000²⁵⁰⁸, mais également une tendance au développement de codes de bonne conduite et de chartes²⁵⁰⁹. À la recherche de mesures d'autorégulation du marché²⁵¹⁰, certains pays membres de l'Union Européenne ont adopté ces normes souples pour se prémunir contre les pratiques concurrentielles déloyales²⁵¹¹, notamment dans le domaine des chaînes de distribution alimentaire²⁵¹². Le Code de déontologie européen de la franchise, établi en

²⁵⁰⁶ GUINARD D., « À propos du soft law en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », Rev. UE 2013. 609 ; THIBIERGE C., « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », RTD Civ., 2003, p. 599 ; MAURIN L., « Le droit souple de la responsabilité civile », RTD civ. 2015. 517. Adde FLIESS B. et GORDON K., *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, OCDE, juin 2000 ; LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques, Outils de gestion des risques*, Lamy Conformité, 2012 ; COUPET C., « Les normes d'origine privée », RTD com. 2015. 437 ; DEUMIER P., « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », in *Les codes d'éthique, Prénices d'une gouvernance d'entreprise transnationale*, Cah. dr. ent. 2014, n° 4, p. 37 ; HACHEZ I. et al. (dir.), *Les sources du droit revisités, Normativités concurrentes*, vol. 3, Limal, Anthémis, Publications de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2013, p. 114 s. ; LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit*, th. Saint-Étienne, 2016.

²⁵⁰⁷ BRUNSWICK Ph., « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », Cahiers de l'entreprise, 1, janv.-févr. 2016, p. 17 et s.

²⁵⁰⁸ Norme publiée le 16 juill. 1987, elle est non-contraignante : Paris, 23 juin 2006, JurisData n°2006-312403 ; Versailles, 27 mai 1993, JurisData n°1993-045068.

²⁵⁰⁹ Charte de bonne conduite Siemens, p. 14, n° E.2 : « *L'obligation de confidentialité reste en vigueur même après expiration de la relation d'affaires en question car la divulgation d'informations confidentielles est susceptible de nuire aux activités commerciales de Siemens et à ses partenaires, quel que soit le moment de leur divulgation* », URL : <https://w5.siemens.com/france/web/fr/portail/durabilite/compliance/Documents/BCG-2014-FR.pdf> ; Code d'éthique McDonald, p. 37, URL : https://www.mcdonalds.com/dam/AboutMcDonalds/Investors/9497_SBC_International_FRE-SW.pdf ; Guide des bonnes pratiques des affaires du Groupe Legrand, p. 1, URL : http://www.legrand.com/files/fck/File/pdf/RSE/3_Societe/3_Guide-bonnes-pratiques-des-affaires-FR.pdf ; Code d'éthique Michelin, p. 14 et s., URL : <http://www.michelin.com/fire/content/download/10895/.../7/.../Code+d%27Ethique+FR.pdf>. Cf. ég. Commission européenne, *Livre vert sur la responsabilité sociale des entreprises*, 18 juill. 2001 ; *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011.

²⁵¹⁰ V. BOY L., « Réflexions sur « le droit de la régulation » », D. 2001. 3031. Rapp. BOUCOBZA X. et SERINET Y.-M., « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », D. 2017. 1619, sur les dernières innovations législatives incitant à l'autorégulation.

²⁵¹¹ Code des bonnes pratiques commerciales, Portugal, 1997, rédigé par l'association des distributeurs et la conférence de l'industrie ; Code des bonnes pratiques commerciales, Slovénie ; Code des bonnes pratiques commerciales dans le secteur de la distribution automobile, Espagne : accords entre ANFAC, ANIACAM, FACONAUTO et GANVAM, 10 juin 2011 ; entre FIAB et ASEDAS, 1^{er} août 2007, pour une meilleure gestion tout au long de la chaîne de valeur et une coopération commerciale renforcée ; Code de conduite commercial dans la chaîne alimentaire en Catalogne, 29 juill. 2011.

²⁵¹² Code des pratiques de l'approvisionnement alimentaire (GSCOP), Royaume-Uni, 4 févr. 2010, Site Web de la Commission de la concurrence du Royaume-Uni, URL : http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2006/grocery/groceries_inquiry_news.htm. V. ég. Rapport du réseau européen de la concurrence sur

1972, a été mis à jour et dispose dès son préambule que « *les principes du CODE sont applicables à tous les stades de la relation de franchise que ce soit au niveau précontractuel, contractuel et post-contractuel* »²⁵¹³. Il prévoit également dans ses « principes directeurs » que le franchiseur devra « *utiliser tous les moyens raisonnables, au stade précontractuel, contractuel et post-contractuel, pour empêcher toute utilisation illicite du savoir-faire en particulier, par des réseaux concurrents qui pourraient porter préjudice aux intérêts du réseau* »²⁵¹⁴. Dès les années 1990, la Commission des opérations de bourse (devenue l'Autorité des Marchés Financiers) a développé la pratique des consultations et recommandations²⁵¹⁵. Récemment, la *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dite « Loi Sapin II », mis en place une Agence française anticorruption²⁵¹⁶. Le Royaume-Uni a quant à lui créé une institution de défense des droits des fournisseurs et consommateurs, un « *ombudsman* », particulièrement vigilant à l'après-contrat de vente²⁵¹⁷. Cet intérêt met en lumière le besoin de mise en place d'un équilibre spontané dans les affaires commerciales²⁵¹⁸ - besoin particulièrement critique dans

l'application des règles de concurrence et les activités de surveillance du marché par les autorités européennes de la concurrence dans le secteur alimentaire, 2012.

²⁵¹³ Préambule, 3), Code de déontologie européen de la franchise, disponible sur le site de la fédération française de la franchise : <http://www.franchise-fff.com/component/jdownloads/send/447-cadre-reglementaire/318-code-de-dontologie>. Cf. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, LMD, Universités, Sirey, 2015, n° 228.

²⁵¹⁴ *Ibidem*, 2.2, h).

²⁵¹⁵ COB, bull. n° 296, nov. 1995, p. 27 et s. V. ég. PECNARD Ch. Et ROBIC G., « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission européenne à la lumière de l'expérience française », AJCA 2014. 338. Rapp. (sur l'Autorité de la concurrence, *supra* n° 298, 300 et s., 417 et 429).

²⁵¹⁶ « *L'Agence française anticorruption est chargée d'élaborer des recommandations relatives à la prévention et à l'aide à la détection de la corruption à destination des acteurs publics et économiques, ainsi qu'un plan national de prévention de la corruption, et fournira un appui aux administrations de l'État et aux collectivités territoriales en matière de prévention et d'aide à la détection de la corruption. Elle contrôlera le respect, par les grandes entreprises, de l'obligation de vigilance dans le domaine de la lutte contre la corruption et le trafic d'influence et pourra sanctionner ces entreprises en cas de manquement à cette obligation. Elle exercera, par ailleurs, un contrôle de la mise en œuvre des mesures de mise en conformité, ordonnées par la justice, dans le cadre de condamnations ou de transactions pénales, ou par des autorités étrangères aux sociétés dont le siège est situé sur le territoire français* », in <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-03-15/la-mise-en-place-de-l-agence-francaise-anticorruption>. Cf. ROLLAND Ch., « Création de l'agence française anticorruption par la loi « Sapin 2 » : quels moyens pour quelle action ? », AJCT 2017. 124 ; CHIFFLOT N., « Création de l'Agence française anticorruption et d'un statut du lanceur » d'alerte, Procédures 1, janv. 2017. 32 ; CORIOLAND S., « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions intentionnelles », juin 2017, n° 209 et s.

²⁵¹⁷ CLARKE R., « The Impact of a Groceries Ombudsman on Consumers' Best Interests », *Cardiff Business School*, URL: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/registered-org/traidcraft-15a_en.pdf.

²⁵¹⁸ OPPETT B., « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », D. 1974. 107 ; ROMANO S., *L'ordre juridique*, 2^e éd., Dalloz, 1975, rééd. 2002, coll. Bibliothèque Dalloz; (sur l'impact des réponses ministérielles dans le développement de nouvelles pratiques) REVET Th., « Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier », RTD com. 1996. 724 ; LIBCHABER R., « Réponses ministérielles, pratiques administratives et sources du droit », RTD com. 1998. 216 ; CLAM J. et MARTIN G., « Les transformations de la régulation juridique », Dr. et sociétés, éd. LGDJ, 1998 ; PETIT F., « La Commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs », RRJ 2002-1, p. 339 ; STOFFEL-MUNCK Ph., « La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires », LPA 21 nov. 2003, n° 237, p. 36 ; DELMAS-MARTY M., *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, vol. 1, Seuil, 2004 ; THERON J., « Éthique de l'entreprise », LPA 3 juin 2013, p. 5 ; FRANÇOIS B., « Rapport parlementaire sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises », Rev. sociétés 2013, p. 249 ; PERRIER J.-B. et al., « Chronique

les suites de l'extinction - orienté de plus en plus vers une moralisation des comportements entre contractants comme anciens contractants²⁵¹⁹. La Belgique a d'ailleurs choisi d'intituler son code « *Code de conduite pour des relations équitables entre fournisseurs et acheteurs de la chaîne agro-alimentaire* »²⁵²⁰.

En tant qu' « *outil d'adaptation conjoncturelle du droit de la responsabilité civile* »²⁵²¹, le droit souple apparaît sans surprise dans le champ de l'après-contrat : cette source juridique est inspirée par un objectif de régulation et l'après-contrat est une période précisément conjoncturelle, caractérisée par la nécessité d'aménager devoirs et libertés. Compte tenu de l'absence de pouvoir contraignant, l'effet régulateur de la *soft law*, facilement considérée comme l'expression de professions de foi qui n'engagent que ceux qui y croient, peut éventuellement être mis en doute quant à son efficacité. Pourtant, il ne faut certainement pas sous-estimer son intérêt pour les acteurs régulés. L'effet principal est sans doute pédagogique. Mais l'autodiscipline a également pour objectif de sauvegarder la réputation générale des acteurs économiques, ce qui représente une valeur économique *per se* et la valorisation des enjeux subséquents : « *cette réputation, fondée sur l'obéissance à la régulation, offre un avantage compétitif significatif* »²⁵²². Elle organise ainsi une forme de confiance qui profite au marché et qui, en cas de détérioration, entraîne un coût pour le marché tout entier en plus du préjudice individuel. De plus, elle est une source d'inspiration pour les autorités de régulation qui influencent elles-mêmes les normes contraignantes ou plus souples, créant ainsi un vecteur de coopération normative²⁵²³.

543.- Une boucle régulatrice. Pour finir, la coopération normative crée une boucle régulatrice qui nourrit toutes les sources de droit autant qu'elle est elle-même nourrie par chacune d'entre elles. Elle est ainsi révélatrice d'une vigilance renforcée portant sur les comportements des acteurs sociaux et économiques. On voit alors l'aspect sociologique de l'après-contrat, dans son besoin de faire rayonner

Ethique de l'entreprise (novembre 2012 - mars 2014) (1ère partie) », LPA 18 août 2014, n° 165, p. 6. Adde CADET I., *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Etude de la place du droit dans les organisations*, th. Paris, 2014, p. 102 et s. (not. sur le *whistleblowing* dans la régulation des comportements en entreprises, *i-e* les lanceurs d'alertes et le rôle des lignes éthiques de l'entreprise) ; MALET-VIGNEAUX J., *L'intégration du droit de l'environnement dans le droit de la concurrence*, th. Nice, 2014 ; MARCEAUX E., *Les défis de l'éthicisation du droit : validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois*, th. Sherbrooke, 2015.

²⁵¹⁹ JAPPONT F., « La dualité égalité - équité dans la pratique des autorités de régulation », RIDE, 2006/2 (t. 20, 2) :

« *Qu'elle soit nationale ou internationale, il est admis qu'elle [la politique de la concurrence] n'a pas pour seule finalité la recherche de l'efficacité économique, mais doit défendre également des considérations plus morales. Ce constat est réaffirmé par l'analyse actuelle de certains économistes, qui considèrent qu'il ne saurait y avoir d'efficacité de la concurrence sans une forme de justice distributive s'exprimant au travers de l'équité* ».

²⁵²⁰ 20 mai 2010.

²⁵²¹ MAURIN L., « Le droit souple de la responsabilité civile », RTD civ. 2015. 517.

²⁵²² CAFAGGI F., « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », RIDE, 2005/2 (t. 19, 2), n° 162 ; IGALENS J. et JORAS M., *La sûreté éthique. Du concept à l'audit opérationnel*, Questions de société, EMS, 2010.

²⁵²³ CAFAGGI F., *ibid.*

certaines devoirs propres à préserver l'aura du contrat ; et cela aussi par l'effet de pouvoirs régulateurs, d'utilité publique, tels que le Conseil National des Barreaux ou les Autorités Administratives indépendantes. Cependant, si les moyens de contrôles des comportements à dimension collectives sont indispensables, la vigilance est également nécessaire à l'échelle des rapports interindividuels.

B- DES ALTERNATIVES A L'ÉCHELLE DES RAPPORTS INDIVIDUELS

544.- La méfiance à l'égard des clauses. Une certaine méfiance existe à l'égard des clauses restrictives postcontractuelles. Inspirant l'impression d'une atteinte à la liberté des affaires et du travail, elles sont en outre organisées par un régime qui exige des conditions de validité qui leur sont propres, indépendamment de la validité de l'acte qui les supporte. Le principe de leur interdiction, bien que tempéré, instauré par la loi Macron au sujet de certains contrats de franchisage et de distribution²⁵²⁴, vient renforcer l'idée d'une certaine dangerosité dans l'utilisation d'un outil contractuel dont la validité très encadrée est pourtant cruciale. C'est pourquoi leur rédaction doit être attentive au respect du droit qui leur est dédié, si bien que les rédacteurs peuvent être tentés de se libérer des risques d'une annulation en exploitant des outils alternatifs d'origine légale. C'est dans cette optique qu'il est possible de recourir à une patrimonialisation du savoir-faire, par le biais du droit de la propriété intellectuelle ou industrielle²⁵²⁵. La situation s'y prête dans les contrats de travail lorsque le salarié se voit confier une « *mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives* » ou « *d'étude et de recherche* »²⁵²⁶. Le savoir-

²⁵²⁴ Cf. La licéité de la clause de non concurrent

²⁵²⁵ TESTU F.-X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, « Chapitre 55 - Clauses de propriété intellectuelle », n° 55.02 et s. : « *le savoir-faire peut donc avoir une incontestable valeur économique ; mais en l'absence de brevet il ne fait l'objet d'aucune appropriation au sens juridique, et ne donne donc pas naissance à un monopole d'exploitation. Toute personne qui aurait connaissance de ce savoir-faire pourrait donc librement l'utiliser, ce qui signifie que la valeur économique du savoir-faire dure aussi longtemps qu'il n'est pas accessible aux tiers* » ; SCHMIDT SZALEWSKI J., *Rép. dr. com. Dalloz*, V° « Savoir-faire », févr. 2009, n° 58 et s. ; GALLOUX J.-CH., « La protection du savoir-faire », *RTD com.* 2007. 529 ; BOUCHE N., « La protection du savoir-faire », *AJCA* 2015. 346 ; CARON C., « Secret et propriété intellectuelle », *Dr. et patr.* 2002, n° 102 ; BECQUET S., *Le bien industriel*, préf. REVET Th., LGDJ, 2005 ; BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Bruylant, Bruxelles, 1993 ; *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 1999.

²⁵²⁶ V. art. L.611-7 du CPI.

faire d'une entreprise n'est pas véritablement susceptible d'appropriation²⁵²⁷, c'est pourquoi il peut faire l'objet d'une réserve exclusive²⁵²⁸.

545.- L'épuisement des clauses. Lorsque le recours aux clauses restrictives est admis, il est possible que, par manque de vigilance, les parties n'aient pas aménagé d'obligations postcontractuelles. Il est également envisageable qu'un comportement opportuniste ne naisse que postérieurement à la durée d'efficacité de la clause postcontractuelle. Dans ce cas, la partie victime d'un préjudice pourra invoquer certains fondements légaux. Par exemple, l'article 1626 du Code civil prévoit en effet que « *quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente* ». Ainsi, sur le fondement combiné de l'article 1628 du Code civil, un cessionnaire peut se prévaloir de la garantie légale d'éviction en l'absence de clause, ou à l'issue de la période de non-concurrence postcontractuelle²⁵²⁹. La garantie étant d'ordre public, elle ne peut effectivement pas être tenue en échec par l'aménagement conventionnel – lequel serait nul²⁵³⁰. La loi modère l'efficacité des clauses postcontractuelles allégeant les obligations du garant, et elle en prend la suite à l'expiration de la clause postcontractuelle. C'est un passage de témoin qui est mis en place entre la loi privée et la loi d'ordre public : « *aussitôt après que la garantie conventionnelle a expiré, c'est sa jumelle légale qui prend le relais* »²⁵³¹. Jumelles dans leur contenu certes, mais les clauses se

²⁵²⁷ « *La nature du savoir-faire explique que l'on ne puisse pas recourir aux mécanismes de l'appropriation pour assurer sa réservation. Le savoir-faire, en effet, est un bien économique puisqu'il représente une valeur. Ce n'est pas un bien juridique, c'est-à-dire un élément susceptible d'appropriation. Le droit de la propriété ne vise, en principe, que les biens corporels et, exceptionnellement, certains éléments incorporels qui bénéficient d'une protection spécifique de la loi, comme notamment les brevets, les marques, les œuvres, la clientèle commerciale etc. Le recours aux droits de propriété sera donc tout à fait exceptionnel, ainsi en est-il pour le savoir-faire breveté, le savoir-faire relatif à un modèle déposé... Le droit de propriété fait alors disparaître la notion même de savoir-faire ; on parlera alors de brevet ou de modèle* », in FABRE R. et SERSIRONL., J-Cl. Fasc. 4200 : Réservation du savoir-faire, n° 1.

²⁵²⁸ Cf. *idem*, n° 73 et s.

²⁵²⁹ Com. 15 déc. 2009, Bull. civ. IV, n° 172, pourvoi n° 08-20.522 ; Com. 14 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 160, pourvoi n° 89-21.182, D. 1993. Somm. 239 ; Defrénois 1992. 1358, obs. SENECHAL ; RTD civ. 1993. 150, obs. GAUTIER P.-Y. ; Com. 16 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 16, pourvoi n° 98-21.145, D. 2002. 712, note ARCHER ; D. 2001. Somm. 1312, obs. SERRA Y. ; CCC 2001, n° 71, note LEVENEUR L. ; JCP E 2001. 1429, note KEITA ; RTD civ. 2001. 611, obs. GAUTIER P.-Y. ; Com. 21 janv. 1997, Bull. civ. IV, n° 25,, pourvoi n° 94-15.207, D. 1998. Somm. 393 ; JCP E 1997. II. 936, note GUYON ; JCP N 1998. 768, n° 18, obs. MOUSSERON P. ; Com. 15 déc. 2009, Bull. civ. IV, n° 172, pourvoi n° 08-20.522, CCC 2010, n° 66, note LEVENEUR L.

²⁵³⁰ Com. 14 avril 1992, Bull. civ. IV n° 160, RTD civ 1993. 150 obs. GAUTIER P.-Y., Rép. Defrénois 1992. 1358, obs. SENECHAL J.-P., RTD com. 1992. 786, obs. DERRUPPE.

²⁵³¹ GAUTIER P.-Y., « L'utilité limitée des garanties conventionnelles d'éviction », RTD civ. 2001. 611 : « *Pour la raison que la première, supposée favorable à l'acheteur, ne saurait devenir un piège l'enfermant dans une protection limitée dans le temps à la discrétion du vendeur, reprenant à l'expiration du délai la substance même de ce qu'il a cédé, la clientèle attachée au fonds* ». Cf. ég. GAUTIER P.-Y., « Articulation des garanties légale et contractuelle d'éviction dans les ventes d'universalités : le cas du fonds de commerce », RTD civ. 1993. 150 ; SERRA Y., « L'expiration de la clause de non-concurrence n'autorise pas le cédant à reprendre la clientèle du fonds cédé », D. 2001. 1312.

distinguent radicalement sur leur portée temporelle puisque la garantie légale est perpétuelle par la voie de l'exception²⁵³².

545 bis.- L'utilité sauvegardée des clauses. Toutefois, si le texte légal interdit au vendeur d'un fonds de commerce tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé, il n'établit pas à sa charge d'obligation de non-rétablissement en l'absence d'une clause expresse portant interdiction au vendeur de faire un commerce similaire²⁵³³. C'est pour cela qu'il convient de remettre en cause la croyance selon laquelle, en présence d'une protection légale, les stipulations postcontractuelles concernées auraient une « *utilité douteuse, car elles doublent un principe légal de prohibition comme celui de la déloyauté* »²⁵³⁴. Par le biais de la contractualisation, les parties ont la possibilité de définir avec plus de précision les comportements pouvant entrer dans le champ d'une prohibition, de manière à resserrer le contour de leurs besoins. L'article 1627 du Code civil permet d'ailleurs aux parties d'organiser un régime conventionnel de l'éviction²⁵³⁵. Le rédacteur devra alors, à la lumière de la jurisprudence, veiller à ce que la clause bénéficie d'une pleine utilité de manière à compléter le régime légal et évacuer le risque d'une redondance normative. En ce sens, il pourra étendre la garantie du fait personnel du vendeur d'un fonds de commerce, mais il pourra également aménager la garantie du fait des tiers qui, contrairement à la première, n'est pas d'ordre public. L'aménagement conventionnel pourra se faire en faveur du cessionnaire par l'extension de la garantie²⁵³⁶. Il pourra également alléger les

²⁵³² BARRET O., préc.,

²⁵³³ Req. 29 juill. 1908, DP 1909. 1. 281, note LACOUR ; Com. 16 juin 1969: Bull. civ. IV, n° 224; D. 1970. 37.

²⁵³⁴ BLANC-JOUVAN G., L'après-contrat, th. préc., p. 76, n° 69, n° 2. Comp. ARCHER F., « Utilité de la clause de non-concurrence lors d'une cession de fonds de commerce ? », D. 2002. 712 ; GAUTIER P.-Y., « L'utilité limitée des garanties conventionnelles d'éviction », RTD civ. 2001. 611 : « *Pour le rétablissement postérieur, on pourrait dire "voilà ce à quoi je m'engage pour tel nombre d'années, après quoi je reprends ma liberté". Bien évidemment sous réserve de ne pas pratiquer une concurrence déloyale. De sorte que ce n'est plus le droit spécial de la vente qui devrait alors s'appliquer, mais la responsabilité civile de droit commun, contractuelle. Ce qui constituerait finalement une sorte de retour aux sources, puisque l'on sait que la seule et véritable garantie d'éviction, issue du transfert de propriété solo consensu et la jouissance paisible qu'il suppose, repose tout véritablement sur le droit commun du contrat et que les codificateurs ne l'ont maintenue, à titre spécifique, que par pur attachement au droit romain et à l'ancien droit de la vente. Baudry-Lacantinerie et Saignat, toujours eux, admettaient dans le même esprit, au titre des faits postérieurs, la validité d'une « réserve spéciale », qui « n'est pas la clause générale de non-garantie des faits personnels du vendeur, prohibée par l'article 1628 » ; ainsi, lorsque le vendeur se réserve telle ou telle activité, de sorte qu'il « n'y a effet de surprise pour personne ». L'acheteur étant alors libre soit de négocier le quantum de la durée conventionnelle, afin de l'étendre ; soit d'exiger de ce fait une diminution du prix. Bref, les choses ne sont peut-être pas aussi simples que cela et il ne suffit probablement plus de relever que la garantie légale s'ajoute à la garantie contractuelle, ou qu'elle lui survit ».*

²⁵³⁵ V. sur la transmission de la clause de non-concurrence insérée dans une cession : LIBCHABER R., « Une clause de non-concurrence consentie par le cédant d'un fonds de commerce lors de sa cession, est-elle transmise aux sous-acquéreurs en cas de nouvelle cession après partage ? », D. 1998. 111, obs. sous Com. 1^{er} avril 1998, pourvoi n° 95-12.025. Adde ZENATI F., « Servitude de non-concurrence », RTD civ. 1999. 659 ; ASTRUC J.-F., « La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier », D. 2002. 908 ; REVET Th., « Servitude de non-concurrence », RTD civ. 2002. 125.

²⁵³⁶ BARRET O., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° Vente (3^e effets), n° 521 : l'extension peut porter tant sur l'étendue que sur les effets de la garantie. Le cessionnaire pourra alors bénéficier d'une couverture en cas de troubles de droit subséquents à un cas fortuit, ou aux servitudes apparentes. Il pourra également exiger un domaine d'indemnisation élargi.

obligations du cédant, par le biais d'une limitation de ses obligations²⁵³⁷, bien que des bornes légales existent pour en encadrer l'efficacité.

En effet, considérée alors comme une clause abusive, la clause est purement et simplement prohibée dans les contrats entre professionnels et non-professionnels²⁵³⁸.

546.- L'efficacité relative des clauses. Lorsqu'elle n'est pas prohibée, elle ne peut pour autant mettre en échec une action contre un vendeur qui serait de mauvaise foi : c'est ainsi que peut être sanctionnée la réticence dolosive ayant dissimulé au cessionnaire une information portant sur un risque d'éviction²⁵³⁹. Il est alors saisissant de voir que c'est une faute précontractuelle qui permet d'actionner le débiteur d'une garantie postcontractuelle, rappelant notamment que lorsque l'éviction est due au fait personnel du garant, la garantie vise aussi bien les faits antérieurs à la vente que ceux postérieurs. De plus, la limitation peut porter sur l'exonération des dommages-intérêts, mais pas sur la charge de restituer le prix. L'obligation de restitution persiste donc malgré la clause limitative de garantie postcontractuelle, mais « *la restitution du prix n'est pas une application de l'obligation à garantie* »²⁵⁴⁰ ; elle est un effet légal du contrat²⁵⁴¹.

²⁵³⁷ Civ. 3è, 7 nov. 1978, Bull. civ. III, n° 337:

²⁵³⁸ Cf. art. R. 132-1 (Décret n° 2009-302, 18 mars 2009). *Adde* art. L. 132-1 du C. de la conso. (loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, modifiée par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001).

²⁵³⁹ Ce serait alors le cas d'une réticence dolosive dont doit répondre le vendeur : LE GUIDEC R. et CHABOT G., J-Cl. Art. 1627 à 1629 - Fasc. unique : VENTE. - Obligations du vendeur. - Garantie en cas d'éviction : modifications conventionnelles, n° 42 et s.

²⁵⁴⁰ LE GUIDEC R. et CHABOT G., J-Cl. Art. 1627 à 1629 - Fasc. unique : VENTE. - Obligations du vendeur. - Garantie en cas d'éviction : modifications conventionnelles, n° 47.

²⁵⁴¹ Cf. *supra* n° 140, 615.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

547.- La portée relative des clauses postcontractuelles. Les clauses postcontractuelles, pourvu qu'un équilibre interne soit respecté, sont adaptées à la survie en dehors du contrat qui les a portées. Mais cette aptitude particulière n'est pas absolue quand il s'agit de mesurer leur efficacité dans un milieu qui n'est pas favorable à ce type de stipulation. L'après-contrat dans sa forme contractualisée n'a à ce titre qu'une efficacité relative. Soit la clause entrera en conflit avec des intérêts concurrents, soit son utilité s'estompera en fonction des besoins des parties. Elle va trouver ses limites dans le contexte économique ou juridique qui accueille le déploiement de l'après-contrat.

548.- La contextualisation de la clause. Dans un contexte économique peu favorable, la clause sera écartée parce qu'elle génèrera un déséquilibre ou une gêne dans les intérêts des parties ou des tiers. Dans un contexte juridique auquel elle n'est pas adaptée, ce sont les objectifs poursuivis par les règles de droit qui tiendront en échec la stipulation. Des perturbations extérieures sont donc de nature à contrecarrer la volonté initiale des parties. Différentes sanctions pourront venir écarter l'efficacité de la clause. Elle pourra notamment être rendue inopposable ou réputée non écrite par le juge. Une certaine intimité est d'ailleurs observable entre le droit procédural et le droit des contrats. En effet, l'efficacité de la clause pourra dépendre de l'objet de l'action judiciaire ou du titulaire de cette action.

549.- La renonciation à la clause. Les parties peuvent en outre renoncer à la clause, quand la situation indique que l'intérêt d'y recourir n'est pas établi. La renonciation devra en principe être mutuelle, sauf lorsqu'elle est effectuée par une partie étant bénéficiaire exclusif de la stipulation. La renonciation peut alors être unilatérale. La preuve de la renonciation sera parfois un enjeu stratégique pour le débiteur qui souhaite se libérer de son obligation, ou bien pour le tiers susceptible d'en tirer avantage. De plus, lorsque la stipulation fait l'objet d'une forte régulation, le moment de la renonciation peut perturber la sécurité juridique. C'est pourquoi le droit de renoncer est encadré. Par exemple, afin de préserver une certaine prévisibilité relative à la clause de non-concurrence en droit social, elle ne peut plus intervenir après la cessation du contrat. La prévisibilité de l'exigibilité de la clause fait partie intégrante de la protection du salarié qui en est débiteur.

550.- L'épuisement de la clause. La durée de l'obligation prévue par la clause peut également être un facteur d'inefficacité. Que se passe-t-il alors quand un comportement nuisible intervient postérieurement à l'épuisement de la restriction postcontractuelle ? Des mécanismes de source extracontractuelle pourront venir réguler l'*après-clause*. En effet, de façon générale, des alternatives existent aux clauses postcontractuelles, ce qui montre que les stipulations sont le plus souvent une adaptation privée de normes générales. Ces dernières viendront soit compléter le but poursuivi par une

clause insuffisamment protectrice, soit se développer en tant que mode de régulation à part entière. Le comportement postcontractuel des contractants sera alors régi par des règles issues des garanties légales, de la déontologie ou du *soft law*. Cette superposition de normes montre à quel point le besoin postcontractuel est avant tout celui d'une régulation, au sens de la mise en place de correctifs dans un temps qui, en lui-même, n'obéit pas à un régime déterminé. La pluralité de normes est l'indice de l'ouverture du temps postcontractuel. La relation postcontractuelle met en relief les valeurs comportementales, seules à même de s'exprimer aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de la sphère contractuelle. De plus ces valeurs peuvent être mises en perspective avec le milieu juridique et économique dans lequel elles s'expriment, ce qui permet de faire de l'après-contrat un sujet de régulations aux formes multiples. La diversité des situations postcontractuelles indiquent aux parties de faire preuve d'une ingénierie juridique au travers de la technique contractuelle, mais aussi d'ingéniosité en recourant aux sources normatives extracontractuelles, de façon à adapter les instruments optimisateurs de leurs intérêts spécifiques.

551.- L'après-contrat, inscrit dans un équilibre global. Le déploiement de l'après-contrat est ainsi confronté à des contingences extérieures au contrat. C'est toujours un équilibre qui sera recherché, dans une phase temporelle insolite qui met en jeu l'expansion de la volonté des parties et la réalité extracontractuelle qui est multifactorielle. Cependant, si l'après-contrat trouve une limite transversale à toutes les situations dans lesquelles il est susceptible de se développer, c'est bien celle liée à l'intervention du juge. Que les parties aient prévu ou non des clauses postcontractuelles, les différends relatifs à l'extinction et ses suites seront soumis à l'office du juge, sauf volonté de recourir à l'arbitrage. À l'instar du contrat lui-même, le rapport entre l'après-contrat et le juge fait partie intégrante de la détermination des contours des droits et obligations des parties. C'est pourquoi, il n'était pas possible d'achever une étude sur l'après-contrat sans envisager ses rapports avec le juge (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 2

L'APRÈS-CONTRAT ET L'OFFICE DU JUGE

552.- Après-contrat et juge, une dialectique du maître devenant esclave. Quel après-contrat doit résulter du passage devant le juge ? Cette question en appelle d'autres, à la croisée des chemins entre droit contractuel de fond et droit processuel. En effet, il existe nécessairement des « *interférences entre le droit substantiel et la procédure civile* »²⁵⁴². L'après-contrat passé à la machine judiciaire est source d'une certaine complexité et s'avère parfois révélateur d'un questionnement fondamental dans l'étude transdisciplinaire. Ce questionnement peut être ainsi formulé : « *Procédure civile et droit des contrats : le serviteur devenu maître ?* »²⁵⁴³. Les demandes susceptibles d'être formées devant le juge peuvent effectivement être aussi variées que complémentaires, mais également ambivalentes²⁵⁴⁴. Il faut alors veiller à ce que les moyens offerts par la procédure civile soient adaptés aux finalités poursuivies par le demandeur sur le fond du droit, au risque de déboucher sur une action contre-productive. C'est pourquoi les parties devront être attentives à la stratégie déployée devant le juge du contrat. Bien que variées dans leur contenu, les demandes relatives à l'après-contrat peuvent être globalement de deux sortes : à la recherche d'une sortie de la relation contractuelle ou d'une sortie de la relation litigieuse postcontractuelle.

553.- À la recherche d'une sortie de la relation contractuelle. Soit, dans la première circonstance, les parties sont encore liées par la convention et se présentent devant le juge afin de trouver un chemin de sortie du rapport obligatoire. Dans ce cas, les parties sont à la recherche d'un *statu postquam* et le juge aura pour mission de clôturer la relation contractuelle et de permettre aux contractants d'entrer dans l'après-contrat. C'est l'exemple de la résolution judiciaire ou de l'action en nullité qui serait diligentée alors que le contrat est en cours.

554.- À la recherche d'une sortie de la relation litigieuse postcontractuelle. Soit, et c'est la seconde hypothèse, les parties ne sont plus liées par la convention et se présentent devant le juge afin de régler un différend né de l'extinction ou postérieurement à l'extinction. Dans ce cas, les anciens contractants font appel au juge pour venir réguler un **litige postcontractuel**. Le juge du contrat aura alors pour mission de tirer les conséquences de l'extinction ou des événements survenus postérieurement à celle-ci. C'est

²⁵⁴² REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 169, Dalloz, 2017, p. 3, n° 2.

²⁵⁴³ (au sujet de la liberté procédurale du contractant dans l'exercice de l'option entre exécution forcée et résolution) GENICON Th., « *Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable* », RDC, 1^{er} juill. 2010, n° 3, p. 825.

²⁵⁴⁴ REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle*, op. cit., p. 278 et s. et WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, p. 167 et s.

l'exemple de la demande relative aux restitutions consécutives à la rupture, ou des actions réhabilitoires ou estimatoires nées d'un droit de garantie. On voit alors que si la relation contractuelle a cessé de lier les parties, c'est un nouveau lien qui prolonge ou maintient le rapport entre elles, il s'agit d'un lien litigieux traité par une instance postcontractuelle.

En outre, une variante mérite d'être précisée : il est possible que les parties soient sorties de la relation contractuelle et qu'une contestation naisse autour de la légitimité ou de la réalité de cette sortie. Il s'agit bien en ce cas d'un litige relatif à l'extinction. Les anciens contractants chercheront alors à faire établir l'existence ou l'inexistence d'un lien obligatoire persistant. Le juge devra déterminer si l'extinction de la convention est effective ou s'il convient de ressusciter le contrat. C'est le cas, par exemple, lorsque l'un des contractants a exercé une rupture unilatérale du contrat et que les formalités de la rupture font défaut²⁵⁴⁵.

555.- Le procès comme stratégie contractuelle. Ce qui traverse l'ensemble de ces situations, dans lesquelles se manifestent des enjeux fusionnels, se dessine autour de deux dynamiques.

D'une part, le rôle du juge va se concentrer sur la sortie du contrat. Les discussions vont donc naître autour de la durée de la relation et de sa remise en cause par le biais du procès. Plus précisément, ce sont les interactions entre le droit des contrats et les pouvoirs du juge qui cristalliseront l'intérêt du contentieux, si bien que le rapport entre la fin du contrat et l'office du juge (*Section 1. La fin du contrat et l'office du juge*) nourrit autant le droit civil que le droit processuel.

D'autre part, ce sont les liens entre les pouvoirs procéduraux des parties et les pouvoirs du juge qui nourriront encore une fois les deux matières. C'est tant la durée du contrat que son contenu qui seront alors dépendants de la liberté d'action des parties et du juge. C'est pourquoi la stratégie tant contractuelle que judiciaire des contractants sera nécessairement dépendante du rapport entre les droits nés du contrat et l'office du juge (*Section 2. Les droits nés du contrat et l'office du juge*).

²⁵⁴⁵ HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, op. cit., n° 992 et s.

SECTION 1 LA FIN DU CONTRAT ET L'OFFICE DU JUGE

556.- Le procès, renouveau du contrat ; l'extinction, renouveau du procès ? L'action du juge, comme l'ensemble de la matière contractuelle, peuvent être ambivalents lorsqu'il s'agit d'arbitrer l'extinction de la relation contractuelle. En effet, sur la scène contractuelle, le juge joue un rôle difficile. S'il doit dialoguer avec les parties, il n'est pas censé s'immiscer dans leur relation : les parties gardent le premier rôle. Pourtant, sur la scène judiciaire, le magistrat est au centre des demandes. En effet, alors que la phase judiciaire n'est souvent qu'un temps de l'histoire contractuelle, elle s'avère déterminante lorsqu'elle en est l'épilogue. C'est pourquoi le rapport entre la fin du contrat et l'office du juge révèle que le sort de la convention peut dépendre tout autant de l'action menée par les premiers rôles, que des pouvoirs accordés au juge qui n'aurait qu'un second rôle à tenir. Le juge dispose en réalité d'instruments lui permettant d'affirmer une fonction capitale : le contentieux postcontractuel a offert au magistrat l'occasion de renforcer son office. Mais, par ce biais, c'est tout le contentieux contractuel qui est renouvelé : le procès devient l'occasion d'un renouveau du contrat. Dans l'exercice de son office, le juge apprécie effectivement le bien-fondé de la cessation du rapport obligatoire, quand elle est l'objet de la contestation. Il dispose en cela d'une liberté décisive qui consiste à éteindre le contrat en cours ou à raviver la relation interrompue. C'est ainsi que les parties vont devoir composer avec le rôle de premier plan des juges du fond (**§1. Le rôle de premier plan des juges du fond**), mais également opérer des choix d'action adaptés à la situation contractuelle. Ces choix tiennent notamment compte des rôles stratégiques du juge des référés et du juge de l'exécution (**§2. Les rôles stratégiques du juge des référés et du juge de l'exécution**).

§1) Le rôle de premier plan des juges du fond

557.- Les litiges relatifs à l'extinction. Le contrat a une emprise indéniable sur ce qui relève de son *après*, du fait notamment des anticipations formalisées par les parties²⁵⁴⁶. Et il est également clair que l'après-contrat a une influence en retour sur le contrat, si bien que les prévisions se heurtent à des limites certaines²⁵⁴⁷. Outre les bornes imposées à l'efficacité des clauses postcontractuelles, la loi des parties peut être tributaire de la résolution des litiges nés à l'occasion de son extinction, ou à la suite de cette dernière. En effet, le contrat fait naître des droits subjectifs que chaque partie peut revendiquer par une action

²⁵⁴⁶ Cf. *supra* Première partie, Titre I.

²⁵⁴⁷ Chapitre précédent, n° 487 et s.

judiciaire visant à mettre en cause la responsabilité du cocontractant²⁵⁴⁸, mais surtout à forcer l'entrée dans une situation nouvelle susceptible de satisfaire le demandeur lésé. En finir avec la relation contractuelle ne se fait cependant pas sans difficulté lorsque les attentes respectives divergent et que l'écriture du devenir contractuel, issue *ab initio* de volontés privées, trouve son dénouement sur la scène judiciaire. La liberté des parties autant que le sort du contrat vont se mesurer aux pouvoirs de l'institution judiciaire. Le contentieux de l'extinction est à ce titre riche d'enseignement concernant le rôle du juge dans la vie du contrat. L'ordre judiciaire et l'ordre administratif montrent chacun comment le contentieux de l'extinction du contrat influence l'office du juge, autant que l'office du juge impacte le droit des contrats. Il convient en effet de s'intéresser à l'office du juge, d'une part, dans le contentieux privé de l'extinction (**A. L'office du juge dans le contentieux privé l'extinction du contrat**), mais aussi et d'autre part, dans le contentieux public de l'extinction (**B. L'office du juge dans le contentieux public de l'extinction**).

A- L'OFFICE DU JUGE DANS LE CONTENTIEUX PRIVÉ DE L'EXTINCTION

558.- Le contrôle judiciaire de l'extinction. Lorsque le différend porte sur le bienfondé de la rupture, l'office du juge permet à celui-ci de remettre en cause l'efficacité de la fin choisie par les parties, si bien que le contrôle judiciaire de l'extinction devient tant une remise en cause de la volonté privée que de la durée du contrat déjà échu. Néanmoins, le droit positif permet aux parties de tenter d'éviter le recours à l'institution judiciaire, en leur donnant les moyens de résoudre le contrat conventionnellement, ou unilatéralement par voie de notification. Toutefois, ce n'est pas pour autant que le juge ne disposera pas d'un pouvoir de contrôle, il jouera toujours un rôle dans l'extinction du contrat (**a. Le rôle du juge judiciaire dans l'extinction du contrat**). Si au moment de l'action, les parties se trouvent déjà dans l'après-contrat, le pouvoir juridictionnel va faire resurgir la relation passée en prolongeant le rapport obligatoire. Le juge met alors rétroactivement fin à l'après-contrat et ressuscite l'acte résolu. À ce titre, le juge a un rôle dans la survie du contrat (**b. Le rôle du juge judiciaire dans la survie du contrat**).

²⁵⁴⁸ POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2014/2015, 10^e éd., n° 809.

a) *Le rôle du juge judiciaire dans l'extinction du contrat*

559.- L'intervention du juge. Si les parties peuvent le plus naturellement contracter sans l'aide de l'autorité judiciaire, il en est souvent autrement lorsqu'elles souhaitent rompre leur engagement. Alors même que le lien contractuel a déjà été rompu par les parties, le juge va pouvoir contrôler l'extinction *a posteriori*. C'est pourquoi, même en cas de résolution extrajudiciaire du contrat, les contractants doivent aussi tenir compte de la place judiciaire de la résolution (**1. La place judiciaire de la résolution**), malgré une tendance à la privatisation de la résolution (**2. La tendance à la privatisation de la résolution**).

1. La place judiciaire de la résolution

560.- La place de la résolution. La clôture du temps postcontractuel est un domaine privilégié du juge en droit français puisque, en-dehors du *mutuus dissensus* et de quelques exceptions²⁵⁴⁹, l'action en justice s'est traditionnellement imposée comme le véhicule principal conduisant à l'extinction du contrat en cours²⁵⁵⁰ ; bien que le nouvel article 1224 du Code civil²⁵⁵¹ tende à remettre en question la place faite à la résolution judiciaire. Cette dernière est en effet présentée, dans l'ordre de la rédaction du nouveau texte, « *comme un mode subsidiaire d'exercice de la résolution, reléguée derrière la résolution conventionnelle, et surtout, derrière la résolution unilatérale* »²⁵⁵², participant d'un mouvement processuel plus général de déjudiciarisation. Néanmoins, le juge reste investi de prérogatives liées à son office, lui permettant d'agir directement sur la loi des parties. L'article 1227 (nouveau) prévoit la résolution judiciaire, tandis que l'article 1228 (nouveau) définit les pouvoirs du juge qui « *peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts* »²⁵⁵³. De plus,

²⁵⁴⁹ Art. 1657 du C. civ. : « *En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement* ». Cf. ég. les facilités de résiliation en droit de la consommation : cf. par ex. art. L. 113-13-2 du C. des ass. (issu de la *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*) prévoyant, pour les contrats d'assurance couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles, que l'assuré peut, à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première souscription, résilier sans frais ni pénalités les contrats et adhésions tacitement reconductibles.

²⁵⁵⁰ GENITON Th., « Des dangers de la rupture unilatérale du contrat : résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut ! », RDC, 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215 : « *Il était des temps paisibles où la révocation du contrat à raison de son inexécution répondait à un schéma unique, celui de la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Certes, la résolution unilatérale en vertu d'une clause résolutoire était déjà connue mais nul ne doutait encore que la résolution de l'article 1184 du Code civil servit de modèle technique notamment pour ce qui concernait les effets produits par la rupture du contrat* ».

²⁵⁵¹ « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

²⁵⁵² CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 560.

²⁵⁵³ Cf. art. 1228 (nouv.) du C. civ.

lorsque la résolution est demandée en application d'une clause résolutoire, l'article 1125 (nouveau) du Code civil dispose que « *la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* », ce qui laisse présager l'importance de la rédaction de la stipulation et de l'interprétation qui pourra en être faite par le juge²⁵⁵⁴. C'est donc un changement de paradigme qui semble acté au travers de la réforme de 2016, sans pour autant déposséder le juge de ses pouvoirs habituels, d'autant que l'article 1227 (nouveau) du Code civil prévoit que « *la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice* ».

En effet, avant *l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des obligations*, il était possible d'affirmer que si le contrat était la chose des parties, tel n'était pas vraiment le cas de son extinction. Si le *mutuus dissensus* permet aux parties de régler de façon consensuelle la question de leur séparation, le cas de la résolution a pu échapper, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil de 1804, en partie à leur volonté : la résolution du contrat dépendait alors de l'appréciation du juge. Pour faire valoir la volonté de quitter son cocontractant, il fallait, en principe, s'en remettre au juge du contrat. En ce sens, ancrée dans la tradition juridique et faisant partie de l'inconscient collectif du droit, la maxime selon laquelle *nul ne peut se faire justice à soi-même* a longtemps indiqué que la réponse à la faute contractuelle du débiteur doit passer par l'intervention du juge²⁵⁵⁵. Ce principe du recours à la voie judiciaire était donc imposé à la partie désireuse de mettre un terme à la relation, en raison d'une suspicion planant autour des motifs légitimant la rupture, et d'une volonté d'encadrer la mise à mort du contrat, voire de la retarder. Si une partie se dispensait toutefois du recours à la voie judiciaire dans l'exercice d'une résolution pour inexécution, elle le faisait à ses risques et périls²⁵⁵⁶. C'est ainsi que

²⁵⁵⁴ Il est possible ici, pour comprendre l'interprétation du juge, et d'anticiper le contentieux à naître sur la base de ce nouvel article, d'opérer une analogie avec la rédaction des clauses restrictives postcontractuelles : cf. *supra* n° 430 et s.

²⁵⁵⁵ Cf. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, « Le principe "Nul ne peut se faire justice à soi-même" : le principe et ses limites », Dalloz, 1966, t. 18 ; SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », RDC 1^{er} oct. 2014, 4, p. 1643, n° 16, évoquant le principe comme « *fondateur de la place et du régime de la résolution en droit français* » ; MAZEAUD D., « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution, Rapport conclusif », RDC 2010, p. 1076, n° 15.

²⁵⁵⁶ Depuis Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 300, pourvoi n° 96-21485, D. 1999. 197, note JAMIN Ch. ; Defrénois 1999. 374, note MAZEAUD D. ; D. 1999, somm. com. p. 115, obs. DELEBECQUE Ph. ; JCP G 1999, II, n° 10133, note RZEPECKI N. : « *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, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ». Cette consécration est considérée comme « *l'une des innovations les plus importantes du droit contemporain des contrats* », in SAUTONIE LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat », RDC 1^{er} oct. 2013, 4, p. 1643, n° 3. V. ég. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, Bull. civ. I n° 40, p. 25, pourvoi n° 99-15.170, : « *pour rejeter la demande de M. X... en indemnisation des conséquences de la rupture unilatérale du contrat par la société, l'arrêt attaqué retient par motifs propres et adoptés que le manquement par M. X... à ses obligations contractuelles pouvait entraîner la rupture prématurée des relations contractuelles* » ; RTD civ. 2001. 363, obs. MESTREJ. et FAGES B. ; D. 2001. 1568, note JAMIN C. ; D. 2001, somm. com. p. 3239, obs. MAZEAUD D. ; Defrénois 2001. 705, obs. SAVAUX E. *Adde* Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, pourvoi n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, CCC 2004, n° 4, obs. LEVENEUR L. ; RDC 2004. 273, obs. AYNES L. et obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2004. 89, obs. MESTREJ. et FAGES B. ; Com., 30 janv. 2007, inédit, pourvoi n° 05-13703 ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, inédit, pourvoi n° 06-10229 ; Com., 23 sept. 2008, inédit, pourvoi n° 07-10.025 ; Com., 10 févr.

l'intervention du juge apparaissait à la fois comme un *gage de sécurité juridique et de souplesse*²⁵⁵⁷ et reposait sur « *l'idée du refus de la justice privée, qui, exercée à tort, peut provoquer des conséquences irrémédiables sur la relation contractuelle et sur la situation du contractant qui la subit* »²⁵⁵⁸. Tel était l'esprit de l'article 1184 (ancien) du Code civil, sous-tendu par l'ancien article 1134²⁵⁵⁹. L'autorité judiciaire jouissait donc du premier rôle dans le prononcé de l'anéantissement du contrat et des effets extinctifs qui s'en suivent. La résolution judiciaire prévoyait l'intervention de la juridiction en cours de contrat aux fins de prononcer la résolution, posant ainsi la nécessité d'activer les pouvoirs du juge avant toute rupture. Le juge devait intervenir *à temps*, c'est-à-dire avant que les parties ne mettent elles-mêmes fin au contrat. La fin était ainsi prononcée par le juge au cours d'une instance introduite dans un temps encore soumis au rapport obligatoire.

561.- Les parties replacées au cœur du processus extinctif. Mais l'œuvre de l'ordonnance réformatrice, se voulant simplificatrice du droit des contrats, est venue éclipser en quelque sorte le juge du contrat en ne lui offrant que le second rôle dans l'extinction. Les parties pourront se passer de l'action judiciaire pour mettre fin à leur contrat, mettant ainsi le juge devant le fait accompli. Apparaît ainsi l'identité à la fois libérale et régulatrice du contenu de l'ordonnance qui consacre une plus grande marge de manœuvre aux acteurs privés dans l'administration de leurs affaires, en les replaçant tant au cœur du processus d'extinction du contrat que de la gestion du litige susceptible d'en naître. En ressort une forme de modernité qui, paradoxalement, renoue avec une vision classique de la justice, selon laquelle

2009, inédit, pourvoi n° 08-12.415 : « *gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle* », CCC 2009, n° 123, note LEVENEUR L. Com., 15 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.872 ; Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 08-14.524. *Contra* jur. ant. de la Chambre commerciale, plutôt attachée à la résolution judiciaire : Com. 15 janv. 1973, Bull. civ. IV. n° 24, p. 18, pourvoi n° 71-14.279 ; Com. 25 mars 1991, inédit, pourvoi n° 88-18.473, CCC 1991, n° 162, obs. LEVENEUR L. ; *ibid* 1^{er} déc. 1992, Bull. civ. IV. n° 392, pourvoi n° 91-10.930, RTD Civ. 1993. 578, obs. MESTRE J. ;

²⁵⁵⁷ SAUTONIE LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat », préc., § n° 2.

²⁵⁵⁸ SAUTONIE LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat », *ibid*.

²⁵⁵⁹ Cf not. JAMIN Ch., « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », D. 2001. 1568 : « **L'article 1184 du code civil a en effet été rédigé à une époque où il n'était pas encore question de permettre aux parties de rompre leur engagement autrement que par la voie d'une révocation mutuelle** prévue par l'article 1134, alinéa 2, du code civil. Mais cette question se posa assez rapidement à propos des contrats de louage de services à durée indéterminée. La Cour de cassation admit qu'ils pouvaient être rompus par la volonté de l'une ou l'autre des parties (cf. par ex., Cass. civ., 4 août 1879, DP 1880, 1, p. 272). Et sa jurisprudence devait être entérinée en 1890 par le législateur qui précisait néanmoins, dans le but de protéger les employés, que la résiliation du contrat pouvait donner lieu à des dommages et intérêts (art. 1780, al. 3, c. civ.). L'extension progressive de ce droit de résiliation unilatérale à l'ensemble des contrats à durée indéterminée, au nom d'un prétendu principe de prohibition des engagements perpétuels que la doctrine a longtemps cru à tort fondé sur ce dispositif légal, **devait rendre plus fragile l'affirmation du caractère judiciaire de la résolution du contrat. Refuser la résolution unilatérale constituait en effet une prime à l'hypocrisie, puisque le créancier pouvait avoir désormais tout intérêt à résilier le contrat, fût-ce en respectant un délai de préavis, même quand cette résiliation était fondée sur son inexécution par le débiteur, afin d'éviter à la fois le recours obligatoire au juge et la nécessité de motiver sa décision, ce que postule la résolution judiciaire** ».

« *traditionnellement, le droit intervient a posteriori dans des conflits d'intérêts ; il guide le rétablissement d'un équilibre rompu* »²⁵⁶⁰. Toutefois, il ne faut pas s'y tromper, l'opportunité d'un contrôle judiciaire n'est pas pour autant niée et c'est véritablement le cadre temporel de l'intervention du juge qui est redéfini, non le principe du contrôle.

562.- L'action du juge à *contretemps*. Le nouvel article 1224 du Code civil repose sur un contrôle *a posteriori* de la résolution notifiée par une partie à l'autre. Le recours au juge est donc présenté comme un droit de contestation une fois entré dans l'après-contrat, et non une demande visant à entrer dans celui-ci, étant donné que la résolution met fin au contrat²⁵⁶¹.

C'est ce que confirme l'article 1226 (nouveau) du Code civil, dans son quatrième alinéa : « *Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution* ». Le choix de la réforme était pressenti par les propositions européennes²⁵⁶², en vertu du pragmatisme dont il fait preuve et qui séduit les acteurs économiques²⁵⁶³. Il tend à rapprocher le droit français des dispositions de certains de ses

²⁵⁶⁰ ATIAS Ch., « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? », D. 2010. 2536, n° 25.

²⁵⁶¹ Art. 1229 du C. civ. : « *La résolution met fin au contrat* ».

²⁵⁶² Art. 9 :303 des PDEC ; art. 7.3.1 des principes UNIDROIT ; art. 49 de la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises ; CASTELS-RENARD C et HATANO H., « L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats », RIDC, vol. 62, n° 3, 2010, p. 713 et s.

²⁵⁶³ Cf. ég. « Avis, Commission, Procédures administratives, Exploitation de services aériens réguliers, Appel d'offres émis par l'Agence nationale des transports publics (Rikstrafiken) », JOUE n° 2008/C 13/47, art. 9 : « *[...] Chaque partie peut résilier le contrat, mais uniquement si l'autre partie s'est rendue coupable d'une violation matérielle du contrat et si, malgré une notification écrite à cet effet, elle ne remédie pas aux déficiences sans délai. Le délai de préavis de la résiliation est défini dans ce cas par la partie qui est en droit de résilier le contrat* ». « Communication en vertu de l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, Affaire COMP/A.35.470/D3 – ARA Affaire COMP/A.35.473/D3 – ARGEV, ARO », JOCE 2002/C 252/02, art. 4.1.1-58 : « *[...] Le concessionnaire possède un droit de résiliation normale à la fin d'une année civile, avec préavis de six mois, tandis qu'ARA renonce à ce droit de résiliation normale. En cas de motif grave, les deux parties peuvent résilier le contrat avec effet immédiat* », et 4.1.4-62 (concessionnaires étrangers) : « *L'article 5 de l'accord complémentaire confère également à ARA le droit de résiliation normale [...]. D'après ARA, cela s'explique par le fait que les possibilités de contrôle des déclarations des concessionnaires sont plus difficiles à l'étranger et que l'application du droit y est aussi plus difficile. La résiliation normale a son utilité lorsque ARA a une bonne raison de supposer que le cocontractant ne remplit pas convenablement ses obligations contractuelles, mais qu'en raison des difficultés de preuve à l'étranger, la preuve ne peut pas en être fournie d'une manière aussi rigoureuse que celle qu'exige la résiliation du contrat avec effet immédiat prévue par le contrat type* ».

voisins européens tels que l'Allemagne²⁵⁶⁴ ou le Royaume-Uni²⁵⁶⁵, l'Italie²⁵⁶⁶, les Pays-Bas²⁵⁶⁷, le Portugal, la Bulgarie²⁵⁶⁸ ou encore la Roumanie²⁵⁶⁹. Il y a ainsi eu une mutation dans la conception de la résolution, devenu un objet de privatisation.

La fin efficace du contrat n'est donc pas nécessairement conditionnée par l'exécution²⁵⁷⁰. Cet élément d'appréciation s'était d'ailleurs déjà manifesté dans la jurisprudence. C'est ainsi qu'un preneur ayant donné congé à son bailleur, lequel a accepté ce congé, ne peut demander la résolution judiciaire : celle-ci est irrecevable : « *la cour d'appel qui constate que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée une demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en déduit exactement que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un congé accepté* »²⁵⁷¹. Le juge intervient alors à *contretemps*, à l'occasion du droit de contestation postcontractuelle : la fin est née en dehors du procès et elle s'impose au magistrat, sous réserve d'éventuelles fautes dans la mise en œuvre de la clause, de sorte que l'instance est elle-même postcontractuelle²⁵⁷². On notera néanmoins que lorsque la résolution intervient à *temps*, elle a l'originalité de prendre effet rétroactivement. En effet, à moins que le juge ne fixe une date à partir de laquelle la résolution judiciaire produit ses effets, c'est à

²⁵⁶⁴ § 143 du BGB (annulation), § 349 (résolution : *ausserordentliche fristlose Kündigung*), § 626 (motif grave : *wichtigem Grund*)

²⁵⁶⁵ CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2^e éd., 2016, Issy-les-Moulineaux, n° 259 : « *On ne s'étonnera pas que le droit anglais, sensible aux impératifs de flexibilité des relations d'affaires, soit sans doute celui qui admet le plus facilement la résolution unilatérale pour inexécution. Lorsque le débiteur n'exécute pas une condition, une obligation essentielle ou lorsqu'il y a fundamental breach, c'est lui qui met fin au contrat et en cause la résolution (repudiation). Pour être libéré de ses propres obligations, le créancier doit accepter la résolution (accept the repudiation). En général, il le fait en communiquant sa décision de mettre fin au contrat à son partenaire. Son acceptation est efficace, même s'il ne l'a pas communiquée, du moment qu'il prouve avoir ouvertement accompli un acte incompatible avec la continuation du contrat. La simple passivité, le fait de ne pas accomplir ses propres obligations n'est pas considéré comme suffisant à caractériser une acceptation. Cette acceptation est définitive : si les parties reprennent ensuite l'exécution du contrat, c'est un nouveau contrat qui naît même si les termes restent les mêmes* ».

²⁵⁶⁶ Art. 1454 du *Codice civile* (résiliation unilatérale par notification).

²⁵⁶⁷ Art. 6 : 268 du *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Code civil).

²⁵⁶⁸ Art. 87 de la loi du 22 nov. 1950 sur les obligations (le créancier doit offrir un délai d'exécution au débiteur fautif en l'avertissant qu'à l'issue de l'expiration du délai, la résolution sera acquise. Cf. PARACHKEVOVA I., « Le droit des contrats à l'épreuve de l'harmonisation européenne », RIDC I-2009, p. 166 et s. : « *Le droit bulgare des contrats est axé sur le principe de la résolution unilatérale et donne une prépondérance certaine aux impératifs de rapidité et d'efficacité dans le dénouement des transactions. Il rejoint ainsi un courant général consacré dans les Principes et dans de nombreux droits européens. Cependant, il laisse une place résiduelle à la résolution judiciaire, dont il convient de relativiser la portée. Il en résulte un régime original, faisant de la résolution unilatérale le principe, et de la résolution judiciaire, une exception cantonnée aux litiges en matière immobilière* ».

²⁵⁶⁹ Art. 1. 276 du C. civ.

²⁵⁷⁰ « *Pour retrouver un équilibre que l'inexécution du contrat a rompu, il faut libérer les parties. Le lien obligatoire disparaît par l'effet de la résolution* », in ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., p. 134.

²⁵⁷¹ Civ. 3^e, 19 mai 2010, Bull. civ. III, n° 98, pourvoi n° 09-13.296, Dalloz act., 9 juin 2010, obs. ROUQUET Y. ; RDC 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215, obs. GENICON Th. Résumant ainsi que « *résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut !* ». Cf. *supra* n° 104, 132 ; et *infra* n° 641.

²⁵⁷² La prise d'effet de la résolution extrajudiciaire correspond à la date de réception par le débiteur de la notification (V. LATINA M. et CHANTEPIE G., *La réforme du droit des obligations*, op. cit., p. 578) Cf. toutefois *infra*, n° 565 et s. (les pouvoirs du juge sur la survie du contrat).

compter de l'assignation qu'elle est réputée agir²⁵⁷³. Il est alors intéressant de noter que finalement, **malgré l'intervention du juge, le droit organise les effets de la résolution comme si cette dernière avait été extrajudiciaire et que, rétroactivement, l'ensemble de l'instance se révélait postcontractuelle.**

2. La tendance à la privatisation de la résolution

563.- Privatiser le chemin vers l'après-contrat. Alors que l'unilatéralisme caractéristique de la résolution demandée au juge faisait planer une suspicion d'abus sur la volonté de rompre, le juge intervenait comme le garant de la légitimité de la résolution et, par son action, dissipait les doutes entourant le bien-fondé de la rupture. Mais aujourd'hui, la volonté de rompre bénéficie d'une présomption de légitimité, confiée à la libre appréciation de la partie engagée, qui permet de contourner l'autorité judiciaire et d'accéder par un raccourci à la situation postcontractuelle. Cette présomption dédramatise l'extinction de l'acte autant qu'elle en fait un événement moins extraordinaire dans l'historique contractuel : elle privatise le rapport à l'extinction. C'est une démystification de la mort du contrat qui transparaît dans le nouveau droit, bien que déjà identifiable par ailleurs²⁵⁷⁴, lequel fait de la disparition du contrat une mesure d'exécution privée dont le contrôle judiciaire n'est, comme beaucoup d'autres actes juridiques tels que la conclusion du contrat, que potentiel. Il en ressort que, à l'instar de la formation du contrat, « *la volonté manifestée a effet par elle-même ; elle affecte la situation juridique de celui qui accomplit l'acte. Le changement qui en résulte est un fait, comme tel, opposable aux tiers* »²⁵⁷⁵, y compris au juge. Théoriquement, ce dernier se doit désormais de contrôler une résolution déjà acquise et possiblement consommée en pratique. Ce n'est pas pour autant que le juge ne trouve pas une place forte dans la construction du contentieux postcontractuel.

564.- L'encadrement persistant de la résolution extrajudiciaire. La résolution extrajudiciaire est un mécanisme en tension entre deux impératifs que sont le besoin de flexibilité et de liberté pour le

²⁵⁷³ Cf. Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, Bull. Civ. III, n° 144, pourvoi n° 07-15.338, *Defrénois* 2008. 2499, obs. LIBCHABER R. ; RDC 2009. 70, obs. GENICON Th. *Adde* LATINA M. et CHANTEPIE G., *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, p. 577 et s., n° 668 et s.

²⁵⁷⁴ La résolution unilatérale était déjà permise par la jurisprudence : cf. *supra* n° 560 et s. L'avantage économique de ce mécanisme de sanction de l'inexécution et de sortie du contrat réside dans le gain de temps du créancier qui n'a pas à s'exposer aux aléas du procès et qui n'est ni retardé par le rythme de la procédure, ni contraint de faire des frais pour se dégager du lien contractuel. V. déjà JAMIN Ch., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 76. *Adde* la possibilité de résolution unilatérale par simple notification au débiteur, préconisée in *Les principes du droit européen du contrat, l'inexécution et ses suites, La documentation française*, 1997, p. 287 ; Art. 107 et 108 du CO suisse (cf. ENGEL P., *Traité des obligations en droit Suisse*, 2^e éd. Staempfli Editions S.A., Berne 1997, n° 215 et s.).

²⁵⁷⁵ ATIAS Ch., « Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288.

créancier, et le besoin de sécurité et de prévisibilité pour le débiteur²⁵⁷⁶. En ce sens, le droit donné aux parties de se désengager de la relation sans recours au juge ne doit pas exclure la possibilité pour le débiteur de faire appel à l'institution judiciaire afin de réguler les initiatives privées qui font reposer la rupture sur une appréciation subjective de la situation. L'équilibre dans le droit de l'extinction repose donc sur une nécessaire régulation de cette subjectivité lorsqu'elle fonde des abus dans l'exercice du droit concerné. Par exemple, la gravité de l'inexécution n'est pas totalement abandonnée à la subjectivité qui pourrait être tirée de la liberté de rompre : elle peut être remise en perspective par le regard extérieur du juge appréciant le caractère suffisamment grave de la faute²⁵⁷⁷ et la nécessité corrélative de libérer les parties de l'engagement : « *le créancier ne peut donc décider unilatéralement de la résolution que dans les cas où le juge aurait lui aussi décidé d'une telle sanction* »²⁵⁷⁸. Le juge va ainsi pouvoir s'inspirer de la relation passée pour apprécier les motifs de la rupture. « *La force de l'acte juridique, sa portée, ne sont étrangères ni à son exécution, ni à la façon dont elle a été opérée. Tout se passe comme si, au cours de la période d'exécution, l'acte atteignait progressivement une sorte de maturité* »²⁵⁷⁹. C'est ainsi qu'un certain comportement bénéficiant habituellement de la tolérance des

²⁵⁷⁶ Comp. Avec le droit bulgare qui organise « *une reconnaissance juridique de la liberté unilatérale* » en même temps qu'une « *confiance envers la rationalité des agents économiques* », et ainsi « *se démarque du droit français conférant théoriquement au juge le monopole de la résolution. Néanmoins, le principe de la rupture unilatérale est tempéré par des mesures d'encadrement, destinées à éviter les résolutions excessives ou faites à la légère. Le texte bulgare va même plus loin dans cette direction que les Principes européens. La "vision économique du contrat" incarnée par la résolution unilatérale cohabite avec une vision "morale" du contrat, en dépit de l'éviction juge. Et entre ces deux visions, l'équilibre est bien tenu* », in PARACHKVOVA I., préc., p. 166 et s.

²⁵⁷⁷ Art. 108 du *Projet de réforme du droit des obligations de l'Académie des sciences morales et politiques, dit projet Terré* ; art. 165 du *Projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie*. Comp. art. 1158 de l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit projet Catala* : « *Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution. Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son 93 engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie* ».

²⁵⁷⁸ Cf. art. (nouv.) 1224 du C. civ. ; CHANTEPIE G. et LATINA M., *op. cit.*, n° 646 et s. Adde SAUTONIE LAGUIONIE L., « *Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat* », préc., § n° 9. V. ég. Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, pourvoi n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211, p. 166 : « *pour rejeter les demandes de la société SFL en paiement et en dommages-intérêts, l'arrêt attaqué retient que la rupture à l'initiative de la société Barep était justifiée par la non exécution par la société SFL de ses obligations contractuelles au cours des deux mois précédents ; Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si le comportement de la société SFL revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, pourvoi n° 01-03.662, CCC 2004, n° 4, obs. LEVENEUR L. ; RDC 2004. 273, obs. AYNES L. et obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2004. 89, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Com., 30 janv. 2007, inédit, pourvoi n° 05-13703 ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, inédit, pourvoi n° 06-10229 ; Com., 23 sept. 2008, inédit, pourvoi n° 07-10.025 ; Com., 10 févr. 2009, inédit, pourvoi n° 08-12.415 : « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle* », CCC 2009, n° 123, note LEVENEUR L. Com., 15 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.872 ; Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, inédit, pourvoi n° 08-14.524.

²⁵⁷⁹ ATIAS Ch., « *Exécution et efficacité des actes juridiques* », préc.

parties ne pourra pas, du jour au lendemain devenir un prétexte à la rupture²⁵⁸⁰. Un besoin global de confiance justifie cette solution, au sein d'une certaine pédagogie qui vient dans le même sens encadrer le droit de rompre par un formalisme légalement prévu²⁵⁸¹, en vertu de « *la sécurité due aux autres, la cohérence ou la loyauté* »²⁵⁸². Il en va de l'anticipation raisonnable de l'après-contrat pour le débiteur qui ne doit pas pâtir d'une trop grande brutalité dans la séparation marquée d'unilatéralisme²⁵⁸³, ainsi que d'une tentative *in extremis* de sauver l'acte juridique valablement formé. Dans cette optique, le formalisme résultant de ces impératifs indique d'ailleurs au contractant déçu de ménager, sauf urgence²⁵⁸⁴, et informer le partenaire qu'il souhaite quitter. Sont ainsi mises en place des étapes annonciatrices tant de son insatisfaction que de sa volonté de révoquer le contrat décevant²⁵⁸⁵. Mais le jeu de la clause résolutoire peut permettre de soustraire le contractant à un trop grand formalisme. C'est ainsi que, lorsque le contrat prévoit un droit de résolution unilatérale en cas d'inexécution, le juge du contrat peut apprécier les conditions de mise en œuvre de cette résolution *a posteriori*, comme a pu le montrer la jurisprudence. La Cour de cassation a ainsi estimé que la mention contenue dans une sommation, renvoyant à la résolution de plein droit prévue par le contrat, et selon laquelle la résolution du contrat « *sera constatée* », ne nécessite pas qu'un acte distinct et supplémentaire succède à cette sommation²⁵⁸⁶. Les échanges entre les parties dans les lettres postérieures s'étant bornées, dans cette espèce, à constater la résiliation du contrat en cours, le juge a vu dans la sommation la mise en œuvre de la clause résolutoire.

L'entrée dans l'après-contrat par le recours au juge apporte donc un éclairage sur la compréhension des conséquences de l'extinction, mais aussi sur les pouvoirs accordés au juge du contrat. De

²⁵⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 1994, inédit, pourvoi n° 92-172.00 : En l'espèce, au visa de l'article 1657 du Code civil, le fait pour une partie d'avoir accepté plusieurs fois un retard dans le retraitement des marchandises faisant l'objet du contrat peut caractériser sa renonciation à résoudre le contrat (« *la cour d'appel a relevé que l'accord entre les deux parties pour le report des livraisons résultait du fait qu'entre le 30 juin et le 16 octobre 1985, les quantités livrées en retard avaient été acceptées, facturées et payées sans problème* »). Cf. ég sur l'effet de l'acceptation sans réserve (n'autorisant plus la résolution) : Civ. 3^{ème}, 20 janv. 1982, pourvoi n° 80-16.415, Bull. civ. III, n° 20 ; *ibid* 23 avr. 1986, Bull. III, n° 501. *Adde* sur l'ancienneté de la relation contractuelle : CELAYA M., « Sur l'inexécution contractuelle justifiant une rupture sans préavis », obs. sous Paris, 5-4, 22 févr. 2017, n° 14/02772.

²⁵⁸¹ Art. 1226 du C. civ. : « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ».

²⁵⁸² ATIAS Ch., « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », D. 2013. 1765, n° 6 : « *La sécurité due aux autres, la cohérence ou la loyauté excluent un retour sur ce qui a été fait et ne peut être défait, sur ce qui vaut, sur la situation créée* ».

²⁵⁸³ Comp. *infra* n° 591 et s. (droit d'option entre exécution forcée et résolution).

²⁵⁸⁴ Selon les termes de l'article 1226 (nouveau) du C. civ..

²⁵⁸⁵ L'article 1129 prévoit que la résolution prend effet à compter de la notification par le créancier de la décision de rompre mais également des motivations qui la fondent.

²⁵⁸⁶ Com. 29 mars 2017, inédit, pourvoi n° 15-17.165.

l'appréciation du magistrat va ainsi dépendre, en cas de contestation postérieure, l'effectivité de la rupture extrajudiciaire, et, en cas de contrôle *a priori*, l'aboutissement de la demande en résolution. Dans tous les cas, l'institution judiciaire capable d'évaluer les conditions du désengagement des parties aura alors la liberté corrélative de maintenir en vie le contrat litigieux.

b) Le rôle du juge judiciaire dans la survie du contrat

565.- La résolution confrontée au juge. L'intervention du juge « à temps » est typiquement représentée par la voie de la résolution judiciaire, laquelle impose de recourir au juge afin que l'extinction puisse être prononcée. Les enjeux de cette procédure sont donc cruciaux en ce qu'ils mettent en suspens le processus extinctif qui dépend de l'issue du litige. Le juge dispose alors d'un rôle central puisqu'il s'impose comme un intermédiaire entre le temps contractuel et le temps postcontractuel : de son appréciation dépendent les intérêts des parties mais également le sort du contrat. La partie désireuse d'anéantir le contrat se heurtera à des obstacles tenant notamment à la représentation que se forge le juge de la situation contractuelle. Ce dernier pourra en effet estimer que la première ne justifie pas la résolution, la condamnant ainsi à demeurer dans le lien obligatoire. Ainsi, la question du rôle du juge, lequel peut s'avérer « *animé d'un souci de pérennité du lien contractuel* »²⁵⁸⁷, appelle la question des limites de son office.

566.- Les limites du pouvoir. Le sort du lien contractuel est effectivement entre les mains du magistrat, et c'est pour cette raison que ce dernier a pu être désigné comme un « *arbitre de la vie ou de la mort du contrat* »²⁵⁸⁸. C'est ainsi que la doctrine a pu s'interroger sur la possibilité pour un tribunal de « *ressusciter un contrat d'ores et déjà anéanti* »²⁵⁸⁹. Un tel pouvoir résulterait par exemple de l'aptitude des magistrats à accorder des délais conduisant à retarder la réalisation d'une clause de résiliation²⁵⁹⁰, ou encore de suspendre les effets d'une clause résolutoire²⁵⁹¹, parfois « *au mépris du terme qui aurait été expressément stipulé dans le contrat, le créancier insatisfait pourra se voir contraint de patienter pour*

²⁵⁸⁷ ATIAS Ch., *Ibid*, p. 313.

²⁵⁸⁸ PANCRAZI-TIAN M.-E., « Résolution et résiliation judiciaire » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997 p. 75.

²⁵⁸⁹ MESTRE J., « Des relations post-contractuelles », RTD Civ. 1987, p. 318.

²⁵⁹⁰ L'article L. 145-41 du C. de comm. prévoit, en matière de bail commercial, que les juges peuvent, en accordant des délais, suspendre la résiliation 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. De plus, la clause est purement neutralisée si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge.

²⁵⁹¹ Art. 1184 C. civ. : « *La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* ».

recevoir son dû »²⁵⁹². Une telle tendance se trouve aux prises avec plusieurs impératifs juridiques, justifiée par la nécessité d'équité et l'obligation de bonne foi, et limitée par la force obligatoire des conventions. L'opportunité d'appréciation est offerte aux juges lorsque les clauses sont rédigées de manière équivoque²⁵⁹³. Un contrôle des causes et conditions de la résolution pourra ainsi s'effectuer *a posteriori*, notamment à la lumière de la bonne foi : « *la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite* »²⁵⁹⁴.

567.- L'étalon de la bonne foi. En effet, l'ambiguïté des stipulations relatives à la résolution ne doit pas permettre au contractant de s'approprier les pleins pouvoirs en la matière. Le juge du contrat pourra ainsi apprécier le caractère de l'inexécution qui s'avérerait partielle, simple retard, ou suivie d'une offre raisonnable d'exécution. Il semblerait que les pouvoirs du juge se situent à mi-chemin entre le champ de la résolution judiciaire, dans lequel il a « *les plus larges pouvoirs tant pour l'appréciation des éléments déterminant celle-ci que quant au mode de réparation le plus adéquat à l'espèce* »²⁵⁹⁵, et le champ de la force obligatoire des clauses de résolution de plein droit, dans lequel « *il ne peut, de droit commun, que constater la résolution sans pouvoir apprécier ni l'opportunité de la rupture, ni accorder un délai au débiteur* »²⁵⁹⁶. La mission du magistrat est ainsi rendue délicate par la pesée délicate de valeurs contradictoires qui doivent sanctionner un éventuel abus, sans rendre pour autant le juge complice de l'inexécution. Seule une appréciation *in concreto* permet alors de tirer les conclusions les mieux adaptées, et même si la clause résolutoire est formellement prévue dans la convention, « *il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer d'un simple retard ; et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai* »²⁵⁹⁷. Il pourra même orienter sa décision en faveur de tiers au contrat²⁵⁹⁸, en sauvegardant par exemple un contrat dont la résolution aurait entraîné l'annulation de contrats successifs de vente

²⁵⁹² PANCRAZI-TIAN M.-E., « Résolution et résiliation judiciaire » *in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM 1997 p. 75.

²⁵⁹³ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n° 279, p. 266, pourvoi n° 84-15.705 : la clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation.

²⁵⁹⁴ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, p. 1.

²⁵⁹⁵ BOYER L., *Rép. dr. civ. Dalloz*, V^o « Contrats et conventions », n° 390. V. aussi PANCRAZI-TIAN M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM 1996, n° 321 et s.

²⁵⁹⁶ BOYER L., *ibid.*, n° 301.

²⁵⁹⁷ BIGOT-PREAMENEU, cité *in* BORRICAND J., « La clause résolutoire expresse dans les contrats », RTD Civ. 1957, p. 453.

²⁵⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 15 avr. 1986, Bull. I, n° 84, p. 83, pourvoi n° 84-16.643 : « *après avoir retenu que la résolution de la vente préjudicierait aux acquéreurs des appartements de l'immeuble [...] la cour d'appel a estimé que, dans le cas où la vente serait résolue, la responsabilité du notaire et la garantie de la Caisse seraient recherchés ; qu'elle a écarté les lourdes conséquences pécuniaires qui résulteraient d'une résolution de la vente ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* ». V. aussi, sur le contrôle des conséquences de la résolution pour les tiers Civ. 3^e, 11 févr. 2009, inédit, n° 07-18.773 ; et sur l'opposabilité de la résolution avec effet rétroactif Civ. 3^e, 27 janv. 1993, n° 90-15602, inédit.

d'immeubles²⁵⁹⁹, exprimant alors une « *volonté judiciaire d'éviter le prononcé de la résolution* »²⁶⁰⁰. Il pourra, au vu des circonstances, également réduire l'amplitude du droit d'option ouvert au créancier²⁶⁰¹. L'ensemble de ces prérogatives rappelle la règle anglo-saxonne d'*equity*.

568.- Droit anglais : la règle d'*equity*. La règle d'*equity*, ainsi que l'intérêt plus général du marché, en droit anglais permet au juge de privilégier une sanction de l'inexécution plutôt qu'une autre, à partir de l'évaluation des effets de la sanction. En effet, alors que le droit anglais a pour principe de sanctionner l'inexécution par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle et/ou de la résolution du contrat, il admet exceptionnellement l'exécution en nature. Cette admission se fait à la lumière des conséquences des autres sanctions : la règle d'*equity* impose alors d'éliminer une voie qui serait injustement préjudiciable au débiteur. Mais la même logique peut dicter au juge de privilégier la résolution du contrat. En effet, « *pourquoi être encore tenu par des liens contractuels si un contractant ne veut plus exécuter et si son cocontractant est dédommagé de l'inexécution* »²⁶⁰² ? Le juge anglais, en répondant à cette question, a été amené à résoudre un contrat de bail (qui durait depuis trente-cinq ans) devenu ruineux pour le locataire. Il a motivé sa décision en énonçant que :

« *Il ne peut être dans l'intérêt général que la Cour oblige quelqu'un à continuer à exploiter son entreprise à perte lorsqu'il existe une alternative convaincante pour indemniser l'autre partie. Non seulement ce serait un gaspillage de ressources, mais cela obligerait les parties à demeurer dans des relations hostiles... D'un autre côté, l'octroi de dommages et intérêts met fin au litige. Le défendeur paie des dommages et intérêts, le lien litigieux est rompu et les parties prennent des chemins séparés pour que les blessures du conflit guérissent* »²⁶⁰³.

On observe alors que la résolution du contrat incarne à la fois un mode d'extinction de la convention, mais surtout un mode d'extinction du différend. En ce sens, et au regard de la terminologie employée par la décision précitée, la résolution prononcée s'apparente véritablement à un divorce entre les contractants incapables de poursuivre leur route ensemble.

²⁵⁹⁹ Une telle décision fait écho à l'idée selon laquelle « *c'est surtout en matière de propriété que l'on doit éviter tout effet rétroactif* », selon l'expression de BIGOT-PREAMENEU, dans l'exposé des motifs du titre de la prescription, cité in LAURENT F., *Principes de droit civil : Volume I*, Bruylant, 1869, p. 302.

²⁶⁰⁰ MESTRE J., « Des relations post-contractuelles », préc., p. 315.

²⁶⁰¹ Lorsque l'exécution est impossible, mais également lorsqu'elle est disproportionnée. Tel est le cas, en matière de garantie légale de conformité. L'art. L. 217-9 du C. de comm. prévoit notamment que : « *le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur* ». Cf. *infra* n° 226.

²⁶⁰² CABRILLAC R., *Droit européen compare des contrats*, Coll. Systèmes, LGDJ, 2^e éd., 2016, Issy-les-Moulineaux, n° 246.

²⁶⁰³ Traduction par CABRILLAC R., *ibid*, n° 246 : « *It cannot be in the public interest for the courts to require someone to carry on business at a loss if there is a plausible alternative by which the other party can be given compensation. It is only a waste of resources but yokes the party together in a continuing hostile relationship... An award of damages, on the other hand, brings the litigation to an end. The defendant pays damages, the forensic link between them is severed, they go their separated ways and the wound of conflict can heal* », in House of Lords, 21 May 1997, *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*. (URL: <http://www.casebooks.eu/contractLaw/Chapter18/excerpt.php?excerptId=4542>)

La pesée de la situation contractuelle peut donc n'être pas exclusivement cantonnée à l'appréciation économique qui en est faite, mais s'intéresser véritablement à la relation subjective et unique qui unit chaque couple ou groupe de contractants. En ce sens, le juge peut faire preuve d'une certaine empathie, au travers de la sensibilité dont il saura faire preuve.

569.- L'empathie nécessaire mais limitée du juge. Prévenir le dommage grave est donc bien un enjeu de l'appréciation de l'extinction par le juge. Ce dernier, refusant de constater l'échec du contrat, frôlant l'obstination, sera parfois tenté de forcer le maintien du contrat. C'est alors le cas de l'« *acharnement thérapeutique* »²⁶⁰⁴, illustré notamment par une décision dans laquelle la Cour de cassation est venue limiter les largesses des juges du fond²⁶⁰⁵. En l'espèce, le juge du provisoire avait fait bénéficier à un locataire des dispositions de l'article 1244 du Code civil, en suspendant la réalisation d'une clause de résiliation pour défaut de paiement²⁶⁰⁶. Cette faveur fait néanmoins peser sur le débiteur une sanction fatale, en prévoyant qu'à défaut de paiement d'une seule échéance, la résiliation du contrat de location commerciale se réaliserait et produirait ainsi tous ces effets. Une telle défaillance devait intervenir, justifiant un commandement de vider les lieux adressé au locataire. Ce dernier saisissait à nouveau la juridiction des référés qui prorogea les délais jusqu'au paiement du « *débiteur malheureux* »²⁶⁰⁷. Les difficultés financières indépendantes du comportement de ce locataire avaient visiblement convaincu les magistrats que la clause ne peut opérer en cas de bonne foi du débiteur. Les réticences à faire intervenir un après-contrat, lourd de conséquences pour une partie identifiée comme

²⁶⁰⁴ MESTRE J., préc.

²⁶⁰⁵ Civ. 3^e, 16 avr. 1986, Bull. II, n° 41, p. 32, pourvoi n° 84-14.782 ; RTD Civ. 1987, p. 316, obs. MESTRE J.; V. aussi Civ. 3^e, 4 juin 1986, Bull. civ. III, n° 86, p. 68, pourvoi n° 85-10.136, RTD Civ. 1987, obs. MESTRE J. ; Civ. 3^e, 13 avr. 1988, Bull. civ. III, n° 68, p. 39, pourvoi n° 87-10.516, D. 1989, p. 334, note AUBERT J.L. ; Civ. 1^{er}, 4 janv. 1995, bull. I, n° 14, pourvoi n° 92-17.858, Defrénois 1995, p. 1408, obs. MAZEAUD.

²⁶⁰⁶ L'article 1244 prévoit que « *les juges peuvent néanmoins en considération de la position du débiteur, et usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état* ». Cette prérogative a mené Georges Ripert à voir dans l'article 1244 un droit pour le débiteur de ne pas payer ses dettes : RIPERT G., « Le droit de ne pas payer ses dettes », DH 1936, chron., p. 57. V. sur ég. sur ce point WANDJI KAMGA A.-D., *Le droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, th. Limoges et Yaoundé II, 2009, p. 11, n° 17 : « *Qu'est-ce que le droit sans la sanction qui garantit, au fond, son respect ? Les risques d'une surprotection de l'autre partie font aussi que les créanciers actuels ou potentiels, sur la défensive, pourraient développer des stratégies de défense, a priori et a posteriori, aggravant ainsi sa situation* ». Adde (Coll.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du Vème colloque organisé par la Revue Droit et procédures - la Revue des huissiers de justice*, Paris, Cour de cassation, Première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, Collection Droit et procédures, EJT, 2007 ; FRICERO N., obs. sous CEDH, 15 nov. 2002, *Cau c./ Italie, Droit et procédures*, 2003, n°2, jur. 15, p. 87. En l'espèce, la partie bailleuse s'était vue privée de sa propre réintégration dans les lieux loués, ce qui précarisait sévèrement sa situation et avait finalement pour effet de transformer la partie réputée forte en partie faible et réciproquement. En outre, les délais de grâce peuvent en principe permettre de suspendre une procédure de saisie, alors même que l'extinction de la convention a déjà eu lieu et que, par exemple, des restitutions ont été ordonnées. C'est ce qu'indique l'art. 1244-2 du C. civ.

²⁶⁰⁷ BOYER L., *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, préc., n° 306.

faible, reposent sans doute sur un élan solidariste des juges du fait, faisant davantage « *reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat* »²⁶⁰⁸.

Or, la haute juridiction est venue en l'espèce, quant à elle, « *protéger celui qui a déjà tout donné* »²⁶⁰⁹, en rappelant que les difficultés de trésorerie, même en cas de bonne foi du débiteur, ne constituent pas un cas de force majeure, seul événement de nature à paralyser la clause résolutoire. Ainsi, l'inexécution pouvait être fautive, malgré la bonne foi du débiteur, et le bail devait s'éteindre, malgré la détermination des premiers magistrats à maintenir le contrat en vie. À la question de savoir si, en l'espèce, le juge a la possibilité, nonobstant l'existence d'une clause résolutoire de plein droit, d'accorder des délais de paiement, la réponse est négative²⁶¹⁰. Le contrat a généré une obligation d'autodestruction, celle de faire place à l'après-contrat effectif des conséquences de la fin. La relation contractuelle devait donc mourir, mais « *ce n'est pas tout de mourir ; il faut mourir à temps* »²⁶¹¹. Le juge aura donc l'obligation de prononcer la résolution²⁶¹², privé du pouvoir de « *rétablir un contrat définitivement résolu en dehors de lui* »²⁶¹³.

Un dernier cas mérite d'être envisagé, il s'agit du contexte particulier des procédures collectives.

²⁶⁰⁸ SALEILLES R., *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, 1901, p. 351, cité in CADIEU L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 196 : « *le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat* ».

²⁶⁰⁹ GAUTIER P.-Y., Rapport de synthèse, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque 30 et 31 mai 1996, PUAM 1997, p. 217.

²⁶¹⁰ Cf. de façon générale la possibilité pour le juge d'accorder des délais de grâce : art. 1343-5 C. civ. et *infra* n° 582 et s.

²⁶¹¹ SARTRE J.-P., Les mots.

²⁶¹² De même, si l'exécution forcée était possible et demandée par le créancier, le juge aurait eu l'obligation de la prononcer. V. not. GAUDEMET Y., « Exécution forcée et puissance publique : Les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », RDC, 1^{er} janv. 2005, 1, p. 133 ; GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000, p. 700 et s. ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011, n° 19 ; BENABENT A., *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., LGDJ, n° 864 ; WANDJI KAMGA A.-L., th. préc., p. 3, n° 2 : « *en l'absence d'un droit à l'exécution forcée, les justiciables peuvent manifester un désintéret à saisir le juge ou l'arbitre en vue du règlement de leurs litiges. La reconnaissance et l'effectivité d'un droit à l'exécution forcée vont rétablir et accroître la confiance des citoyens en leur justice* » (étant noté que l'auteur évoque aussi les délais de grâce, prévus par l'art. 39 de l'AUVE, comme étant « *un moment de répit accordé au débiteur ou une mesure destinée à différer l'exécution d'une obligation* » ; BUFFELAN-LANORE Y. ET LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, Les obligations*, 13^e éd., Sirey Universités, p. 128, n° 295 et n° 376 et s. précisant néanmoins : « *l'exécution forcée directe en nature, n'est possible en principe, que si l'obligation est une obligation de somme d'argent. On a vu, en effet, que pour les obligations de faire ou de ne pas faire, l'exécution sera souvent une exécution par équivalent car on ne peut pas obliger le débiteur, sauf cas particulier, à s'exécuter s'il le refuse ; il en est de même pour les obligations de donner portant sur un corps certain et non sur une somme d'argent ; le seul moyen d'obtenir une exécution en nature sera le recours à une astreinte. La contrainte par corps qui permettait de faire mettre en prison le débiteur pour le contraindre à l'exécution n'existe plus aujourd'hui. Si l'astreinte ne fonctionne pas, ou si le créancier ne veut pas y recourir, il faudra alors faire transformer par un juge l'obligation initiale de faire ou de ne pas faire en une condamnation à des dommages-intérêts [...] Il existe cependant une voie d'exécution forcée spécifique, sur la personne du débiteur et non sur ses biens qui permet d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation de faire : quitter les lieux. C'est l'expulsion.* ».

²⁶¹³ MAZEAUD H. L. et J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, n° 1104.

570.- La résolution confrontée aux procédures collectives. D'autres obstacles tenant à la situation du débiteur peuvent également paralyser du créancier. En effet, le créancier désireux d'obtenir la résolution judiciaire du contrat pourra être mis en échec par le jeu d'une autre procédure : c'est le jeu de la discipline collective imposée par le droit de la faillite. Ainsi, en application de l'article L. 622-21 du Code de commerce, « *le jugement d'ouverture d'une procédure collective interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ». Pour sa part, l'article L. 622-13 du Code de commerce prévoit que « *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. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* ». Concernant la poursuite du contrat en cours, il sera possible pour le créancier d'adresser une mise en demeure à l'administrateur, lui demandant ainsi de prendre parti sur la poursuite de la relation. Le silence de l'administrateur à l'issue d'un délai d'un mois emporte de plein droit la résiliation du contrat. Le juge-commissaire bénéficie toutefois du pouvoir d'aménager ce délai en l'écourtant ou en le prolongeant, ce qui, dans ce dernier cas, offre un sursis à l'acte. Ce même article offre une autre prérogative au juge-commissaire qui, à la demande de l'administrateur, peut résilier le contrat si cette mesure permet de sauvegarder le débiteur *et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant*. D'ailleurs, des dommages-intérêts sont prévus en cas de refus par l'administrateur de poursuivre le contrat en cours ou si une résiliation est prononcée. En outre, l'article L. 622-14 du Code de commerce suspend durant trois mois, à compter du jugement d'ouverture, la possibilité de demander la résiliation du bail – étant relevé que si la résiliation est demandée ou constatée pour défaut de paiement des loyers pour une occupation postérieure au jugement, il n'y a pas lieu à résiliation. Au surplus, le défaut d'exploitation des lieux loués pendant la période d'observation n'entraîne pas la résiliation.

Ainsi, la fin du contrat entraîne un bouleversement grave dans la vie des parties, à plus forte raison lorsque de la survie du contrat dépend la survie d'une entreprise. L'intérêt du créancier est aux prises avec des intérêts concurrents, lesquels peuvent être supérieurs. Un autre domaine est symptomatique de cette ambivalence, il s'agit du droit des contrats publics, dans lequel l'intérêt de la collectivité est en codépendance avec le sort du contrat.

À ce titre, la jurisprudence administrative s'est transformée au cours du siècle, en redéfinissant les possibilités d'agir en nullité à l'encontre d'un contrat public. L'enjeu est grand, et le juge administratif

s'est révélé acteur principal de ce renouvellement tant « *l'intérêt des parties mais également l'intérêt général guident ses pas* »²⁶¹⁴.

B- L'OFFICE DU JUGE DANS LE CONTENTIEUX PUBLIC DE L'EXTINCTION

571.- Le besoin de stabilité. Le contentieux public de l'extinction met en jeu l'intérêt de l'administration, et, par ce biais, l'intérêt général. Il pose donc la difficulté de trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer une certaine stabilité du marché public, celle de libérer les parties d'un contrat inexécuté, et le besoin de rétablir la légalité en annulant par exemple un acte entaché de nullité. Le juge fait donc bien plus que simplement trancher le litige. Alors que le juge de l'excès de pouvoir s'impose comme le juge de la légalité, le juge du plein contentieux aura la fonction de juge du contrat. Il peut en cela choisir de trancher en même temps le lien contractuel ou, au contraire, choisir de le laisser subsister. La survie du contrat dépend alors du procès. Un rôle de premier plan est ainsi distribué au juge du plein contentieux, *a fortiori* le mieux placé pour apprécier des circonstances mais aussi des enjeux de la cessation de la relation contractuelle. Il peut à ce titre, selon les circonstances, s'octroyer le pouvoir d'ordonner la reprise forcée de la relation contractuelle, le contentieux de l'extinction créant une dynamique d'expansion de son office. En ce sens, le contentieux public de l'extinction est un facteur de renouveau de l'office du juge, autant que le renouveau de l'office du juge influence le droit de l'extinction lui-même et les droits procéduraux des parties. Le juge de pleine juridiction va remplir ainsi un rôle puissant dans l'extinction du contrat (*a. Le rôle du juge administratif dans l'extinction du contrat*), mais aussi dans la survie du contrat (*b. Le rôle du juge administratif dans la survie du contrat*).

a) Le rôle du juge administratif dans l'extinction du contrat

572.- L'influence des pouvoirs du juge sur les droits procéduraux. Le bouleversement provoqué par l'extinction perturbe non seulement la situation de fait *inter partes*, l'ordre juridique dans lequel a pu s'insérer l'acte, mais également la procédure dans laquelle la nullité est relevée par le juge. En effet, le contentieux administratif donne conscience de l'impact de l'appréciation du juge sur les règles procédurales applicables aux parties en cours d'instance. Par exemple, alors que l'action introduite est relative à un litige né de l'exécution du contrat, le juge administratif peut relever d'office que l'annulation

²⁶¹⁴ GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », RDC, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 81.

d'un acte détachable – consécutive à l'action précédemment menée par un tiers²⁶¹⁵ – entraîne la nullité du contrat litigieux²⁶¹⁶. Or, dans ce cas, il devient assurément paradoxal de se prévaloir des stipulations contenues dans un acte nul : l'action initialement introduite est vouée à l'échec en raison du fondement devenu inadapté, et des prétentions inopérantes qui en découlent : si l'action menée par la partie demanderesse est née en se fondant sur la responsabilité contractuelle du débiteur, quelle est l'influence de la nullité du contrat litigieux lorsque celle-ci est relevée par le juge en cours d'instance ?

573.- Remodeler l'action en cours d'instance. En principe, la contradiction est flagrante entre l'objet d'une demande portant sur l'exécution du contrat, ou sur les effets de sa résiliation, et celle soumise aux effets de la nullité constatée par le juge. C'est pourquoi lorsque la nullité n'est constatée que tardivement, c'est-à-dire à l'occasion d'une action en cours, c'est toute la stratégie des parties qui peut s'en trouver ruinée : l'instance contractuelle devient postcontractuelle. Mais, ont été aménagées des « *solutions offertes aux anciennes parties au contrat dans le cadre du contentieux de la responsabilité* »²⁶¹⁷, de façon à leur permettre de revoir et adapter le contenu de leurs prétentions à la constatation de la nullité. Effectivement, alors qu'un requérant ayant agi sur le fondement contractuel est en principe irrecevable à présenter ultérieurement une demande sur un autre fondement²⁶¹⁸, le juge administratif a assoupli les règles en permettant aux parties, devenues anciens contractants en cours d'instance, de soulever de nouvelles prétentions indemnitaires, fondées sur la responsabilité quasi-contractuelle ou délictuelle, après la constatation de la nullité de l'acte²⁶¹⁹. C'est ainsi que, par exemple, les parties seront en mesure de présenter pour la première fois en appel des conclusions nouvelles, sur la base de leur nouvelle situation juridique. S'instaure alors une causalité entre les pouvoirs accordés au juge et ceux accordés aux parties. La possibilité laissée au juge de prononcer d'office la nullité du contrat permet aux parties de voir leurs droits procéduraux étendus. Si l'action s'est ouverte sur le terrain contractuel, cette dernière peut être revue en cours d'instance. La nullité produisant ses effets dès son constat judiciaire, elle impacte nécessairement le contenu des demandes ; lesquelles doivent pouvoir être actualisées par

²⁶¹⁵ GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », RDC 1^{er} janv. 2008, 1, p. 81 : « *la déclaration de nullité du contrat n'est pas dépendante de la seule volonté des parties puisqu'elle peut résulter également d'une action des tiers* ».

²⁶¹⁶ Le juge jouit de ce pouvoir depuis l'arrêt *Société Le Yacht Club International de Bormes-les-Mimosas* : CE, 1^{er} oct. 1993, n^o 54660, AJDA 1993. 810, concl. POCHARD M., RFDA 1994. 248, note PACTEAU B..

²⁶¹⁷ GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », préc.

²⁶¹⁸ CE, 22 févr. 1980, n^o 11939, *SA des Sablières modernes d'Aressy*, Lebon, p. 110.

²⁶¹⁹ CE, Sect., 20 oct. 2000, n^o 196553, *Société Citécable Est* : « *lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles* ».

mesure d'équité. C'est alors les conditions de l'après-contrat qui prendront place au cœur du litige, et non plus celles relatives à l'exécution du contrat.

Cependant, il est également possible, dans un sens réciproque, que ce soit l'action du requérant qui influence l'étendue de l'office du juge.

574.- L'influence de l'action sur les pouvoirs du juge. Le contentieux relatif aux recours postcontractuels ouverts aux concurrents évincés²⁶²⁰ est particulièrement intéressant en ce qu'il a contribué à une « mue »²⁶²¹ du juge administratif autant qu'il a nourri « *une conception nouvelle et particulièrement active du juge dans l'exercice de son office à l'occasion d'un recours de pleine juridiction* »²⁶²². En effet, par le biais de ce contentieux, le juge administratif s'est découvert des pouvoirs lui permettant d'offrir une réponse adaptée à la situation née de la conclusion irrégulière du contrat :

*Il « lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat »*²⁶²³.

On constate alors que « *le juge du contrat se voit proposer toute une gamme de pouvoirs destinés à le mettre à même de faire respecter le principe de légalité sans compromettre la sécurité juridique*

²⁶²⁰ Cf. CE 16 juill. 2007, Assemblée, n° 291545, *Société Tropic Travaux Signalisation*.

²⁶²¹ LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il enfin trouvé son juge ? », AJDA 2010. 142 : « *Est en effet reconnue au juge du contrat une mission qui s'accorde enfin à son titre : juger dans le cadre du contrat, expression d'une volonté commune des parties - c'est-à-dire juger, en tant que juge de pleine juridiction, avec des pouvoirs différenciés, qui ne se borne pas à tirer une nullité de toute irrégularité et prend en compte la loyauté des parties et l'intérêt général. En une formule, [...] il était devenu impératif de redéfinir l'office du juge du contrat qui, jusqu'à présent et très paradoxalement, méconnaissait le caractère à la fois contractuel et administratif du contrat administratif* ».

²⁶²² GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », préc. Adde PISSALOUX J.-L., « De l'office du juge saisi d'un recours contre une mesure de résiliation », GAZ. PAL. 21 mai 2011, n° 141, p. 25, obs. sous CE 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers* : « *Avec cet arrêt d'assemblée, la haute juridiction a renouvelé l'office du juge du contrat administratif saisi par les parties en lui reconnaissant une large palette de pouvoirs, surtout, bien évidemment, lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une action en contestation de validité* ». Cf. ég. LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il enfin trouvé son juge ? », préc. : « *La décision ôte ainsi au juge du contrat les habits du juge vétilleux de la légalité objective dont le raisonnement était enfermé dans une alternative (légalité ou nullité) caractérisant davantage l'office classique du juge de l'excès de pouvoir que celui du juge de plein contentieux* ».

²⁶²³ CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, AJDA 2007. 1497, obs. BRACONNIER S. ; RFDA 2007. 935, obs. CANEDO-PARIS M.; RTD eur. 2008. 835, obs. RITLENG D.; RDI 2007. 429, obs. DREYFUS J.-D.; RTD Civ. 2007. 531, obs. DEUMIER P.; AJDA 2007. 2500, obs. CAPITANT D.; RFDA 2007. 917, MODERNE F., Gaz. Pal., 8 sept. 2007, n° 251, obs. GUILLAUMONT O. ; *ibid.* n° 270, obs. RAIMBAULT Ph. ; LPA 17 oct. 2007, n° 208, obs. BUY F.; *ibid.* LPA 10 sept. 2007, n° 181, obs. GLATT J.-M.; ; Rapp. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 387 ; Ass. plén., 21 déc. 2006, Bull. AP, n° 15, [RJ2] ; CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43/75, Rec. p. 455 ; CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit italiana Srl*, aff. 61/79, Rec. p. 1205 ; CJCE, 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c/ Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. C-262/88, Rec. p. I-1889 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31 ; CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c/ Belgique*, série A, n° 214-C.

générale »²⁶²⁴. S'il a la possibilité d'anéantir le contrat, le juge recherche néanmoins avant tout une solution raisonnable et respectueuse de la sécurité juridique, susceptible de sauver la force obligatoire du contrat ; ou bien, si c'est l'anéantissement qui est prononcé, le juge tente d'amoindrir le trouble résultant de la disparition de la relation contractuelle.

C'est ainsi qu'il a le pouvoir de différer les effets extinctifs, en attendant, par exemple, qu'intervienne la décision du conseil municipal approuvant la désignation d'un nouveau partenaire contractuel²⁶²⁵. La liberté du juge du contrat doit néanmoins être encadrée. Il sera tenu par un principe de cohérence déduit de l'autorité de la chose jugée.

575.- L'encadrement des pouvoirs. En effet, quand le juge administratif est saisi ultérieurement d'une demande en exécution du jugement ayant ordonné l'extinction du contrat, il ne peut revenir sur les mesures précédemment ordonnées. Ce principe vaut même si le juge saisi est le même que la première fois. Il devra alors « *assurer l'exécution de la chose jugée, laquelle s'attache tant au dispositif qu'aux motifs qui en sont le support nécessaire* »²⁶²⁶. Pour ce faire, le juge du contrat doit user des pouvoirs mis à sa disposition, « *dont celui d'apprécier les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur la continuité ou la validité du contrat, en envisageant, le cas échéant, une modulation des effets dans le temps de l'annulation de cet acte. Cette maîtrise du temps dans le contrat et de ses effets après lui est elle-même de plus en plus fréquemment reconnue par le Conseil d'État lui-même au juge de l'injonction* »²⁶²⁷.

²⁶²⁴ GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », préc.

²⁶²⁵ CE, 9 avr. 2010, n° 309480, *Cne de Levallois*, RDC, 1^{er} janv. 2011, 1, p. 213, obs. BRUNET P. ; AJDA 2010. 759, obs. PASTOR J.-M. ; *ibid* 1374, note DREYFUS J.-D. ; RDI 2010. 382, obs. BRACONNIER S. Cf. NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », RDI 2010. 265 : « *Le Conseil d'État fait alors intervenir un principe, qualifié ici « d'objectif », qui est en lien direct avec la bonne foi, à savoir la stabilité des relations contractuelles. (...) Le juge du contrat pourra donc considérer que la poursuite du contrat est possible, moyennant, si c'est opportun, des mesures de régularisation, il pourra résilier le contrat, éventuellement avec un effet différé dans le temps, enfin, dans les cas les plus graves, qui tiennent au contenu illicite du contrat ou à vice "d'une particulière gravité relative notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement", il pourra prononcer l'annulation du contrat* ». Adde ORSONI G., « Contrats publics », RTD com. 2010. 548.

²⁶²⁶ CE, 9 avr. 2010, n° 309480, *Cne de Levallois*, préc. : En l'espèce, le juge saisi d'un recours en excès de pouvoir avait annulé la délibération municipale ayant approuvé un avenant, estimant que le vice affectant la délibération entachait l'acte de nullité. Le tribunal a donc enjoint à la commune, « *soit d'obtenir de son cocontractant la résolution de l'avenant, soit de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité* ». Ne parvenant pas à obtenir la résolution avec son contractant, la commune saisissait alors le juge du contrat (la même juridiction) aux fins de voir prononcer la résiliation du contrat litigieux avec un effet différé. Ce dernier, suivi par la Cour d'appel, énonçait que : eu égard à la nature de l'acte annulé par le juge de l'excès de pouvoir, celui-ci était nécessaire à la validité de l'avenant, et que **le juge du contrat ne pouvait dès lors que déclarer le contrat nul**. Or, relevant une erreur de droit précisément sur ce point d'appréciation des pouvoirs du juge, le Conseil d'Etat estime que le juge du contrat doit pouvoir aller au-delà du seul constat de nullité et « *en fonction de la nature du vice ayant conduit à l'annulation de l'acte détachable du contrat et de son éventuelle régularisation, les conséquences de cette annulation sur la continuité et la validité du contrat* ».

²⁶²⁷ BRUNET P., « L'appréciation par le juge de cassation du pouvoir d'appréciation du juge du contrat », RDC 1^{er} janv. 2011, 1, p. 213, obs. sous CE, 9 avr. 2010, préc.

Dans une espèce, le juge saisi d'un recours en excès de pouvoir avait annulé la délibération municipale ayant qui avait approuvé un avenant, estimant que le vice affectant la délibération entachait l'acte de nullité. Le tribunal a donc enjoint à la commune « *soit d'obtenir de son cocontractant la résolution de l'avenant, soit de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité* ». Ne parvenant pas à obtenir la résolution avec son contractant, la commune saisissait alors le juge du contrat (la même juridiction) aux fins de voir prononcer la résiliation du contrat litigieux avec un effet différé. La juge du contrat, suivi par la cour d'appel, énonçait que : eu égard à la nature de l'acte annulé par le juge de l'excès de pouvoir, celui-ci était nécessaire à la validité de l'avenant, et que le juge du contrat ne pouvait dès lors que déclarer le contrat nul. Or, relevant une erreur de droit précisément sur ce point d'appréciation des pouvoirs du juge, le Conseil d'Etat estime que le juge du contrat doit pouvoir aller au-delà du seul constat de nullité et « *en fonction de la nature du vice ayant conduit à l'annulation de l'acte détachable du contrat et de son éventuelle régularisation, les conséquences de cette annulation sur la continuité et la validité du contrat* ». On peut souligner ici que le juge de l'excès de pouvoir, du fait des limites de son office, est contraint d'adopter un regard sur les conséquences de la nullité porté vers l'avenir. S'en dégage une conception consensualiste des effets de l'annulation. En effet, bien que constatant la nullité, il laisse aux parties le soin de résoudre le contrat vicié : l'inefficacité de l'acte ne dépend alors pas de la nullité pourtant judiciairement constatée, mais du comportement des parties enjointes de mettre un terme par leur propre moyen à leur relation, en réponse à la chose jugée, ou, à défaut, de leur action devant le juge du plein contentieux.

De plus, même devant le juge du contrat, la possibilité laissée de moduler dans le temps les effets de l'annulation, et le simple fait que le requérant soit en mesure de demander une « *résiliation* » à la suite d'une nullité, permet d'observer que les conséquences théoriques – et embarrassantes – de la rétroactivité sont évacuées par le contenu des pouvoirs du juge préoccupé par les suites à venir de l'extinction, peu importe la cause de cette dernière.

b) Le rôle du juge administratif dans la survie du contrat

576.- Une dynamique d'expansion de l'office du juge. C'est, dans une dynamique d'expansion de son office, une « *palette* »²⁶²⁸ d'actions qui a été offerte au juge du contrat administratif, devant lequel peut être également formé un recours aux fins de reprise des relations contractuelles, consacré en

²⁶²⁸ PISSALOUX J.-L., « De l'office du juge saisi d'un recours contre une mesure de résiliation », GAZ. PAL.21 mai 2011, n° 141, p. 25.

2011²⁶²⁹. C'est l'arrêt dit *Béziers 2* qui a contribué à cette tendance émancipatrice : alors que le juge administratif du contrat n'était classiquement²⁶³⁰ pas en mesure d'annuler les mesures d'exécution prises par l'autorité publique à l'encontre de son contractant²⁶³¹, la sanction étant limitée à l'octroi de dommages et intérêts en cas de résiliation irrégulière²⁶³², il est devenu possible de revenir sur la mesure de résiliation²⁶³³, le juge s'imposant ainsi comme « *un guide sur le chemin de la stabilité contractuelle* »²⁶³⁴. La partie victime de la rupture peut donc demander l'annulation de l'acte révocatoire dans un délai - fixé par la jurisprudence précitée - de deux mois à compter de sa prise de connaissance. La liberté contractuelle de l'administration, exprimée dans l'exercice du droit de rompre le contrat, se heurte à l'office du juge capable de remettre en cause les « *prérogatives régaliennes de l'administration en matière contractuelle* »²⁶³⁵.

²⁶²⁹ Arrêt *Béziers 2* : CE 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*, RDA, 1^{er} nov. 2015, étude 14, obs. NGAMPIO-OBELE-BELE ; RJEP, 1^{er} oct. 2011, n° 690, comm. 44, obs. COSSALTER Ph. *Adde* BRACONNIER S., DOUROLLENS N. et LAVABRE Ch., « Résiliation - La contestation des décisions de résiliation des contrats administratifs », RCMP, n° 11, nov. 2015, 10 ; LICHERE F., « La fin des contrats administratifs : la fin de la dialectique légalité/stabilité », *Contrats publ.*, avr. 2015, p. 3.

²⁶³⁰ Ce courant jurisprudentiel était néanmoins critiqué, pour son manque de clarté et d'uniformité (compte tenu des exceptions existantes), mais également en raison de l'opportuniste laissé à l'administration qui pouvait « acheter » un droit d'abus dans l'exercice du droit de rompre, et donc s'octroyer un droit à l'illégalité pourvu qu'elle puisse s'acquitter d'une indemnité - payée sur les fonds publics. V. not. CE, 30 sept. 2009, n° 326230, *Commune de Saint-Pol-sur-Ternoise* (concl. Boulouis), PISSALOUX J.-L., « De l'office du juge saisi d'un recours contre une mesure de résiliation », préc.

²⁶³¹ Une telle mesure aurait été d'une efficacité quasi-nulle antérieurement à la création du référé-suspension (art. L.521-1 du C. de Justice Adm.), compte tenu des délais de jugement qui menaient la procédure à se poursuivre postérieurement au terme initialement prévu du contrat litigieux (ce qui donne au juge des référés un rôle stratégique très important - cf. *infra* n° 579, et UBAUD-BERGERON M., « Référé-suspension contre une mesure de résiliation du contrat », *CMP* n° 1, janv. 2017, comm. 27). Le juge des référés a ainsi la vertu de transformer ce qui aurait été une instance postcontractuelle en instance contractuelle, en attendant qu'il soit statué au fond. Toutefois, même si la résiliation a été suspendue dans l'urgence, le juge qui statue au fond devra nécessairement se demander si, à la date où il statue, le maintien de la relation contractuelle a encore un sens, au vu de la durée du contrat et de l'objet de celui-ci.

²⁶³² « *Le juge des contestations relatives aux marchés administratifs n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant (...) il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité* », in CE, sect., 24 nov. 1972, n° 84054, *Société des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Lebon 1972, p. 753. *Adde* CE, 20 févr. 1868, Lebon 1868, p. 198 ; CE, 17 mars 1976, Lebon 1976, p. 1008. Cf. exceptions : (concession) CE, 8 févr. 1878, n° 50726, *Pasquet*, Lebon 1878, p. 128 ; CE, 20 janv. 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, Lebon 1905, p. 54 ; CE, sect., 21 janv. 1944, *Société d'entreprise et de construction en béton armé*, Lebon 1944, p. 23 ; (occupation du domaine public) CE, sect., 13 juill. 1968, n° 73161, *Sté Établissements Serfati* ; CE, 1^{er} mars 1978, n° 05588, *Association Maison des Jeunes et de la Culture Paris-Charonne* ; (organisation d'un service public) CE, 13 mai 1992, n° 101578, *Commune d'Ivry-sur-Seine*, Lebon 1992, p. 197.

²⁶³³ L'administration a la possibilité de rompre unilatéralement le contrat quand cela est prévu par la loi ou par le contrat (CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon 1958, p. 246). Sinon, le droit de résiliation unilatéral est permis pour un motif d'intérêt général ou lorsque le cocontractant commet une faute (CE, 27 janvier 1937, *Ville de Quesnoy-sur-Deule*, Lebon 1937, p. 125).

²⁶³⁴ COSSALTER Ph., « Une décision de résiliation d'un contrat administratif peut faire l'objet d'un recours en reprise des relations contractuelles accompagné d'une requête en référé suspension », RJEP, 1^{er} oct. 2011, n° 690, comm. 44.

²⁶³⁵ « *La règle paraît procéder aujourd'hui d'un souci de sauvegarde de prérogatives régaliennes de l'administration en matière contractuelle* », au sujet de la limitation classique de l'office du juge, in CE, sect., 13 juill. 1968, n° 73161, *Sté Établissements Serfati* (concl. BERTRAND).

577.- La reprise forcée de la relation contractuelle. C'est dans ce cadre que la reprise de la relation contractuelle peut être ordonnée aussi bien rétroactivement que prospectivement. En effet, la date de la reprise prononcée par le juge peut être antérieure au jugement comme postérieure à lui. Si la reprise est rétroactive, nonobstant l'absence de relations entre les parties durant le temps intermédiaire, il est intéressant de remarquer que le requérant pourra en théorie reprocher rétrospectivement au cocontractant une éviction. En revanche, si la reprise n'intervient que postérieurement, il semblerait néanmoins possible d'ouvrir à la partie victime de la relation un droit à réparation du préjudice subi par la résiliation irrégulière, sur le fondement délictuel. Il faut toutefois relever que le simple fait que le juge dispose du droit d'ordonner la reprise des relations contractuelles, ne garantit pas un droit acquis au contractant victime de la rupture. Il faudra, pour optimiser les chances du requérant, qu'une suspension ait été prononcée en référé, afin de faciliter la poursuite de la relation, en plus d'avoir à démontrer le caractère suffisamment grave des irrégularités commises.

Le travail jurisprudentiel sur l'office du juge administratif est donc venu construire une véritable « *transformation du contentieux contractuel* »²⁶³⁶. Le rapport entre le juge et l'après-contrat est, dans la jurisprudence administrative, particulièrement fructueux. Le contentieux de l'extinction et de ses suites a un impact direct sur le droit procédural, en ce qu'il permet une extension de l'office du juge. L'étendue de ceux-ci met en perspective les conséquences de l'extinction du contrat, notamment dans le besoin qui les accompagne d'opérer une transition la moins perturbante possible, dans un domaine où l'intérêt de la collectivité dépend de la sécurité juridique des transactions.

§2) Les rôles stratégiques du juge des référés et du juge de l'exécution

578.- Avant et après la décision. En tant que construction complexe, elle ne peut faire l'économie de rôles secondaires. Secondaires certes, mais loin d'être mineurs : ils seront mêmes stratégiques. Le juge du fond est certes un protagoniste capital dans la détermination du sort du contrat, mais d'autres acteurs de la procédure contribuent à la gestion du contentieux postcontractuel. L'après-contrat litigieux peut en effet appeler un besoin de stabilité en attendant qu'il soit statué au fond, de même qu'un certain équilibre sera recherché une fois la décision rendue. En effet, la stratégie des contractants ne pourra faire l'économie de la prise en compte du rôle stabilisateur du juge des référés (**A. Le rôle stabilisateur**

²⁶³⁶ NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », RDI 2010. 265, obs. sous CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802 et CE, 10 févr. 2010, *Sté Prest'Action*, n° 301116.

du juge des référés) et du rôle modérateur du juge de l'exécution (*B. Le rôle modérateur du juge de l'exécution*).

A- LE ROLE STABILISATEUR DU JUGE DES RÉFÉRÉS

579.- Le rôle actif du juge des référés. Il est clair que la portée de la volonté de résoudre le contrat se heurte au juge de telle sorte que, même en présence d'une résolution extrajudiciaire, il existe des moyens judiciaires de maintenir la relation contractuelle en vie. Avant la réforme de 2016, la jurisprudence avait reconnu la validité de la résolution extrajudiciaire « *peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* »²⁶³⁷. Toutefois, un espoir et une chance de stabilité doit pouvoir exister en faveur du débiteur éconduit avant que l'affaire ne soit contestée au fond, ce qui a certainement mené la Cour de cassation à offrir au juge des référés, qui « *peut être un acteur central de la résolution du contrat* »²⁶³⁸, la possibilité de préserver la vitalité du contrat résolu en ordonnant sous astreinte la reprise de la relation dans l'attente du prononcé de la résolution au fond²⁶³⁹ ou même en contraindant les effets d'un titre exécutoire²⁶⁴⁰.

²⁶³⁷ Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *Fanara c/ Société Europe Expertise*, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 99-15.170, RTD Civ. 2001 p.363, obs. MESTRE J. et FAGES B.

²⁶³⁸ NEISS Ph., « Le juge des référés et la résolution du contrat », LPA, 18 nov. 2010, n° 230, p.3 : évoquant une « *montée en puissance de cette forme de juridiction* ».

²⁶³⁹ Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *Clinique Auguste Renoir et autre c/ Presse*, inédit, pourvoi n° 99-12.478, RTD Civ. 2001, p. 590, obs. MESTRE J. et FAGES B. Cf. ég. JAMIN Ch., « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », D. 2001. 1568 : pour qui « *toute rupture d'un contrat est en effet susceptible de causer un dommage imminent à la partie qui en est la victime, même si celle-ci a commis un manquement suffisamment grave pour justifier cette mesure. Afin de ne pas anéantir la portée de la jurisprudence qui est en train de se dessiner en permettant un recours syndématique au juge des référés par le débiteur, ce qui obligerait le créancier à se présenter devant le juge du fond même quand la rupture du contrat est fondée, il faudrait alors limiter l'usage des articles 809 ou 873 aux seuls cas où le créancier n'a pas respecté un délai de préavis suffisant. [...] et songer plutôt à se fonder sur les articles 808 ou 872 du même code pour sanctionner le créancier qui rompt le contrat sans pouvoir cette fois-ci démontrer de manière incontestable un manquement suffisamment grave du débiteur.* ». La jurisprudence a permis la reprise des relations par le juge des référés : Com., 26 févr. 1991, Bull. civ. IV, n° 87, pourvoi n° 89-16.348 ; JCP 1992, II, n° 21914, note LEVY L. : le juge des référés peut décider, eu égard à l'imminence et à la gravité du dommage, d'accueillir une demande tendant à la condamnation sous astreinte d'une société à reprendre immédiatement ses relations commerciales avec le demandeur et à en aviser les clients de ce dernier, cette demande étant fondée sur le préjudice immédiat résultant de la rupture par la société des relations contractuelles. Rapp. *ibid* 21 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 115, pourvoi n° 82-12.347 ; RTD com. 1985, p. 91, obs. BENABENT A. et DUBARRY J.-C. ; Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286, pourvoi n° 99-18.576 ; D. 2001, Jur. p. 256, note JAMIN Ch. et BILLIAU M. ; *ibid.*, Somm. p. 1137, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2001, p. 135, n° 5, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; JCP 2001, II, n° 10506, note VUITTON X. - *Adde*, Aix-en-Provence, 23 février 1996, GAZ. PAL.1996, 2, p. 367.

²⁶⁴⁰ Le juge peut ainsi rendre une ordonnance suspendant les effets de l'arrêté d'attribution à une société de sa licence indispensable à son exercice professionnel : « *le titre ayant été anéanti par le jugement rejetant au fond le recours en annulation, M. X... devait, par application de l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991, restituer la société dans ses droits en nature ou par équivalent* », in Civ. 2e, 9 sept. 2010, Bull. civ. II, n° 148, pourvoi n° 09-68.120.

Une illustration bien connue est celle de la réintégration du preneur dans les lieux loués ou du salarié dans l'entreprise.

580.- Exemples du locataire et du salarié. « *Devenus moribonds par la volonté irrégulièrement exprimée de l'employeur ou du bailleur, le contrat de travail et le bail peuvent en effet se voir accorder "une seconde vie" sous l'impulsion conjuguée du juge et de la partie faible. L'arsenal législatif qui est mis à la disposition des tribunaux offre ainsi au salarié et au preneur diverses possibilités d'obtenir, par voie de justice, la reprise forcée de l'exécution du contrat* »²⁶⁴¹. L'annulation du congé ou du licenciement permettra de prétendre que les effets extinctifs ne se sont pas manifestés, et la relation sera réputée ne jamais s'être interrompue. Il s'agit donc d'un rétablissement rétroactif. Le temps intermédiaire durant lequel une partie a été privée des bénéfices du contrat va alors permettre à la partie victime de la rupture d'exiger la réparation de son éviction. Le juge des référés aura en la matière un rôle intéressant pour la partie intéressée au maintien de la relation.

Dans le même sens, l'enjeu est grand en droit social, concernant le respect des formalités de licenciement. En effet, les articles L. 122-14 et suivants du Code de travail imposent différentes étapes indispensables à la formalisation de la mesure de licenciement²⁶⁴². Si, en présence d'un licenciement ayant une cause réelle et sérieuse, le juge a la possibilité de prononcer la réintégration du salarié par application de l'article L. 122-14-4²⁶⁴³, ce même texte prévoit également que « *si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* ».

Or, dans le cas où le licenciement est suivi d'une procédure contentieuse, la demande du salarié de contraindre l'employeur à régulariser la procédure va perdre de son utilité au fur et à mesure du temps qui s'écoule ; ce qui aura pour effet de dispenser le juge d'ordonner l'accomplissement de la formalité²⁶⁴⁴. Quel serait en effet l'intérêt d'une régularisation intervenant des mois ou des années après la rupture litigieuse ? Toutefois, dans le cadre d'un référé prud'homal offrant une réaction rapide du

²⁶⁴¹ LITTY O., *Inégalité des parties et durée du contrat, Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999, p. 367, n° 470.

²⁶⁴² Rappr. *supra* n° 60, 528 et s.

²⁶⁴³ De plus, lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet le texte prévoit qu'il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible (fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible). Si le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat si la réintégration est impossible, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois.

²⁶⁴⁴ Soc., 16 mars 1978, Bull. civ. V, n° 199, p. 150, pourvoi n° 76-41.101.

juge, l'article L. 122-14-1 trouvera aisément à s'appliquer et sera même le vecteur d'une prolongation, certes temporaire, de la relation contractuelle²⁶⁴⁵.

L'idée est de prévenir la survenance d'un dommage imminent causé par la cessation de la relation contractuelle, en permettant « *l'intervention du juge du provisoire afin d'ordonner les mesures d'attente que nécessite la situation litigieuse en cours, c'est-à-dire le différend* »²⁶⁴⁶ ; nonobstant le fait que la résolution puisse apparaître *a fortiori* étrangère à l'étendue des pouvoirs du juge du provisoire qui ne peut porter atteinte au fond et dont la décision ne peut revêtir l'autorité de la chose jugée au principal²⁶⁴⁷. Il devrait en principe se résoudre à « *constater une résolution qui s'est effectuée en dehors de lui* »²⁶⁴⁸, mais les nécessités de la cause renforcent son office. Les parties peuvent d'ailleurs elles-mêmes prévoir d'agir devant la juridiction des référés en cas de différend au travers d'une stipulation expresse²⁶⁴⁹, appréciant la rapidité inhérente à ce choix procédural, et même se satisfaire de la solution offerte par l'action en référé qui a la possibilité de constater la résolution et mettre à cette occasion un terme au différend avant qu'il soit statué au fond²⁶⁵⁰. La solution provisoire devient alors, dans la réalité des faits, définitive.

581.- Retarder ou forcer l'après-contrat. Ainsi, soit l'après-contrat ayant un temps succédé au contrat disparaît, tandis que la relation contractuelle s'impose à nouveau par la porte du référé ; soit l'après-contrat se pérennise. Le juge peut donc dans les deux cas, on le voit, déjouer les effets de la clause résolutoire en suspendant les effets de l'extinction, rétablissant ainsi les parties dans une situation contractuelle censée être déjà éteinte, ou forcer les mesures faisant suite à la résolution, de manière à sa

²⁶⁴⁵ V. sur l'ensemble de la question LITTY O., th. préc., p. 368, n° 471 et s.

²⁶⁴⁶ MELIN-SOUCRAMANIEN B., *Le juge des référés et le contrat*, préf. MESTRE J., PUAM, 2000, n° 40. Cf. art. 808 et 872 du CPC.

²⁶⁴⁷ Civ. 3^e, 27 nov. 1990, Bull. civ. III, n° 254, pourvoi n° 89-17.249 : (au visa de l'art. 848 du CPC) « *qu'en statuant ainsi, alors qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer une telle mesure, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ; Com., 13 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 241, pourvoi n° 96-15.062 : « *Sous l'empire de la rédaction initiale de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, la renonciation à la continuation du bail résultant de l'absence de réponse dans le mois de la mise en demeure adressée au liquidateur n'entraîne pas la résiliation du contrat, mais ouvre seulement au bailleur le droit de demander que celle-ci soit prononcée par voie judiciaire. Il en résulte que le juge des référés, s'il peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend, comme la restitution des clés, ne peut ni prononcer la résiliation d'un contrat en raison du texte susvisé, ni constater la résiliation du bail non encore prononcée par le juge du fond* » ; Soc., 13 mai 2003, Bull. civ. V, n° 161, pourvoi n° 01-17.452 : « *Excède les pouvoirs du juge des référés la cour d'appel, qui, statuant sur l'appel formé contre une ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce, ordonne, pour mettre fin au trouble manifestement illicite résultant de la conclusion d'un contrat de travail en violation d'une clause de non-concurrence, la résiliation de ce contrat* » ; RTD civ. 2003, p. 705, obs. MESTRE J. et FAGES B., in « *Sort du contrat et juge des référés* » ; STORCK M., J.-Cl. Civil code, art. 1184, fasc. 10, V° « *Contrats et obligations - obligations conditionnelles - résolution judiciaire* », nov. 2006, n° 45 ; GRIDEL J.-P. et LAITHIER Y.-M., « *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux* », in JCP G 2008, I, n° 143.

²⁶⁴⁸ PICARD M. et PRUD'HOMME A., « *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations* », RTD civ. 1912. 104.

²⁶⁴⁹ Civ. 3^e, 20 janv. 1988, Bull. civ. III, n° 14, pourvoi n° 86-18.276 : le juge qui statue en application des stipulations du bail lui attribuant compétence pour constater en référé la résiliation de ce bail n'a pas à relever l'urgence.

²⁶⁵⁰ STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. préc., p. 541.

force à la résolution – en ordonnant par exemple des restitutions²⁶⁵¹. Il impose ainsi une nouvelle durée au contrat, au travers d'un pouvoir parfois qualifié de « *surhumain* »²⁶⁵², dominant la loi des parties. Ce pouvoir juridictionnel met en relief ce qui a pu être senti davantage comme un « *pouvoir modérateur* »²⁶⁵³ du juge de l'urgence. Les parties étant en mesure de procéder à la résolution par voie de notification, le recours à la juridiction des référés s'avère particulièrement intéressant dans la mesure où cette dernière permet d'assurer une certaine stabilité dans la rupture lorsque cela est nécessaire, dans des délais mieux adaptés à la mise en place ou au retardement de la situation postcontractuelle. Cette dernière ne peut en effet dépendre d'une appréciation dans le temps qui serait excessivement différée et qui laisserait finalement place à une décision en rupture avec la réalité née des suites de la notification : les parties, campées sur leurs positions respectives ayant pu, dans le temps intermédiaire, connaître une situation de fait creusant un décalage avec la situation de droit ultérieurement reconnue. Le contrôle provisoire de ce temps intermédiaire par la voie du référé a alors le mérite d'apporter davantage de sécurité et de prévisibilité aux parties, ne fussent-elles pas satisfaites de la solution intermédiaire, en imposant une situation de fait communément identifiable. L'état de la relation est ainsi figé en attendant une évolution définitive.

Une certaine limite, outre l'intérêt général²⁶⁵⁴, tenant au moment dans lequel s'inscrit la décision judiciaire, se sont néanmoins imposées afin de ménager les intérêts de chaque partie.

582.- Le critère temporel des pouvoirs du juge. C'est ainsi que le pouvoir laissé au juge des référés d'accorder des délais de grâce, maintenant la relation contractuelle en sursis, doit être mesuré selon que la clause résolutoire est déjà intervenue ou non : le juge ne peut, en ordonnant des délais supplémentaires, mettre en échec les effets d'une clause résolutoire déjà consommée²⁶⁵⁵. Les délais de

²⁶⁵¹ Civ. 3e, 15 févr. 1983, Bull. civ. III, n° 40, pourvoi n° 81-11.788 ; Civ. 3e, 19 févr. 2003, Bull. civ. III, n° 44, pourvoi n° 01-16.991, RJDA 2003, n° 688 ; Civ. 3e, 2 avr. 2003, Bull. civ. III, n° 78, pourvoi n° 01-14.774 ; Soc. 13 mai 2003, Bull. civ. V, n° 161, pourvoi n° 01-17.452 ; Com., 1er juill. 2003, inédit, pourvoi n° 01-14.220 ; v. ég. GENICON Th., *La résolution unilatérale*, préf. LEVENEUR L., LGDJ, 2007, n° 343, p. 249.

²⁶⁵² MESTRE J. et FAGES B., RTD civ. 2001, p. 135, n° 5, obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, préc.

²⁶⁵³ OSMAN F., « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », Defrénois 1993, p. 65. Comp. Civ. 3e, 5 févr. 1992, Bull. civ. III, n° 38, pourvoi n° 90-13.153 ; Civ. 3e, 29 mars 2000, pourvoi n° 98-17039. STORCK M., J.-Cl. Civil code, art. 1184, fasc. 20, préc., n° 25.

²⁶⁵⁴ « *L'urgence devant être complétée dans le cas des mesures de résiliation de la prise en compte de « l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la mesure de résiliation »*, in CE, sect., 21 mars 2011, préc. ; CE, sect., 19 janv. 2001, n° 228815, *Confédération nationale des radios-libres*, Lebon, p. 29, concl. TOUVET L., AJDA 2001, p. 152, chron. GUYOMAR M. et COLLIN F. ; D. 2001, p. 1414, note SEILLER B. *Adde* CE, 16 nov. 2016, n° 401321, *Cne Erstein*, CMP, n° 1, janv. 2017, comm. 27.

²⁶⁵⁵ STORCK M., J.-Cl. Civil code, art. 1184, fasc. 20, préc., no° 31 ; BRES A., *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, préf. RAYNARD J., Litec, 2009, n° 346, p. 200 ; Civ. 3e, 27 mars 1991, Bull. civ. III, n° 102, pourvoi n° 89-18.600.

grâce ne peuvent intervenir qu'*à temps*. Mais, dans une tendance à la démocratisation du recours à la résolution unilatérale par notification extrajudiciaire, n'est-il pas utile de reconsidérer l'office du juge sur ce point ?

En effet, s'affirme un véritable pouvoir stabilisateur de la juridiction des référés pouvant indiquer que l'après-contrat déjà en cours, par l'effet de la notification de résolution, puisse être soumis à une appréciation construite sur les circonstances de l'intervention de la rupture et sur ses conséquences dommageables. Le seul fait que la résolution doive dépendre d'un caractère suffisamment grave doit inviter à s'intéresser à la façon dont intervient la résolution extrajudiciaire qui, si elle était abusivement précipitée par le créancier désireux de voir écarter des délais supplémentaires, mérite d'être contrôlée. Finalement, dans le cadre d'une libéralisation de l'extinction extrajudiciaire, le fait pour le juge de pouvoir intervenir *à contretemps* peut s'avérer déterminant pour le sort de la relation contractuelle méritant d'être sauvegardée, si bien que, en définitive, « *au nom de la moralisation des contrats, le juge saisit le temps contractuel* »²⁶⁵⁶, mais il doit le faire en quête d'« *un équilibre assez délicat entre les intérêts des créanciers qui attendent légitimement ce qui leur est dû, et ceux des débiteurs qui ne peuvent pas être la proie de n'importe qui, dans n'importe quelle conditions* »²⁶⁵⁷.

À ce titre, si un pouvoir d'anéantir le contrat est confié au juge dans sa lecture de la faute contractuelle du débiteur, il doit pouvoir être équilibré par une faculté de modérer les effets de l'anéantissement au vu du comportement délictuel du créancier. Cette règle de réciprocité permet autant d'égaliser la protection susceptible d'être proposée aux contractants devant la juridiction, que de maintenir la cohérence de l'office du juge. Ainsi, la place laissée à l'après-contrat dans le champ d'action du juge se trouve mieux saisie, dans la logique principale de mettre en question l'opportunité et la légitimité - la licéité de la résolution²⁶⁵⁸ - de l'ouverture du temps postcontractuel.

B- LE ROLE MODÉRATEUR DU JUGE DE L'EXÉCUTION

583.- L'après-contrat et l'après-jugement. La manifestation judiciaire de l'après-contrat est une opportunité d'observer combien le juge peut être « *auteur et acteur du droit des contrats* » et

²⁶⁵⁶ MARAIS A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », LPA 2 oct. 2002, n° 197, p. 7.

²⁶⁵⁷ (au sujet de la réforme des procédures civiles d'exécution) PERROT R., « La réforme des procédures civiles d'exécution », propos recueillis par Marie MIGNON-GARDET, LPA, 6 janvier 1993, n° 3, p. 7.

²⁶⁵⁸ NORMAND J., « Référés. La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », RTD civ. 2002. 137 ; Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *Société Trésis et IPIB*, Bull. civ. I, n° 286, p. 185, pourvoi n° 99-18.576 ; D. 2001. J. 256, note JAMIN Ch. et BILLIAU M. et Somm.1131, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 2001. 135, obs. MESTRE. J. et FAGES B. ; JCP 2001 G II, 10506, note X. VUITTON et ibid I, 1023, n° 9, obs. KULLMANN J. ; Gaz. Pal.15 déc. 2001, Somm. C. cass. p. 28, obs. PERDRIAU A.

« *inspirateur de l'innovation* »²⁶⁵⁹. En effet, il est vrai que l'après-contrat s'avère être un terreau fertile à la naissance de litiges, laissant ainsi constater qu'« *il peut arriver que le contrat et la décision du juge s'enchaînent, l'exécution de la seconde étant le moyen le plus efficace de parvenir à l'exécution du premier. Le titre exécutoire, délivré à la suite d'un jugement, parfois assorti de l'exécution provisoire ou d'astreintes, rend plus effective la force obligatoire du contrat* »²⁶⁶⁰. Les suites de l'extinction dépendent de l'après-jugement. Le juge de l'exécution sera ainsi saisi à l'occasion l'après-contrat²⁶⁶¹. Celui que l'on considère comme l'« *homme-orchestre du contentieux de l'exécution* »²⁶⁶², a souvent à trouver le juste équilibre dans le « *couple infernal que forment le créancier et le débiteur* »²⁶⁶³. Il sera effectivement compétent²⁶⁶⁴, par exemple, pour trancher les litiges nés de la liquidation des obligations postcontractuelles. Ces obligations peuvent trouver leur source aussi bien dans le contrat, au travers de stipulations postcontractuelles, que des suites immédiates de l'extinction, telles que les obligations de restitutions, ou parfois plus lointaines, comme les obligations de garantie. C'est pourquoi le recours aux procédures civiles d'exécution est tout aussi important dans l'après-contrat qu'en cours de contrat. Les mesures sont particulièrement attendues par créancier qui ne pourra jouir d'une période postcontractuelle paisible qu'une fois exécutée la décision de justice utile à la liquidation du lien

²⁶⁵⁹ FENOUILLET D., « Le juge et les clauses abusives », RDC, 2, p. 358.

²⁶⁶⁰ WANDJI KAMGA A.-D., th. préc., p. 5 et 6, se demandant, cherchant à établir une définition du terme « exécution » : « *Exécuter un contrat sans le secours du juge, correspond-t-il à exécuter un jugement ? Exécuter une décision qui condamne à l'exécution d'un contrat, est-il équivalent à l'exécution du contrat lui-même ?* » et rappelant que les parties peuvent saisir le juge compétente en vue d'obtenir une exécution forcée mais également, « *en droit OHADA par exemple, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) prévoit, en ses articles 245 et 246, l'exception d'inexécution préventive et la résolution anticipée du contrat* », étant relevé (p. 115, n° 245) que « *de façon générale, le juge de l'exécution est appelé à connaître de toutes les difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution. Il s'est posé la question de savoir si les difficultés relatives aux titres exécutoires n'entrent dans la compétence de ce dernier que si elles surgissent à l'occasion de l'exécution du titre considéré ou si elles relèvent, en toutes circonstances, de sa compétence. Certaines juridictions du fond se sont reconnues compétentes seulement lorsque les difficultés s'élevaient à l'occasion de l'exécution forcée. D'autres se sont reconnues compétentes pour connaître des actions principales en nullité, en exécution, en résolution ou en résiliation ainsi que des demandes visant à constater le jeu de la clause résolutoire ou des délais de suspension de celle-ci. La généralité des termes des législateurs OHADA et camerounais pourrait convenir à cette interprétation* ».

²⁶⁶¹ Cf. note préc.

²⁶⁶² BRENNER Cl. Et CROCQ P. (dir.), *Lamyline Droit de l'exécution forcée*, 2017, n° 480-25.

²⁶⁶³ PERROT R., « La réforme des procédures civiles d'exécution », préc.

²⁶⁶⁴ L'art. 213-6, al. 1^{er}, du COJ prévoit que « *le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ». Toutefois, il ne peut statuer sur la validité de l'obligation si aucune procédure civile d'exécution est effectuée. La compétence ne porte sur le fond du droit que si cela est rendu nécessaire pour apprécier la validité ou la régularité de la mesure d'exécution forcée ou conservatoire : Civ. 2e, 21 sept. 2000, Bull. civ. II, n° 130, pourvoi n° 98-14.151, *Dr. et procéd.* 2001, p. 118, obs. HOONAKKER Ph. ; Civ. 2e, 19 oct. 2006, pourvoi n° 05-17.672, inédit.

litigieux²⁶⁶⁵. Tel est le cas du recouvrement de la répétition de l'indu²⁶⁶⁶ ou des créances de restitution²⁶⁶⁷. Le magistrat peut ainsi être amené à fixer le montant de la créance de restitution faisant l'objet de la saisie²⁶⁶⁸ ou, dans une dynamique d'extension de son office, à constater que la créance de restitution objet de la saisie est prescrite sur le fondement de l'article 2277 du Code civil²⁶⁶⁹. Il connaît en outre des litiges dits de « *l'après-divorce* »²⁶⁷⁰. La Cour de cassation lui reconnaît également une compétence pour statuer sur les demandes en réparation fondées sur les dommages causés par des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires nées de poursuites abusives (depuis plus de quatre années dans l'espèce citée) d'une ex-épouse en recouvrement de la pension alimentaire (depuis plus de quatre années dans l'espèce citée)²⁶⁷¹. Depuis un revirement effectué par la Cour de cassation en 2009 au visa de l'article L. 311-12-1 (ancien) du Code de l'organisation judiciaire²⁶⁷², il a le pouvoir de statuer sur la validité d'un acte notarié et d'en prononcer la nullité²⁶⁷³. Il partage également avec d'autres juridictions

²⁶⁶⁵ V. spéc. les mesures prévues aux art. 56 de la loi du 9 juillet 1991, 139 à 154 du décret du 31 juillet 1992. Pour un aperçu en droit camerounais, cf. WANDJI KAMGA A.-D., th. préc., spec. p. 1 et s. (sur le principe de l'exécution forcée) 356 et s. (sur les procédures d'exécutions relation à l'obligation de restitution). Comp. Avec le droit de *Common Law* qui a pour principe la responsabilité contractuelle et n'admet qu'exceptionnellement la *specific performance* (sanction en nature). Le droit anglais, hostile à l'idée de contraindre le débiteur à faire ou à donner, construit effectivement la sanction de l'inexécution à partir d'une garantie présupposée, laquelle impose au débiteur défaillant d'indemniser le créancier en cas d'inexécution. La sanction de choix est alors l'indemnisation ou bien la résolution, additionnée à des dommages et intérêts. C'est seulement en application de la règle d'*equity* que la *specific performance* peut être prononcée, c'est-à-dire si les conséquences des autres sanctions sont jugées excessivement préjudiciables pour le débiteur. V. CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats, op. cit.*, n° 241 et s. 353 et s.

²⁶⁶⁶ Civ. 2e, 19 déc. 2002, Bull. civ. II, n° 293, pourvoi n° 00-20.774, *Dr. et proc.* 2003. 179, obs. HOONAKKER Ph.

²⁶⁶⁷ Sauf si les restitutions relèvent d'une juridiction répressive. Si la contestation porte sur l'exécution d'un jugement pénal, le juge de l'exécution ne peut en connaître et la compétence est donnée à la juridiction qui a prononcé la décision. V. art. 710 du CPP ; Crim., 5 févr. 2002, Bull. crim. n° 21, Bull. inf. C. cass. 2002, n° 383, pourvoi n° 01-82.110 (refus de restitution d'objets mobiliers à la suite de la décision procureur de la République).

²⁶⁶⁸ Civ. 2e, 21 mars 2002, Bull. civ. II, n° 51, pourvoi n° 00-18.657.

²⁶⁶⁹ En l'espèce, le juge était saisi d'une demande de mainlevée de la saisie-attribution et s'est prononcé sur la prescription des intérêts : Civ. 2e, 9 sept. 2010, Bull. civ. II, n° 149, pourvoi n° 09-16.538, D. 2011. 265, obs. FRICERO N. ; D. 2010. 2073, obs. AVENA-ROBARDET V. ; *ibid* p. 1509, obs. LEBORGNE A. ; *Procédures* 2010, n° 373, obs. PERROT R. ; *Dr. et proc.* 2010. 325, HOONAKKER Ph. *Rapp. Civ. 2°*, 7 janv. 2010, inédit, pourvoi n° 08-19.100 ; Versailles, 8 févr. 2007, n° 06/01613 ; Civ. 2°, 21 mars 2002, Bull. civ. II, n° 50, pourvoi n° 00-16.866. *Contra jur. ant. Civ. 2e*, 8 avr. 2004, Bull. civ. II, n° 189, pourvoi n° 02-11.625 : « *le moyen tiré de la prescription représente une contestation remettant en cause la créance visée par le titre exécutoire* ».

²⁶⁷⁰ (Coll.), *Lamy Droit de l'exécution forcée*, n° 480-40. Une des parties peut ainsi demander une mesure d'astreinte en vue de garantir l'exercice de son droit de visite et d'hébergement des enfants : Paris, 12 janv. 1994, D. 1994, somm., p. 338, obs. JULIEN P.

²⁶⁷¹ Civ. 2e, 2 déc. 2010, Bull. civ. II, n°194 pourvoi n° 09-65.951.

²⁶⁷² Il s'agit de l'ancienne codification de l'art. L. 213-6.

²⁶⁷³ Civ. 2e, 18 juin 2009, Bull. civ. II, n° 165, pourvoi n° 08-10.843, D. 2009, AJ 1769, AVENA-ROBARDET V. ; D. 2010. 1307, obs. LEBORGNE A. ; *Jur.* 2525, note ANSAULT J.-J., et *Chron. C. cass.* 2069, obs. SOMMER J.-M. et NICOLETIS C. ; *Dr et procéd.* 2009, p. 281, obs. LEFORT Ch., *GAZ. PAL.* 2009, 2, som., p. 17, obs. BRENNER Cl., *Proc.* 2009, comm. n° 263, obs. PERROT R. : évoquant l'arrêt comme « *une heureuse surprise* », constituant « *un événement* » venant contredire « *une vérité jurisprudentielle, même si d'aucuns le regrettaient* » et de conclure que « *le 18 juin ... de l'an de grâce 2009, sera une grande date dans le domaine des procédures civiles d'exécution !* ». *Contra jur. anté. Cass. avis*, 16 juin 1995, Bull. civ. avis, n° 9, *RTD. civ.* 1995. 691 ; Civ 2°, 5 avr. 2001, Bull. civ. II, n° 75, pourvoi n° 99-14.756, D. 2001. IR. 1593, *JCP* 2001. IV. 2025 : Il n'appartient pas au juge d'instance, investi des pouvoirs du juge de l'exécution à l'occasion d'une procédure de saisie des rémunérations, de remettre en cause le titre exécutoire qui sert de fondement aux poursuites.

certaines compétences qui ont le pouvoir d'ordonner une astreinte ou d'octroyer des délais de grâce. En effet, qu'il s'agisse d'une obligation de payer ou d'une obligation de faire (telle que l'obligation de quitter les lieux à l'issu du contrat de bail)²⁶⁷⁴, l'article R. 121-1, al. 2, du Code des procédures civiles d'exécution permet au juge de l'exécution, après intervention du commandement de payer ou de l'acte de saisie²⁶⁷⁵, d'octroyer au débiteur un délai de grâce aménageant l'exécution forcée²⁶⁷⁶.

584.- Un pouvoir encadré. Néanmoins, un certain « *climat de méfiance [...] a marqué les premières heures du juge de l'exécution. Lorsqu'il fut institué, la préoccupation du législateur de 1991 a été de faire en sorte qu'il reste un juge de l'exécution et qu'il ne s'avise pas de devenir un organe de recours contre le titre exécutoire servant de fondement aux poursuites* »²⁶⁷⁷. C'est pourquoi, si le juge de l'exécution peut constater une vente amiable, il n'a pas compétence pour connaître de l'action d'une personne se prétendant acquéreur évincé²⁶⁷⁸. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle estimé que « *le juge de l'exécution ne peut être saisi de difficultés relatives à un titre exécutoire qu'à l'occasion des contestations portant sur les mesures d'exécution forcée engagées ou opérées sur le fondement de ce titre, et n'a pas compétence pour connaître de demandes tendant à remettre en cause le titre dans son principe, ou la validité des droits et obligations qu'il constate* »²⁶⁷⁹. De même, si le juge de l'exécution peut être amené à jouer un rôle au moment de la mesure d'exécution, il n'est plus compétent une fois cette mesure

²⁶⁷⁴ Civ. 2e, 4 juill. 2007, Bull. civ. II, n° 202, pourvoi n° 06-14.601, JCP G 2007, IV, n° 2679, Proc. 2007, comm. n° 224, obs. CROZE H. ; D. 2007. 2236, spéc. p. 2342, obs. VIGNEAU V. ; Dr. et proc. 2007. 353, obs. BOURDILLAT J.-J.

²⁶⁷⁵ Le juge ne peut octroyer un délai de grâce sur le fondement de l'art. 510 du CPC qu'une fois que la mesure d'exécution forcée a été engagée : Civ. 2°, 23 juin 2011, inédit, pourvoi n° 10-18.396.

²⁶⁷⁶ Civ. 2°, 16 sept. 2003, Bull. civ. II, n° 262, pourvoi n° 02-10.909, D. 2003, p. 2866, obs. PRÉTOT X. ; JCP G 2003, IV, n° 2731 ; Proc. 2003, comm. n° 253, note PERROT R.

²⁶⁷⁷ PERROT R., « Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés », RTD civ. 2009. 577.

²⁶⁷⁸ « *Le juge de l'exécution connaît de la procédure de saisie immobilière, des contestations qui s'élèvent à l'occasion de celle-ci et des demandes nées de cette procédure ou s'y rapportant directement, même si elles portent sur le fond du droit ; qu'ayant vérifié que les conditions auxquelles le jugement du 14 février 2014 avait subordonné la vente amiable en application de l'article R. 322-21 du Code des procédures civiles d'exécution avaient été respectées par l'acte authentique de vente du 15 mai 2014, le juge de l'exécution, qui n'avait pas à effectuer d'autre recherche pour constater cette vente, au sens de l'article R. 322-25 du même code, en a déduit à bon droit que l'intervention volontaire d'une personne se prétendant acheteur évincé n'était pas recevable* », in Civ. 2è, 2 juin 2016, Bull. civ. II, à paraître, pourvoi n° 14-29.456 : Justifie légalement sa décision au regard de l'article L. 213-6, alinéa 3, du code de l'organisation judiciaire le juge de l'exécution ayant autorisé la vente amiable de l'immeuble dont la saisie est poursuivie qui déclare irrecevable l'intervention volontaire d'une personne se prétendant acheteur évincé dès lors qu'ayant vérifié que les conditions auxquelles il avait subordonné la vente amiable en application de l'article R. 322-21 du code des procédures civiles d'exécution avaient été respectées par l'acte authentique de vente produit, il n'avait pas à effectuer d'autre recherche pour constater cette vente, au sens de l'article R. 322-25 du même code.

²⁶⁷⁹ Cass., 16 juin 1995, Avis n° 09-50.008, Bull. 1995, AVIS N° 9, p. 6. En l'espèce, la question posée par le juge de l'exécution était la suivante : « *La partie qui s'est engagée par un acte authentique et qui soutient que son consentement n'a pas été valablement donné en raison de son état d'insanité d'esprit, soulève-t-elle une difficulté relative au titre exécutoire au sens de l'article L. 311-12-1 du Code de l'organisation judiciaire, rendant le juge de l'exécution compétent pour connaître, à titre principal, de la demande en annulation de l'acte ?* ». Rapp. Civ. 2è, 21 sept. 2000, pourvoi n° 98-21.278, Lamyline, Dr. et procéd. 2001, p. 118, obs. HOONAKKER Ph.

effectuée²⁶⁸⁰. Ainsi, « l'après-exécution » sort de son champ d'attribution. Il ne peut pas non plus substituer une sanction de l'inexécution de l'obligation à une autre : il s'agirait d'un excès de pouvoir. Tel est le cas du juge de l'exécution qui substituerait une réparation en équivalent par une exécution en nature qu'a ordonné le juge dont la décision sert de fondement aux poursuites²⁶⁸¹. De plus, lorsque cette dernière est rendue à l'issue d'une procédure d'arbitrage, l'arbitre dispose d'une prérogative qui évince le juge de l'exécution : il a le pouvoir d'interpréter sa sentence pour régler les difficultés d'exécution²⁶⁸².

Un après-contrat efficace dépend donc du juge de l'exécution dont les prérogatives contribuent à optimiser, ou à retarder, la liquidation de l'après-jugement, tandis que le recours au juge des référés permet d'accélérer la liquidation comme de retarder l'intervention de l'extinction elle-même.

²⁶⁸⁰ Cass., 16 juin 1995, avis n° 09-50.008, Bull. civ. avis, n° 9, RTD civ. 1995, p. 691, obs. PERROT R.

²⁶⁸¹ Civ. 3^e, 23 mars 2005, pourvoi n° 03-19.071, Bull. civ. III, n° 72, Proc. 2005, comm. n° 129, obs. PERROT R., *Dr. et procéd.* 2006, p. 88, obs. HOONAKKER Ph.

²⁶⁸² Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2007, Bull. civ. I, n° 1, pourvoi n° 04-10.719 : l'article 1475, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile donne pouvoir à l'arbitre d'interpréter sa sentence, de sorte que le tribunal arbitral, à l'exclusion du juge de l'exécution, est compétent pour dire si une condamnation présente un caractère indemnitaire et pour en tirer les conséquences.

SECTION 2
LES DROITS NÉS DU CONTRAT ET L'OFFICE DU JUGE

585.- **Les droits nés du contrat, consubstantiels aux droits procéduraux.** L'identification des pouvoirs du juge s'avère ici centrale. En effet, le juge va devoir se prononcer sur le sort du contrat en cours, mais également sur les suites du contrat éteint, ce qui appelle des outils d'intervention capables d'agir sur la vie et l'identité du contrat. Tel est le cas lorsque le juge doit statuer sur le maintien ou la mise à mort de la convention, ou encore sur l'éventuelle requalification de la relation *inter partes*. Mais, ce sont parfois les demandes des parties relatives à la mise en place de l'après-contrat qui souffriront de carences ou d'incohérence. Or, le juge est également muni d'outils d'intervention concernant les droits procéduraux des contractants. Il est alors impossible de les toucher sans atteindre les droits nés du contrat. Que doit faire le juge lorsqu'un demandeur invoque la nullité ou la résolution du contrat sans demander les restitutions qui en découlent naturellement ? Qu'en est-il lorsqu'un contractant demande à la fois la nullité de la convention et sa requalification ? Le juge va nécessairement va apprécier le contenu des demandes, mais il agira parfois lui-même sur celles-ci. Les droits substantielles et les droits procéduraux seront intimement liés. C'est pourquoi, pour répondre à ces questions, il faut tout autant prendre en considération l'évolution des droits dans le temps (*§1. L'évolution des droits dans le temps*) que l'apparition du droit par l'œuvre du juge (*§2. L'apparition du droit par l'œuvre du juge*).

§1) L'évolution des droits dans le temps

586.- « *Qu'est-ce qu'une justice lorsqu'une situation reconnue est menacée par des contestations permanentes et renouvelées ?* »²⁶⁸³. L'histoire contractuelle, quand elle devient conflictuelle, peut exacerber les obstinations de la partie insatisfaite, parfois à juste titre lorsque le créancier demandeur est enfermé dans une relation qui met en péril ses intérêts sans que le recours au juge ne lui soit secourable. En effet, de la stratégie procédurale du contractant dépend l'issue de l'instance et donc nécessairement le sort de la relation contractuelle. Ce dernier s'écrit donc au rythme du procès, et c'est une véritable dramaturgie qui prend forme au cours de la construction du litige. Un phénomène de répétition de l'action judiciaire peut ainsi se manifester, à la recherche du dénouement du différend. Toutefois, si la justice tente en principe d'évacuer le renouvellement des demandes au sein du même litige, elle peut également tolérer que les parties rejouent le procès, à certaines conditions. Le juge sera ainsi confronté à l'après-contrat et à l'autorité de la chose jugée (*A. L'après-contrat et l'autorité de la*

²⁶⁸³ DELAPORTE V., « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », Bull. info. C. Cass., Hors-série « La procédure civile », 23 janv. 2004.

chose jugée), mais aussi aux « rebondissements » susceptibles d'intervenir dans la période postcontractuelle et de l'après-jugement (**B. L'après-jugement et ses « rebondissements »**).

A- L'APRÈS-CONTRAT ET L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

587.- La stratégie des demandes. Si « *contre le risque du mal-jugé* »²⁶⁸⁴ (mais peut-être aussi du « mal plaidé ») des droits de recours existent, leur épuisement pourrait inciter le contractant à retenter sa chance à travers une nouvelle procédure. Dans ce cas, il se heurtera à l'autorité de la chose jugée, laquelle « *assure la sécurité d'une situation acquise : à tort ou à raison, le litige connaît telle solution que l'on ne peut remettre en cause* »²⁶⁸⁵. Comme dans une succession de péripéties, les actions en justice fondées sur la même relation *inter partes* peuvent se succéder ou conduire les parties à renouveler leurs efforts en vue d'obtenir finalement l'entrée dans une situation nouvelle. La question est alors de déterminer si un demandeur peut chercher stratégiquement à obtenir l'exécution ou l'extinction du contrat en revenant sur son choix d'action. Le créancier mécontent peut effectivement envisager différentes voies pour obtenir satisfaction. Action résolutoire, action en annulation, exécution forcée en sont les figures, mais sans pour autant mener au même résultat. Vont ainsi s'opposer différents enjeux, révélateurs des possibilités d'agir des parties. Au cœur de ce questionnement se trouve l'identification de la finalité de l'action (**a. L'identification de la finalité de l'action**), notamment quand il s'agit de distinguer la demande en annulation de l'acte et celle tendant à sa résolution. L'autre enjeu déterminant de la satisfaction du créancier concerne l'expression procédurale de l'option entre exécution forcée et résolution pour inexécution (**b. L'option entre exécution forcée et résolution pour inexécution**).

a) *L'identification de la finalité de l'action*

588.- Finalités de l'action en résolution et de l'action en annulation. En 1984, la Cour de cassation retenait que la demande en annulation de l'acte pour dol a les mêmes fins que la résolution, c'est-à-dire anéantir la vente, au motif que l'action en résolution et celle en nullité ont toutes deux pour résultat l'anéantissement rétroactif de l'acte²⁶⁸⁶. En revanche, l'action en résiliation et l'action en exécution d'une

²⁶⁸⁴ DELAPORTE V., « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », préc. : « *la règle de l'autorité de la chose jugée ne prend tout son relief que si l'on admet l'hypothèse que la chose a été mal jugée, car le nouveau procès n'est engagé que dans l'espoir d'obtenir une solution différente ; et il ne pourrait pas l'être avec la conviction d'aboutir exactement à la même solution.* ».

²⁶⁸⁵ HASCHER D., « L'autorité de la chose jugée dans les sentences arbitrales », *Travaux du comité français de droit international privé*, Droit international privé 2000-2002, Ed. Pédone, Paris, 2004, p. 17.

²⁶⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, inédit, pourvoi n° 02-21412.

clause de ce contrat, laissant « *subsister* » le contrat, n'ont pas les mêmes fins²⁶⁸⁷. C'est également le cas de l'action en annulation d'une vente et de la demande en réduction du prix de celle-ci au motif que « *l'action en nullité d'une vente de fonds de commerce a pour objet de mettre à néant le contrat de vente, tandis que l'action en réduction du prix, qui laisse subsister le contrat, tend à une simple restitution partielle du prix de vente* »²⁶⁸⁸, tout comme la demande en annulation d'un ensemble d'opérations ne tend pas aux mêmes fins que celle, laissant « *subsister* » les actes, ne visant que la réparation du préjudice résultant de ces opérations²⁶⁸⁹. On constate ainsi que le sort de l'acte représente pour les juges un élément d'évaluation de la finalité de l'action²⁶⁹⁰. Les demandes tendant à « l'anéantissement » de l'acte doivent être distinguées de celles le laissant « *subsister* ». Toutefois, la jurisprudence fragilise cette approche quand il s'agit d'apprécier les finalités de l'action rédhitoire et de l'action estimatoire : la Cour de cassation a apprécié récemment que ces deux actions tendaient aux mêmes fins²⁶⁹¹, et cela, alors même que leurs conséquences sur le sort du contrat sont opposées.

Ainsi, la Cour de cassation semble adopter une conception large de la finalité sauf en ce qui concerne les deux branches de l'option du créancier de la garantie. Il en ressort que le créancier de l'obligation de garantie préserve un droit de changer d'avis en modifiant l'option en cours de procédure, tandis que le créancier de toute autre obligation qui serait inexécutée en est privé. Une différence fondamentale réside néanmoins entre l'option née de l'inexécution et celle née du droit à garantie.

589.- L'option ouverte au créancier de la garantie et à la victime de l'inexécution. La différence entre les deux droits d'option réside dans le caractère postcontractuel de l'action. En effet, la question de la subsistance du contrat ne pose pas le même enjeu selon que le contrat est toujours en cours ou

²⁶⁸⁷ Civ. 3e, 20 janv. 2010, Bull. III, n° 14, pourvoi n° 09-65.272 : l'action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l'application de clauses de ce contrat, qui le laisse subsister.

²⁶⁸⁸ Com., 18 janv. 1984, Bull. IV n° 23, pourvoi n° 82-11958. Comp. Civ. 2e, 8 sept. 2011, pourvoi n° 09-13086, Bull. II, n° 163 : « *la demande de résolution, qui vise à mettre à néant le contrat, ne tend pas aux mêmes fins que la demande d'exécution sous astreinte, qui le laisse subsister* ».

²⁶⁸⁹ Com., 9 déc. 2014, inédit, pourvoi n° 13-23673.

²⁶⁹⁰ La jurisprudence a par exemple admis une demande en annulation à la suite d'une demande en résiliation (Colmar, 18 oct. 1979, JCP G 1981, II, 19574), ou en résolution (Civ. 3e, 24 avr. 1981, JCP G 1981, IV, 235) ; une demande en dissolution d'une société et une en nullité de la société (Paris, 20 oct. 1980, JCP G 1981, II, 19602, concl. JEOL M., obs. TERRE F. ; D. 1981. 44., concl. JEOL M.)

²⁶⁹¹ Civ. 1^{ère}, 22 févr. 2017, inédit, pourvoi n° 16-11.471 : En l'espèce, un acquéreur avait demandé en première instance la résolution de la vente portant sur un véhicule automobile. Devant le juge d'appel, l'acheteur élargit sa stratégie en demandant à titre subsidiaire la réparation du bien ainsi si que la condamnation du vendeur au paiement de dommages et intérêts. Les juges du fond jugèrent la demande irrecevable au motif que qu'elle constituait une prétention nouvelle. La Cour de cassation annulait la décision et énonçait que ces demandes tendaient aux mêmes fins que celles formées en première instance. Rappr. Civ. 20 juin 1917, DP 1917, I, p. 140 : « *l'action en réduction du prix et l'action rédhitoire ne sont, sous une autre forme, que l'exercice du même droit. Elles sont la même cause, le vice caché, et se rattachant aux mêmes faits* » ; Nancy, 14 déc. 1992, JCP G 1993, IV, 2436 ; Civ. 6 nov. 1945, D. 1946, p. 153 ; Com. 22 juill. 1953, III, n° 276 ; Com. 30 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 432, JCP G 1994, IV, 327 ; Com. 23 juill. 1953, D. 1953. 587 (appréciant qu'il y a identité d'objet entre les deux).

non. La finalité visant soit le maintien du contrat, soit son anéantissement, est cruciale lorsque la relation contractuelle est en cours. De l'action en cours de contrat dépend le respect de l'engagement ou le désengagement du rapport obligatoire, ce qui implique l'éventuelle séparation des parties. C'est donc l'ensemble de la situation matérielle et des prévisions contractuelles qui sont susceptible de s'effondrer. Les parties risquent l'avortement du projet en cours d'exécution, l'extinction prématurée de l'expérience partagée. En revanche, quand un acheteur entend faire valoir son droit à garantie, les parties sont déjà entrées dans l'après-contrat : la finalité n'est pas tant de laisser subsister ou non un contrat qui appartient déjà au passé, mais plutôt de déterminer l'étendue des obligations postcontractuelles. Le débiteur de la garantie devra-t-il restituer seulement une partie du prix, ou l'intégralité du prix ? Le créancier préservera-t-il la propriété de l'objet défectueux ou le restituera-t-il ? La résolution intervenant dans un temps postcontractuel ne pose le problème de la subsistance du contrat que virtuellement. Il s'agit de déterminer si de façon rétroactive le contrat a eu lieu ou non, alors que, au moment de l'introduction de l'instance et quoi qu'il advienne, les parties ne sont plus que des *ex contractants*. Le sort du lien contractuel n'est plus d'actualité puisque les parties se sont déjà séparées. C'est donc la problématique des suites de la séparation qui reste au cœur de l'action : dans tous les cas, les parties poursuivent séparément leur chemin ; elles ne sont plus débitrices d'obligations générées par un contrat en cours ; mais l'action en garantie ne va donc pas impacter le déroulement de l'exécution, mais elle va impacter leurs patrimoines postcontractuels respectifs.

590.- Un après-contrat de fait. Toutefois, la question de l'option en cours de contrat peut également se présenter comme un choix d'après-contrat, et non seulement de maintien de la relation contractuelle. En effet, il est possible que l'exécution forcée mette fin au contrat lorsqu'elle porte sur un contrat à exécution instantanée, comme dans le cas d'une non-délivrance de l'objet vendu, ou du non-paiement du prix. Si, par exemple, le maître de l'ouvrage ne s'acquitte pas de l'intégralité du prix au moment de la livraison du chantier, le temps de l'exécution du contrat est suspendu, laissant ainsi subsister le temps contractuel au travers de l'inexécution. Mais les parties sont matériellement entrées dans un après-contrat du fait que l'écoulement du temps les éloigne du moment d'accomplissement de la prestation. En ce sens, elles sont effectivement séparées et tournées vers un avenir qui n'est déjà plus commun, mais elles sont encore juridiquement prisonnières d'un rapport obligatoire imparfait. C'est pourquoi, que l'action du créancier demande une exécution forcée ou une résolution, elle tend aux mêmes fins : se libérer d'une relation inachevée, bien qu'appartenant au passé, afin d'entrer dans une situation nouvelle susceptible de satisfaire le créancier. C'est donc toujours un après-contrat qui est attendu puisque l'exécution comme la résolution auront pour effet de faire sortir les parties du rapport

obligatoire. Il faudrait donc reconnaître l'identité de finalités entre les deux actions. Le critère d'identification de leurs fins ne doit pas résider dans la subsistance ou l'anéantissement du contrat. Elles ont pour but commun de déterminer les obligations du débiteur susceptibles de réparer l'inexécution commise. Elles sont à ce titre tournées vers l'avenir en ce qu'elles cherchent à faire entrer les parties dans une situation nouvelle parfaite. Soit le rapport obligatoire inachevé est complété par l'exécution des obligations prévues, soit il est purgé par l'exécution d'obligations extinctives permettant de rétablir l'équilibre rompu par le contrat inexécuté. Dans un premier cas, l'équilibre est rétabli dans le bilan obligationnel par l'obtention de la contrepartie de l'exécution déjà intervenue du créancier. Dans un second cas, le créancier s'étant exécuté, choisit de rétablir l'équilibre autrement : il renonce à la contrepartie de son obligation, à condition que le débiteur renonce à sa propre contrepartie. La restitution s'impose alors, et ce nouveau bilan soigne le déséquilibre.

Le choix de la jurisprudence est donc critiquable en ce que le critère de compréhension de la finalité de l'action s'avère artificiel et ne permet pas une approche pragmatique des situations souffrant d'inexécution. Il est regrettable à un autre égard : il empêche le créancier de changer d'avis en cours de procédure ; droit qui est depuis peu évalué par la jurisprudence au travers du critère de la finalité de la demande. L'option entre exécution forcée et résolution pose parfaitement la question du droit de changer de stratégie pendant l'instance.

b) L'option entre exécution forcée et résolution du contrat

591.- Le droit d'option entre exécution forcée et résolution du contrat. Il existe une « *option fondamentale* »²⁶⁹² au profit du créancier de l'obligation inexécutée. Elle résulte implicitement des articles 1221, 1231-1 et 1224 et suivants (nouveaux) du Code civil. Contrairement à certaines dispositions étrangères ou européennes²⁶⁹³, le Code civil napoléonien ne formulait pas de manière claire, avant 2016, les options ouvertes au créancier. Pour exemple, l'article 1453 du Code civil italien prévoit en effet que « *dans les contrats synallagmatiques, si une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre peut, au choix, requérir l'exécution ou la résolution du contrat. Est réservée dans tous les cas la réparation du dommage* ». Mais, en France, une explicitation est intervenue dans la nouvelle codification opérée par la réforme de 2016. L'article (nouveau) 1217 du Code civil²⁶⁹⁴ liste désormais les

²⁶⁹² CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., 2016, n° 244.

²⁶⁹³ Art. 8 :101 des PDEC : « *Toutes les fois qu'une partie n'exécute pas une obligation résultant du contrat et qu'elle ne bénéficie pas de l'exonération prévue à l'article 8 :108, le créancier est fondé à recourir à l'un quelconque des moyens prévus au chapitre 9* ».

²⁶⁹⁴ Art. 1217 du C. civ. : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

actions ouvertes au créancier lésé, tout en précisant que les sanctions sont cumulables sauf incompatibilité²⁶⁹⁵. Celui-ci peut effectivement choisir d'exercer une action en exécution forcée, de mettre fin au contrat ou de simplement engager (alternativement ou cumulativement) la responsabilité contractuelle du débiteur en vue d'obtenir réparation. Un impératif de cohérence l'empêche de demander simultanément l'exécution forcée de l'obligation et la résolution du contrat²⁶⁹⁶. La question qui se pose est celle de sa liberté de changer d'avis entre sa demande initiale et sa demande en appel, voire même en cours d'instance. La jurisprudence a évolué à cet égard, faisant place à une insécurité juridique, puisque, après avoir affirmé la liberté procédurale du créancier (**1. Un premier mouvement jurisprudentiel favorable à la liberté procédurale du créancier**), elle a ensuite donné lieu à un infléchissement de celle-ci (**2. L'infléchissement jurisprudentiel de la liberté procédurale du créancier**).

1. Un premier mouvement jurisprudentiel favorable à la liberté procédurale du créancier

592.- L'option réservée au créancier d'une obligation inexécutée : une palinodie²⁶⁹⁷ procédurale.

Les différentes demandes susceptibles d'être formées par le créancier à la suite de l'inexécution du débiteur ne sont-elles que « *des variations autour d'un même thème, empêchant de considérer qu'il y a modification de l'objet du litige* »²⁶⁹⁸ ?

La réponse à cette question peut s'avérer partagée. En reprenant l'exemple du droit italien, l'article 1453 précité sert de fondement pour autoriser le créancier à demander la résolution du contrat après en avoir d'abord demandé l'exécution. En revanche, dans le but de ménager une certaine prévisibilité

-
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
 - solliciter une réduction du prix ;
 - provoquer la résolution du contrat ;
 - demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

²⁶⁹⁵ Il est par exemple impossible de cumuler ensemble résolution et exécution forcée du contrat : Civ. 3^e, 7 juin 1989, Bull. civ. III, n° 134, p. 74, pourvoi n° 87-14.083, AJDI 1990. 95 ; RTD civ. 1990. 100, obs. REMY Ph. ; *ibid* 473, obs. MESTRE J. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2005, pourvoi n° 04-15.808, D. 2005. 2176, RDC 2006. 312, obs. MAZEAUD D : selon les dispositions de l'article 1184 du Code civil, 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-intérêts. Doit en conséquence être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, tout en prononçant la résolution d'une vente pour manquement de l'obligation du débiteur au paiement des arrérages de la rente viagère, condamne celui-ci à verser les arrérages échus, alors que le vendeur (le créancier) ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts, mais non obtenir l'exécution de l'obligation à la suite de la résolution du contrat.

²⁶⁹⁶ Civ. 3^e, 7 juin 1989, Bull. civ. III, n° 134, pourvoi n° 87-14.083, et Civ. 1^{re}, 5 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 292, pourvoi n° 04-15.808 : violent l'article 1184, alinéa 2, du Code civil les juges du fond qui statuent par des dispositions tendant à l'exécution de la convention dont ils prononcent la résolution. Rapp. *supra* n° 134.

²⁶⁹⁷ En référence au « *poème dans lequel on rétractait ce qu'on avait dit dans un poème précédent* », la palinodie se définit comme le « *désaveu de ce que l'on a pu dire ou faire précédemment* » : V° « Palinodie », in Ortolang (Outils et Ressources pour un Traitement Optimisé de la LANGue), Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS et ATILF (URL : <http://www.cnrtl.fr>).

²⁶⁹⁸ GENICON Th., « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », RDC 1^{er} juill. 2009, 3, p. 1004.

pour le débiteur assigné, il ne peut toutefois plus demander l'exécution forcée après avoir déjà introduit une action résolutoire. Se fait sentir ici une logique basée sur celle de l'*estoppel*²⁶⁹⁹, ou encore sur le *Rechtsverwerking*²⁷⁰⁰ : « On veut, dit-on, empêcher le créancier de tromper la confiance du débiteur qui doit pouvoir agir sur la base d'un contrat définitivement détruit, puisque le créancier, en demandant la résolution, a manifesté qu'il s'en désintéressait »²⁷⁰¹. La fin du contrat s'inscrit alors dans un processus irrévocable et l'entrée dans l'après-contrat devient le seul espoir de s'extraire de la relation litigieuse. Mais, en droit français, la jurisprudence s'avère plus souple, bien qu'un infléchissement soit venu perturber les principes admis classiquement²⁷⁰².

593.- Jurisprudence antérieure à 2010. Affinant les contours des articles 564 et suivants du Code de procédure civile²⁷⁰³, un arrêt remarqué de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a établi que « 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 »²⁷⁰⁴. La Cour permet ainsi d'affirmer que, entre la décision de

²⁶⁹⁹ GUINCHARG S., Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017, V° « Estoppel » : « /Droit international public/ Objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'un Etat partie à un procès puisse contredire une position qu'il a prise antérieurement et dans laquelle les tiers avaient placé leur légitime confiance. [Procédure générale] Notion sanctionnant, en Common Law, les contradictions de comportement d'un plaideur au cours des phases successives du procès. Cette application du principe de loyauté procédurale est également reçue en procédure civile française, étant précisé que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir, notamment quand sont en cause des actions de nature distincte n'opposant pas les mêmes parties. La théorie de l'estoppel a été consacrée par le législateur en matière d'arbitrage, mais selon le Conseil d'Etat, elle n'est pas applicable à la procédure contentieuse fiscale ». Adde DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, Paris, 1985, p. 217. Rappr. en droit allemand de la notion de « *verwirkung* » en droit allemand, à savoir « l'institution jurisprudentielle [...] selon laquelle celui qui retarde l'exercice d'un droit et suscite ainsi la confiance de l'autre partie dans le fait qu'il n'en fera plus usage, doit considérer son droit comme étant perdu, même si les délais de prescription ne sont pas encore expirés », in RAINIERI F., « Bonne foi et exercice du droit en civil law », RIDC, 4-1998, p. 1066. Cette institution est classée dans le « *unzulässige Rechtsausübung* », i-e l'abus de droit qui s'est imposée dans la jurisprudence allemande, dégageant ainsi le principe selon lequel « le fait de faire valoir une position juridique formelle d'une manière contraire aux relations et liaisons de confiances créées dans les rapports réciproques constitue un "venire contra factum" » (in RAINIERI F., *idem*). V. ég *Travaux du comité français de droit international privé*, Droit internationale privée 2002-2003, 2003-2004, Ed. Pedone, p. 252.

²⁷⁰⁰ « Celui qui a adopté un comportement inconciliable avec un droit peut être privé de la faculté de se prévaloir de ce droit », in VAN OMMESLAGHE P., *Traité de droit civil belge : Les obligations*, Vol. 2, n° 35.

²⁷⁰¹ (comparant également la solution avec le droit allemand dans lequel le choix de la résolution est irrévocable) GENICON Th., « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », préc.

²⁷⁰² Cf. *infra* n° 594 et s.

²⁷⁰³ Lequel dispose que « les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

²⁷⁰⁴ Civ. 3e, 25 mars 2009, Bull. civ. III, n° 67, pourvoi n° 08-11.326, RDC 2009. 1004, obs. GENICON Th. ; D. 2009. 1020 ; *ibid.* 2010. 224, obs. AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. ; RTD civ. 2009. 317, obs. FAGES B. : Le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution, tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée. Cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence classique qui permet au créancier-demandeur de changer d'option non seulement en cours d'instance mais également entre la première instance et l'appel : « l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différents l'exercice du même droit aux mêmes fins », in Com. 16 janv. 2001,

première instance et l'appel, les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent. Ainsi, l'action en exécution et l'action en résolution d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit.

En l'occurrence, la Cour censurait la décision d'une Cour d'appel qui avait cru voir en la seule assignation en restitution d'un acompte, une renonciation à la réalisation forcée de la vente litigieuse. Or, l'assignation en restitution, qui était enfermée par les juges du fond dans une interprétation rigide de l'intention du demandeur, n'empêchait pas ce dernier de changer d'avis sur le choix de l'option qui lui est légalement ouverte. Une certaine « *souplesse dans l'exercice de l'option* »²⁷⁰⁵ était donc promue par la Haute juridiction²⁷⁰⁶, signant une « *conception large de l'objet du litige* », au titre qu'« *il existe une unité fonctionnelle entre les actions tendant à faire sanctionner l'inexécution du contrat* »²⁷⁰⁷. Agir en exécution forcée n'équivaut donc pas à renoncer à une action résolutoire devant le juge français²⁷⁰⁸ - et inversement, tel que l'a laissé penser la jurisprudence. Il a été alors pris pour acquis un droit de changer d'avis en la matière, un droit de « palinodier », dérogeant ainsi en quelque sorte à l'adage « *non concedit venire contra factum proprium* », au nom de la liberté procédurale du créancier. Des arguments pertinents existent pourtant à l'encontre de cette solution, tenant au fait que le débiteur a pu croire en une entrée dans l'après-contrat, se pensant alors libéré de l'obligation d'exécution, de même

Bull. IV, n° 10, pourvoi n° 97-14.104. Rappr. Civ. 1^{ère}, 23 mars 1971, Bull. civ. I, n° 97 ; Com., 27 oct. 1953, D. 1954, p. 201 ; Civ., 6 janv. 1932, DH 1932, 1, p. 114 ; Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 02-18164 ; 16 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 10 ; *ibid* 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 34 ; Civ. 3e, 2 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 94 ; Cass. civ. 2e, 15 juin 1973, Bull. civ. II, n° 192 ; Civ. 3e, 17 juin 1970, Bull. civ. III, n° 406. *Contra* Civ. 2e, 20 nov. 2003, Bull. civ. II, n° 341, pourvoi n° 02-10.465 (En l'espèce, des acheteurs avaient formé en appel une demande en résolution de la vente, après avoir obtenu en première instance l'exécution forcée de celle-ci. La Cour affirme une irrévocabilité de l'objet de l'action uniquement dans un sens, *i.e* passer de la résolution à l'exécution forcée, et exclusivement de la première instance à l'appel - ce qui préserve la liberté de changement d'option au cours de la première instance. De plus, si la Haute juridiction prononce l'irrecevabilité de la demande car elle la qualifie de nouvelle, elle précise par ailleurs que les juges du fond devaient rechercher si un fait nouveau ne justifiait pas cette nouvelle demande). V. sur l'ensemble de la question HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, préc., n° 998 ; TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9e éd., 2005, n° 651, p. 639 ; WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, th. Aix-en-Provence, PUAM, 2004, n° 27, p. 56 et s. et n° 356 et s., p. 337 et s.

²⁷⁰⁵ GENICON Th., « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », préc.

²⁷⁰⁶ Au même titre qu'une certaine réciprocité dans la souplesse est consentie au débiteur qui, nonobstant une demande en résolution de la part du créancier, a toujours la possibilité de s'exécuter tant que la résolution n'est pas définitive (Civ. 3^e, 31 mars 2005, Bull. civ. III, n° 79, pourvois n° 03-16.524 et 03-16.758). Toutefois, le juge va apprécier le caractère sérieux de la bonne volonté du débiteur, tant que le plan de la qualité de l'exécution que sur sa temporalité. Ainsi, le débiteur ne peut pas simplement « offrir » de s'exécuter en cours d'instance (Civ. 1^{ère}, 24 févr. 1970, Bull. civ. I, n° 67, pourvoi n° 68-13.144). De plus, la tardiveté de l'exécution peut être jugé fautif par le magistrat de manière justifier la résolution du contrat (*ibid*).

²⁷⁰⁷ GENICON Th., « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », préc. : « *L'unité entre l'action en résolution, en exécution, en dommages-intérêts, se fait autour de l'idée selon laquelle le créancier forme une action en justice pour se plaindre du manquement du débiteur et en obtenir la sanction* ».

²⁷⁰⁸ Rappr. en droit belge, Cass. 16 janv. 1986, Pas. 1986, I, 602 ; RDJB 1991, p. 12, obs. FONTAINE M. : « *il ne ressort ni des articles 1134 et 1184 du Code civil, ni de la notion d'abus de droit, que la partie à un contrat synallagmatique, victime de l'inexécution par l'autre partie de ses obligations, ne puisse abuser de la faculté d'opter entre l'exécution forcée et l'exécution de la convention* ».

pour les tiers, mais également au fait que le créancier peut finalement changer d'avis de façon opportuniste (évolution favorable du marché, évolution de l'intérêt économique du contrat, perte ou gain d'un contrat de remplacement, etc.)²⁷⁰⁹. Mais il faut reconnaître qu'ils sont à double sens, dans la mesure où les circonstances participent nécessairement de l'évaluation stratégique de l'action pour le créancier qui doit pouvoir, alors qu'il pâtit déjà des conséquences de l'inexécution, adapter sa demande de manière à choisir l'option qui lèse le moins ses intérêts ; et n'est-ce pas là tout le sens du droit d'option ?

Tel n'a manifestement pas été la conviction des Hauts magistrats. La Cour de cassation a en effet choisi de revoir sa position en restreignant la liberté procédurale du créancier.

2. L'infléchissement jurisprudentiel de la liberté procédurale du créancier

594.- La marche arrière jurisprudentielle de 2010. Toutefois, il semble que la Troisième Chambre civile ait elle aussi le droit de palinodier et de revenir sur la « *clarification bienvenue et opportune* »²⁷¹⁰ qu'avait pourtant amené son propre arrêt. Au visa de l'article 564 du Code de procédure civile, elle rompt avec sa décision antérieure et énonce que, finalement, « *l'action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l'application de clauses de ce contrat, qui le laisse subsister* »²⁷¹¹. Outre le fait que la Cour de cassation désigne l'anéantissement du contrat par le terme « *résiliation* » et non « *résolution* », force est de constater que les juges du droit renient de façon univoque la jurisprudence dégagée par eux moins d'un an auparavant. Il y aurait donc une différence essentielle entre une action visant l'exécution du contrat et celle ayant pour fin d'entrer dans l'après-contrat. Il ne serait pas comparable de demander au magistrat d'être le juge de l'exécution du contrat ou de devenir celui de l'extinction. Pour les contractants, la

²⁷⁰⁹ Un auteur fait remarquer que si ces arguments sont fort pertinents en matière de résolution unilatérale, ils perdent néanmoins de leur portée lorsqu'il s'agit d'une résolution judiciaire, laquelle ne fait intervenir l'extinction de l'acte qu'à l'issue de l'action : GENICON Th., « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », préc., relevant qu'à l'occasion de la résolution judiciaire « *le juge, usant de son pouvoir souverain en la matière, pourra très bien rejeter la demande en résolution du contrat, notamment s'il estime que le manquement ne la justifie pas, ce qui oblige le débiteur à se tenir constamment prêt à s'exécuter ! Reste tout de même qu'à l'heure où l'exécution provisoire a toutes les faveurs, on pourrait considérer que la position est plus difficile à tenir lorsque l'on envisage la difficulté au stade de l'appel* ».

²⁷¹⁰ GENICON Th., « *Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable* », RDC, 1^{er} juill. 2010, 3, p. 825.

²⁷¹¹ Civ., 20 janv. 2010, Bull. civ. III, n° 14, pourvoi n° 09-65.272, D. 2011. 472, obs. AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B.; AJDI 2010. 404, RDC 2010. 825, note GENICON Th. ; *ibid.* 935, note SERINET Y.-M. Rapp. (confirmant l'infléchissement effectué par la Troisième Chambre civile) Civ. 2e, 8 sept. 2011, pourvoi n° 09-13.086, Bull. civ. II, n° 163, D. 2011. 2211 ; RTD civ. 2011. 762, obs. FAGES B.

sécurité juridique est nécessairement mise à mal²⁷¹². Quoique, comme anticipant la portée de l'ordonnance réformatrice de 2016, les hauts magistrats ont en quelque sorte devancé la nouveauté. En effet, il était à craindre que le maintien d'une liberté de changer d'option en cours d'instance ou devant les juges d'appel nuisent exagérément au débiteur en cas de résolution extrajudiciaire portée par la suite devant le juge. En effet, l'ordonnance de 2016 est venue consacrer la résolution unilatérale²⁷¹³. Or, dans pareil cas, le contrôle du juge ne se fait qu'*a posteriori*, si bien que le contrat est réputé éteint lorsque l'action est portée devant la juridiction compétente²⁷¹⁴. Dans pareille situation, la sécurité juridique souffrirait nécessairement à cause d'un syndrome de Pénélope : permettre au créancier de défaire judiciairement ce qu'il a fait extrajudiciairement, en demandant finalement l'exécution forcée en lieu et place de la résolution qu'il a lui-même opérée, ne reviendrait-il pas à tolérer un abus dans l'exercice du droit d'option²⁷¹⁵ ? C'est ce qu'ont reconnu certains pays étrangers²⁷¹⁶, comme le droit allemand, le droit suisse, le droit néerlandais, ou encore le droit chinois.

595.- Les droits étrangers. Le droit allemand use de la notion « *Naschfrist* » qui impose au créancier de laisser un délai de la dernière chance au débiteur, mais aussi de celle de « *Rechtsverwerking* » qui sanctionne le créancier ayant suscité la croyance légitime du débiteur en l'abandon d'une option au profit de l'autre. La sanction encourue est alors la déchéance du droit d'option : la première voie choisie s'impose comme une voie irrévocable. C'est précisément le mécanisme de la « *verwirkung* » qui vient pénaliser celui qui retarde l'exercice de son droit en lui imposant une prescription de fait, même si le délai de prescription de l'autre droit n'est pas écoulé, en lui faisant perdre le bénéfice de l'option²⁷¹⁷. La situation du droit suisse est comparable puisque ce dernier prévoit que le créancier doit agir en résolution immédiatement à la suite de l'inexécution, sous peine d'en perdre le droit²⁷¹⁸. Pour sa part, le droit néerlandais a fait le choix d'octroyer au débiteur le droit d'exiger de son créancier une réponse univoque sur la branche de l'option qu'il compte choisir. Le Code civil néerlandais dispose ainsi que le débiteur peut mettre en demeure son cocontractant et

²⁷¹² TASCHER M., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011. Adde DROUOT G., *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, Th. Paris 2, 2014.

²⁷¹³ Cf. *supra* n° 560 et s.

²⁷¹⁴ Cf. *supra* n° 562.

²⁷¹⁵ V. sur la question DEMOGUE R., RTD Civ. 1929. 1091 ; GHESTIN J., « L'abus dans les contrats », GAZ. PAL. 1981, 2, p. 379 ; MESTRE J., « Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 439 ; WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, th. préc., p. 63, n° 35 et s.

²⁷¹⁶ Il faut relever que la Convention de Vienne exige que le droit d'option soit exercé par le créancier dans un délai raisonnable. Le droit s'éteint par le caractère tardif de l'exercice du droit correspondant. Le créancier est ainsi déchu de son droit de résoudre le contrat : art. 49, § 2 et art. 64, § 2. La Convention sur la loi uniforme de la vente internationale prévoit quant à elle un droit pour le débiteur de mettre en demeure le créancier de clarifier son intention : art. 29-2 et 30-2.

²⁷¹⁷ V. sur l'ensemble de ces notions : WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, préc., p. 52 et s. Adde *supra* n° 591 et s.

²⁷¹⁸ Cf. art. 107 et 108 du CO suisse.

que le silence de ce dernier l'expose à une déchéance du droit d'option²⁷¹⁹. Le droit chinois a choisi quant à lui d'éteindre le droit à résolution une fois expiré un certain délai²⁷²⁰. On voit ainsi que la Troisième Chambre civile revient sur son propre choix jurisprudentiel, tendant à rapprocher la nouvelle solution du droit international ou d'autres systèmes de droit civil. Si cela peut sembler opportun dans une dynamique d'harmonisation, voire d'universalisation des principes de droit des contrats, sortant ainsi le droit français d'un certain « *isolement* »²⁷²¹. Mais, cette marche arrière reste néanmoins critiquable.

596.- Une marche arrière critiquable. Le droit de du créancier a effectivement trouvé ses limites dans les propres palinodies de la Troisième Chambre civile, laquelle a donc possiblement souhaité mettre à jour le droit des contrats par anticipation de la réforme. C'est ainsi que les commentateurs ont pu évoquer une volonté de la Cour de cassation d'*ériger l'option de l'article (ancien) 1184 au rang de choix définitif*²⁷²². Très critiqué, ce volte-face de la jurisprudence porte un coup sévère à la liberté procédurale du créancier, contraint de se décider définitivement sur le sort qu'il entend réserver à la relation litigieuse. Même si la procédure en exécution est laborieuse, le créancier ne pourra plus « *en finir avec l'état d'inexécution* »²⁷²³ en se rabattant sur la résolution. Mais, malgré la consécration de la résolution extrajudiciaire, laquelle peut effectivement mettre à mal la sécurité juridique si elle est suivie d'une demande en exécution forcée devant le juge, les arguments soutenant la nouvelle position de la jurisprudence semblent insuffisants. Trois raisons devraient effectivement en convaincre.

597.- Premier argument. Premièrement, lorsque le changement d'option se fait dans le sens de l'exécution forcée vers la résolution, il faut remarquer que les arguments tenant à la mise en péril de la prévisibilité et de la sécurité juridique pour le débiteur sont clairement affaiblis. En effet, il n'est pas

²⁷¹⁹ Art. 6-88 du Code civil néerlandais 26-2 et 30-2 de

²⁷²⁰ Art. 95 de la loi sur les contrats. Cf. BIN L., GUILLAUMOND R., PING J., *Droit chinois des affaires*, Préf. DELMAS-MARTY M., Larcier, 2013, Bruxelles, pp. 161-164.

²⁷²¹ (évoquant du choix isolé de la France sur la scène internationale dans son modèle judiciaire de résolution du contrat) BAZIN E., « La résolution unilatérale du contrat », *RRJ* 2000, p. 1381 et s., n° 38. Pour rappel et comparaison, la consécration de la résolution unilatérale, mais également de l'ensemble de la réforme opérée en France par l'ordonnance de 2016, s'inscrit dans une dynamique de modernisation du droit civil français cherchant à rayonner en-dehors de ses frontières et à satisfaire un besoin d'efficacité juridique tant interne que transnational : « *Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution. Cette partie du code civil ne sera plus « le symbole du temps arrêté » (selon l'expression de Jean Carbonnier « Le Code civil », dans P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2.2) et sa refondation répondra aussi à une forte attente en dehors de nos frontières* », in *Avant-propos de la Réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Rapport au Président*, p. VII.

²⁷²² FAGES B., « L'option de l'article 1184, alinéa 2, du code civil, érigée au rang de choix définitif », *RTD civ.* 2011. 762.

²⁷²³ FAGES B., « L'option de l'article 1184, alinéa 2, du code civil, érigée au rang de choix définitif », *ibid.*

question de ressusciter un contrat déjà éteint en vue de forcer l'exécution. La situation des parties est restée stable jusqu'au changement d'option, auquel on ne peut reprocher un caractère d'imprévisibilité puisqu'il intervient après que le créancier ait tenté d'obtenir l'exécution du débiteur qui, pour sa part, est parfaitement informé des attentes du cocontractant insatisfait et ne peut que se préparer aux risques liés à son inexécution persistante. Ce premier point amène le deuxième.

598.- Deuxième argument. Deuxièmement, le temps de la procédure en exécution forcée, ou en résolution judiciaire, c'est aussi le temps de la relation contractuelle. Le lien formé par l'instance coïncide également avec le déroulement du lien contractuel qui est certes malmené, mais toujours en vie. Or, si l'inexécution fonde la demande initiale, elle se poursuit également le temps de la procédure qui peut s'avérer longue. Les intérêts du créancier sont en suspens, tandis que la faute contractuelle se creuse au rythme du temps du procès, c'est-à-dire de l'inexécution persistante. Ainsi, de façon incontournable, « *l'exécution joue un rôle dans l'appréciation que portent les parties sur leur intérêt et sur les choix stratégiques qu'elles peuvent effectuer* »²⁷²⁴. De plus, lorsqu'à l'issue d'une première instance, le créancier obtient enfin que soit prononcée l'exécution forcée, et que le débiteur fait appel de cette décision, l'effet suspensif du recours condamne les parties à demeurer dans une relation figée. La relation contractuelle est ainsi maintenue alors que le recours du débiteur prolonge encore l'inexécution.

N'est-il pas alors légitime de la part du créancier, peut-être désespéré, dans un temps maintenant bien éloigné de celui de l'exécution tant attendue, d'abandonner son droit à l'exécution et d'invoquer celui de sortir d'une relation aussi conflictuelle qu'improductive ? Assurément, le temps de la procédure représente un coût pour les parties, mais elle allonge considérablement la durée de la résistance du débiteur à l'exécution, ce qui doit pouvoir fonder le créancier à dénoncer le contrat infructueux. L'après-contrat représente à ce titre un objectif à nouveau visage. Effectivement, alors que le créancier a tout fait pour obtenir la contrepartie à l'exécution de ses propres obligations, passé le temps de la résilience, est peut-être aussi venu le temps de la délivrance. C'est à juste titre qu'il est permis de relever que « *celui qui s'est exécuté et attend la contrepartie, le paiement du prix par exemple, est en position plus vulnérable que la partie défaillante qui a déjà obtenu satisfaction ; cette dernière peut attendre* »²⁷²⁵. La volonté de sortir du contrat et de bénéficier des effets extinctifs devient un chemin de

²⁷²⁴ ATIAS Ch., « Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288, n° 4 et s.

²⁷²⁵ ATIAS Ch., « Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288, n° 4 et s., ajoutant que « *la volonté manifestée avait donné naissance à l'acte juridique. Sa force obligatoire se renforce au fur et à mesure de son exécution. A chaque étape de l'exécution, elle augmente. L'existence et la validité de l'acte en sont confirmées. Son interprétation devient plus assurée. Sa remise en cause est rendue plus délicate et moins complète. Tout se passe comme si la formation de l'acte se poursuivait, se prolongeait, pour le conduire à une sorte de maturité, à la pleine efficacité. Jusqu'à l'exécution complète, un risque demeure* ». Au même titre que la « *force obligatoire se renforce au fur et à mesure de son exécution* », il serait

salut pour le créancier maintenu dans la relation contractuelle litigieuse, sans qu'il soit possible en cela de lui reprocher un abus dans le changement d'option. Qu'en est-il alors de la procédure née postérieurement à une résolution extrajudiciaire ?

599.- Troisième argument. Troisièmement, lorsque la procédure se manifeste après la résolution extrajudiciaire, le temps de la procédure coïncide avec le temps de l'après-contrat. Ce dernier fait alors l'objet d'un contrôle *a posteriori* par le juge qui va apprécier si les conditions de son ouverture ont été respectées²⁷²⁶. À cette occasion, le juge a le pouvoir d'écarter les effets de la résolution, en suspendant une clause résolutoire par exemple, ou en estimant que la faute n'est pas suffisamment grave pour invoquer la résolution, et même en sauvegardant le contrat afin de ménager les tiers²⁷²⁷. Dans ce cas, le créancier devenu conscient des perspectives insatisfaisantes de son action, n'est-il pas en droit de demander l'exécution de l'obligation demeurée inexécutée ? Il doit assurément pouvoir revoir ses prétentions en cours d'instance, mais aussi devant le juge d'appel car, si la résolution n'aboutit pas, l'inexécution n'est pas pour sa part nécessairement régularisée. De plus, il est admis que même si l'action porte sur la résolution du contrat, le débiteur peut encore s'exécuter en cours d'instance. Il serait alors curieux de ne pas transposer cette mesure *in favorem* dans l'exercice du droit d'option. En effet, alors que le juge dispose de pouvoirs permettant d'écarter la résolution, et que le débiteur jouit de la faculté de donner au créancier autre chose que ce qu'il se demande, il paraît injuste de ne pas permettre au créancier d'ajuster sa position en se réorientant vers la deuxième branche de l'option qui lui était ouverte. Lui refuser ce droit, ce serait lui faire subir une procédure qui donne plus de pouvoirs au juge et au contractant fautif que n'en a le contractant lésé pour assurer la préservation de ses intérêts. C'est donc refuser une légitime « *souveraineté dans l'exercice du droit d'option* »²⁷²⁸ - ce qui, au final, peut dénoter avec le choix de consacrer la résolution extrajudiciaire, laquelle est une manière de rendre aux contractants leur pouvoir normatif.

600.- Nécessité de réaffirmer la liberté du demandeur. Il est alors dangereux d'associer trop rapidement l'idée d'abus avec celle de changement d'option. Si aucun droit n'est jamais à l'abri d'un

réciroquement possible d'affirmer que la force obligatoire de l'acte s'affaiblit *au fur et à mesure de son inexécution*. Cf. *supra* n° 133.

²⁷²⁶ Cf. *supra* n° 562 et s.

²⁷²⁷ Civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, bull. I, n° 84, p. 83 : « *après avoir retenu que la résolution de la vente préjudicierait aux acquéreurs des appartements de l'immeuble [...] la cour d'appel a estimé que, dans le cas où la vente serait résolue, la responsabilité du notaire et la garantie de la Caisse seraient recherchés ; qu'elle a écarté les lourdes conséquences pécuniaires qui résulteraient d'une résolution de la vente ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* ». V. aussi, sur le contrôle des conséquences de la résolution pour les tiers Civ. 3e, 11 févr. 2009, **inédit**, pourvoi n° 07-18.773 ; et sur l'opposabilité de la résolution avec effet rétroactif Civ. 3e, 27 janv. 1993, **inédit**, pourvoi n° 90-15.602.

²⁷²⁸ Formule employée au sujet du droit d'option dans l'exercice du droit à garantie dans la vente, *in* WEILL L., *La liberté procédurale du contractant*, th. préc., p. 69.

abus - qu'il appartiendra à la partie adverse de dénoncer le cas échéant, au vu des circonstances propres à l'espèce notamment - le droit de changer de fusil d'épaule en cours d'instance exprime tout l'intérêt du droit d'option lui-même. La situation des parties est certainement susceptible d'évoluer en cours de procédure. La procédure elle-même est un facteur d'évolution de la situation *inter partes*. Les droits procéduraux, directement liés aux droits nés du contrat, doivent pouvoir en faire de même. L'enjeu de l'évolution du litige avec celle des droits ouverts aux parties est assurément déterminant dans la progression des parties vers une situation nouvelle non litigieuse. Mais il arrive parfois également que la situation instaurée par une décision de justice connaisse de nouveaux rebondissements, ce qui pose la question de l'évolution postérieure au jugement.

B- L'APRÈS-JUGEMENT ET SES « REBONDISSEMENTS »

601.- **L'après-contrat, le juge et le fait nouveau**²⁷²⁹. Dans la période postcontractuelle, les parties peuvent être confrontées à des désordres n'apparaissant que postérieurement à la cessation de la relation. Tel est le cas lorsqu'un appareil s'avère défectueux quelques temps après la vente ou que des malfaçons sont découvertes après la livraison de l'immeuble construit. C'est la mise en œuvre des garanties qui viendra au secours de la partie lésée et lui permettra d'être indemnisée pour le préjudice subi. Une nouvelle situation naît alors de la réparation du dommage ; situation résultant de l'exécution d'une décision judiciaire rétablissant la partie dans ses droits. Si la partie responsable du dommage est tenue à réparation, on constate par ailleurs que, en quelque sorte, le juge a pour mission de réparer un *statu postquam*²⁷³⁰ non-conforme à ce qu'il aurait dû être. Mais que se passe-t-il lorsque de nouveaux désordres surviennent à la suite de l'intervention du juge ? Ce sont alors des faits qui modifient non seulement la situation antérieure à la décision de justice, mais également celle née de son exécution. La justice doit alors accepter d'actualiser l'ordre juridique établi par le premier juge. La procédure civile permet à la partie lésée de saisir le juge en raison de circonstances nouvelles, nonobstant l'existence d'une décision ayant autorité de chose jugée²⁷³¹. Est ainsi tempérée l'obligation de concentration des moyens mais aussi celle de concentration des demandes : « *la fin de non-recevoir ne pourra jouer que si la situation qui a servi de fondement à la décision antérieure est demeurée identique* »²⁷³². Les

²⁷²⁹ V. sur cette notion CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, Dalloz, 33^e éd., 2016, n° 1136 ; sur cette notion en matière de référés, v. STRICKLER Y., *Procédure civile, op. cit.*, n° 437 et s. ;

²⁷³⁰ Cf. *supra* n° 82 et s.

²⁷³¹ Civ. 2^e, 6 mai 2010, Bull. Civ. II, n° 66, pourvoi n° 09-14.737, D. 2010. 1291 ; *Procédures* n° 7, juill. 2010, comm. 283, obs. JUNILLON ; RTD Civ. 2010. 615, obs. PERROT R.

²⁷³² V. sur l'ensemble de la question et les tendances jurisprudentielles ambivalentes : CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile, op. cit.*, n° 1136. Cf. Civ. 2^e, 26 mai 2011, D. 2011. 1566, obs. AVENA-ROBARDET V., JCP 2011, n° 749, note DEHARO, JCP 2011, note 861, obs. SERINET Y.-M. ; RTD Civ. 2011. 593, obs. PERROT

circonstances nouvelles peuvent généralement être de deux sortes : il peut s'agir d'un fait nouveau matériel (*a. un fait nouveau matériel*) ou juridique (*b. un fait nouveau juridique*).

a) Un fait nouveau matériel

602.- Les désordres postcontractuels. Dans son aspect matériel, le fait nouveau le plus topique est certainement celui concernant les troubles de la jouissance du bien vendu, en raison de désordres découverts après la vente et qui se manifestent à nouveau sous une autre forme après une première condamnation du vendeur, causant un nouveau dommage. Une distinction est néanmoins faite entre « *une réelle modification de la situation antérieurement reconnue en justice* » (si bien que la situation antérieure litigieuse antérieure est remplacée par une toute nouvelle situation²⁷³³), et les « *simples "éléments d'appréciation nouveaux"*²⁷³⁴ »²⁷³⁵ (où la situation litigieuse antérieure identique a connu une évolution qui permet de la présenter différemment au jour de la nouvelle demande²⁷³⁶). En effet, il peut s'agir de nouveautés à part entière, ou de l'évolution de la situation antérieure.

R ; et *ibid* 22 nov. 2012, inédit, pourvoi n° 11-24493 : « *s'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits* ». Comp. Civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, Bull. civ. I, n° 89, pourvoi n° 11-14.123, *Procédures*, juin 2012, n° 180, obs. WEILLER L., D. 2012. 1132, JCP 2012. 538, obs. BEGUIN ; RDC 2012. 1278, obs. SERINET Y.-M. et BOUCOBZA ; *ibid*, 12 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 11-18.530, LPA, 30 avr. 2013, n° 86, p. 5, obs. VANNEIEUWENHUYSE ; et Civ. 3^e, 20 janv. 2010, Bull. civ. III, n° 14, pourvoi n° 09-65.272, D. 2011. 472, obs. AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B. ; AJDI 2010. 404 : « *l'action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l'application de clauses de ce contrat, qui le laisse subsister* ».

²⁷³³ La situation telle qu'elle a été décrite au jour de l'introduction de la première instance a connu un bouleversement tel que si elle devait être rétroactivement présentée au juge, elle serait différente au jour de la demande initiale dans les faits qui la composent.

²⁷³⁴ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 2009, inédit, pourvoi n° 07-19.761, RTD Civ. 2009. 306, obs. HAUSER J. ; Soc. 13 sept. 2005, inédit, pourvoi n° 03-45.562.

²⁷³⁵ REVERCHON-BILLOT M., responsabilité, préf. GHESTIN J., LGDJ, 1992, p. 370 ; REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 169, Dalloz, 2017, p. 214, n° 282.

²⁷³⁶ La situation telle qu'elle a été décrite au jour de l'introduction de la première instance a connu une évolution qui lui donne un nouvel éclairage, mais si elle devait être rétroactivement présentée au juge, elle ne serait pas différente au jour de la demande initiale dans les faits qui la composent. Le nouvel éclairage peut tenir à la façon dont les parties vont présenter leurs prétentions : c'est donc une évolution subjective de la situation qui tient au regard que l'on porte sur elle. Tel est le cas de la nouvelle règle de droit fondant une nouvelle demande sur des mêmes faits, ouvrant alors droit à une nouvelle procédure sans que celle-ci se heurte à l'autorité de la chose jugée. Il peut être objectif : un élément s'est ajouté à l'appréciation de la situation antérieure mais ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande initiale. Dans ce cas, la jurisprudence peut se montrer « *impitoyable* » (DELAPORTE V., préc.) quand elle prononce l'irrecevabilité de la nouvelle demande présentant la découverte de nouvelles pièces qui justifieraient le bien-fondé de la demande antérieure (Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, RJDA 8 sept. 1992, n° 878). Même si la décision a été rendue « *en l'état* », l'autorité de la chose jugée a définitivement tranché le litige (Soc. 13 janv. 1993, inédit, pourvoi n° 89-42.287 ; Civ. 2^e, 13 mars 1993, Bull. civ. II, n° 137, p. 72 ; 10 déc. 1998, Bull. civ. II, n° 295, p. 178 ; D. 1979, somm. comm., p. 216, obs. JULIEN ; Com. 8 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 105 ; D. 1995, somm. comm., p. 108, obs. FRICERO N. ; 27 nov. 2001, pourvois n° 98-13.963, 98-13.964 et 98-13.965).

603.- Le nouveau désordre. Dans le premier cas de figure, le créancier de l'obligation de garantie devra porter une nouvelle demande devant le juge afin de rechercher la responsabilité du débiteur. Un recours à une expertise sera certainement nécessaire au moment de la mise en état, dans le but de qualifier le nouveau dommage et de déterminer s'il s'agit bien d'un fait nouveau. Il y a donc un nouveau procès après le procès puisque les demandes ne portent pas sur le même objet. Le juge de l'après-contrat est réinvesti de sa mission et il devra alors rechercher l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la responsabilité du débiteur.

604.- Le désordre évolutif. Dans le second cas, le désordre est évolutif²⁷³⁷ : puisqu'il s'agit de l'aggravation d'un dommage qui a déjà été qualifié et mis en lien de causalité avec le fait du débiteur par un juge²⁷³⁸, une nouvelle action n'est pas ouverte au créancier (il y aurait identité d'objet entre la demande déjà traitée et la nouvelle). En ce sens, par exemple, ont été qualifiés de désordre évolutif l'apparition du même défaut sur de nouveaux ouvrages appartenant à la même série que ceux faisant l'objet de la première action²⁷³⁹. Il s'agit alors de nouvelles suites au procès qui s'est déjà déroulé et qui se fondent sur l'autorité de la chose jugée. La réparation est ici due en raison du principe de réparation intégrale du dommage²⁷⁴⁰, directement applicable en vertu du caractère exécutoire de cette autorité et des effets irrévocables de la décision. Le juge se doit de compléter les effets de la décision antérieure en étendant le droit à réparation à hauteur du dommage nouvellement apprécié, sans imposer au demandeur une nouvelle demande.

Ainsi, c'est le critère du lien de causalité, souverainement apprécié par les juges du fond²⁷⁴¹, qui sert à déterminer si une seconde procédure est ouverte au créancier de la garantie : si le nouveau fait a un lien de causalité avec le dommage qui a déjà été réparé en exécution d'une décision précédente, une

²⁷³⁷ Cf. *supra* n° 219.

²⁷³⁸ On observe néanmoins que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas les mêmes certitudes quant à la manière de saisir les critères définissant le désordre évolutif, notamment sur le fait de déterminer si celui-ci doit affecter nécessairement les mêmes parties que celles déjà endommagées ou s'il suffit que le désordre porte sur le même ouvrage dans son ensemble, peu importe qu'il touche les mêmes parties qu'antérieurement. Alors que le Conseil d'Etat retient la qualification de désordre évolutif pour un dommage affectant le même ouvrage, tandis que la Cour de cassation peut être plus nuancée : v. CE 30 décembre 1998, *Andrault*, req. n° 165042, BPIM, 2/1999, n° 139.

²⁷³⁹ Il s'agissait en l'occurrence de gardes corps. Les défectueux étaient au nombre de trente-huit lors de la première procédure, mais ce nombre est finalement monté à deux-cent-soixante-sept : Civ. 3^e, 8 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 170, pourvoi n° 01-17-868. Rapp. Civ. 3^e, 21 janv. 2004, inédit, pourvoi n° 02-14.346, ; Civ. 3^e, 11 oct. 2006, inédit, pourvoi n° 04-17.067.

²⁷⁴⁰ « *En bref, il faut comprendre que les désordres dénoncés dans le délai doivent être réparés dans leur entier, même s'ils se sont aggravés pour des causes autres, postérieurement à l'expiration du délai* », in RAKOTOVAHINY M.-A., « Retour sur un cas d'extension de la responsabilité des constructeurs au-delà du délai décennal : le désordre évolutif », LPA 10 juin 2002, n° 115, p. 13.

²⁷⁴¹ Pour que le désordre soit qualifié d'évolutif, il faut qu'il soit caractérisé par une aggravation. Celle-ci est appréciée par le juge du fait se basant sur un ensemble d'éléments objectifs. Par exemple, si la cause du désordre antérieur est identique à celle du désordre postérieur, l'aggravation est identifiable, bien que l'identité de cause ne soit pas une condition nécessaire (Civ. 3^e, 27 février 2001, inédit, pourvoi n° 98-23.005, RDI 2001, n° 2).

nouvelle action n'est pas nécessaire. Si, en revanche, le nouveau dommage n'a pas de lien avec l'ancien, alors une nouvelle procédure doit être ouverte²⁷⁴². Cependant, les délais de prescription ont-ils alors vocation à s'appliquer ?

605.- La prescription appliquée au désordre évolutif. Dans l'hypothèse d'un dommage qui n'a pas de lien de causalité avec le précédent (fait nouveau ouvrant un nouveau droit d'agir), l'action peut logiquement se trouver prescrite. Elle est effectivement indépendante des actions antérieures et sa recevabilité doit donc être examinée de façon autonome. Le juge devra tenir compte du délai d'action légal pour recevoir la demande. Mais, dans l'hypothèse où il s'agit d'un dommage évolutif (ayant un lien de causalité avec le précédent), la prescription ne joue pas puisque l'obligation de réparation est couverte par l'autorité de la chose déjà jugée.

En effet, « avec le *dol* du constructeur, [le désordre évolutif] est l'un des rares cas où la responsabilité du constructeur est retenue au-delà du délai décennal »²⁷⁴³. L'extension de responsabilité au-delà du délai de prescription est donc en ce sens un élément caractéristique du désordre évolutif. En tant que conséquence d'un désordre dénoncé dans les temps, l'évolution postérieure bénéficie de la garantie. C'est ainsi que le désordre évolutif qui se manifeste postérieurement à la période décennale est réputé né durant cette période (pourvu qu'une dénonciation judiciaire ait eu lieu durant cette période²⁷⁴⁴).

606.- Une distinction stratégique. S'esquisse ainsi l'intérêt stratégique de la distinction. Une partie qui serait victime d'un nouveau dommage après expiration du délai de prescription aura effectivement tout intérêt à ce que le désordre ne soit pas qualifié de fait purement nouveau, mais de désordre évolutif. Toutefois, la prévisibilité de la qualification est sujette à un certain flou jurisprudentiel. Si le critère de principe est clair, tel n'est pas forcément le cas de l'application – étant relevé que la qualification juridique est en la matière liée à l'avis des experts, ce qui renforce nécessairement la dimension casuistique du contentieux²⁷⁴⁵. C'est ainsi que la jurisprudence peut tout à la fois affirmer que le défaut apparaissant sur de nouveaux garde-corps, au surplus de ceux sur lesquels une première action a déjà

²⁷⁴² Civ. 3e, 11 mai 2000, JCP G n° 26, 2000, p. 1290, n° 2141 ; *ibid* 8 avril 1998, JCP 1998. IV. 2272 ; RDI 1998, p. 376.

²⁷⁴³ RAKOTOVAHINY M.-A., « Retour sur un cas d'extension de la responsabilité des constructeurs au-delà du délai décennal : le désordre évolutif », préc., définissant le désordre évolutif comme « le désordre dénoncé dans le délai légal de la responsabilité décennale et qui produit des conséquences au-delà de celui-ci, en s'aggravant ou en s'étendant à d'autres parties de l'ouvrage en cause ». Cf. ég. BERLY J.-M., « Désordres évolutifs, état de la jurisprudence », RDI, 2000, p.115 : les désordres évolutifs « ne sont que l'aggravation des malfaçons dénoncées en temps utile ».

²⁷⁴⁴ Civ. 3e, 18 nov. 1992, JCP N II. 1993, p. 221 ; RDI, 1993. 85 ; *ibid* 10 déc. 1986, Bull. civ. III, n° 178 ; *ibid* 13 févr. 1991, Bull. civ., III, n° 52, p.31 ; *ibid* 13 déc. 1991, Bull. civ. III, n° 52 ; *ibid* 3 déc. 1985, Bull. civ. III, n° 159.

²⁷⁴⁵ V. sur ce point REVERCHON-BILLOT M., th. préc., p. 214, n° 282 et s.

abouti, relève d'un désordre évolutif²⁷⁴⁶ ; tandis que, par ailleurs, les infiltrations d'eau dans de nouvelles pièces de la maison, au surplus de celles concernées par la première action, donnent naissance à une nouvelle action dont l'objet est différent que la précédente²⁷⁴⁷. C'est toutefois une tendance à une appréciation restrictive de la notion d'objet de la demande qui est observée²⁷⁴⁸.

Mais il est des situations où le fait nouveau résulte lui-même d'une décision de justice. Il s'agit alors d'un fait nouveau juridique.

b) Un fait nouveau juridique

607.- L'enchaînement de décisions judiciaires. Dans ce cas, c'est par l'effet d'une succession de décisions judiciaires que naissent des modifications de l'ordre juridique susceptibles de remettre en question la situation *inter partes*. L'annulation d'un brevet peut ainsi donner lieu à la remise en cause du jugement antérieur s'étant fondé sur cet acte²⁷⁴⁹.

C'est également le cas de l'extinction de la créance postérieurement au jugement qui en a ordonné le paiement ou encore de l'acte administratif fondant une décision de licenciement.

608.- L'extinction de la créance postérieurement à la condamnation. La caution peut-elle faire valoir l'extinction de la créance postérieure au jugement la condamnant au paiement ? La jurisprudence a répondu à cette question dans une espèce où le jugement était devenu irrévocable. En l'espèce, le fait nouveau juridique était porté par la naissance d'une procédure collective. L'extinction avait effectivement été causée, postérieurement à la condamnation de la caution, par la non-déclaration de la créance. Les Hauts magistrats ont alors estimé que, nonobstant l'existence d'un titre exécutoire antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la caution pouvait opposer l'extinction de sa créance²⁷⁵⁰. Ce droit d'opposition fait naître en faveur de la caution une créance de restitution puisque

²⁷⁴⁶ Civ. 3e, 8 oct. 2003, préc.

²⁷⁴⁷ Civ. 3e, 12 janv. 2010, inédit, inédit, pourvoi n° 08-20.575. Ce qui modère l'affirmation selon laquelle « *La condition d'aggravation est satisfaite dès l'instant où les nouveaux désordres sont identiques aux précédents, même s'ils procèdent de causes différentes* », in RAKOTOVAHINY M.-A., « Retour sur un cas d'extension de la responsabilité des constructeurs au-delà du délai décennal : le désordre évolutif », préc., n° 3.

²⁷⁴⁸ Civ. 3e, 17 juin 2015, JCP G 2015. 788, SERINET Y.-M. À noter toutefois que d'aucuns soulignent que la notion de « demande nouvelle » a été un temps plus resserrée lorsque le litige évoluait entre la première instance et l'appel de manière à « *compenser partiellement les limites posées pour une instance ultérieure - solution d'autant plus opportune que, depuis le décret du 9 décembre 2009, le juge d'appel a le pouvoir de relever d'office l'irrecevabilité des demandes nouvelles* » : CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile, op. cit.*, n° 1136, relevant qu'une jurisprudence moins favorable s'est par la suite formée (Civ. 3e, 20 janv. 2010, RDC 2010, n° 3, p. 825, obs. GENICON Th., p. 935, obs. SERINET Y.-M.).

²⁷⁴⁹ Cf. *supra* n° 173 et s. Com. 12 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 158, pourvoi n° 05-14-548.

²⁷⁵⁰ Com., 23 juin 1998, inédit, pourvoi n° 96-15.731. Rapp. Com., 5 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 277, p. 257, pourvoi n° 94-14.793 : le prononcé à l'encontre de la caution d'un jugement la condamnant à exécuter son engagement ne fait pas obstacle

dans le cas où le paiement était déjà intervenu, intégralement ou partiellement, elle peut en exiger le remboursement²⁷⁵¹ ; ce qui souligne en l'occurrence l'effet rétroactif de l'extinction.

609.- L'extinction de l'acte administratif ayant autorisé un licenciement²⁷⁵². En l'espèce, après qu'il ait conclu une transaction avec son ancien employeur, un ancien salarié du secteur public demandait au juge le paiement de certaines indemnités résultant de son licenciement et sa réintégration dans l'entreprise. Le juge lui opposait l'irrecevabilité de sa demande au motif qu'une transaction avait été effectuée entre les anciens contractants. À la suite de cette décision, l'ancien salarié parvenait à obtenir, au soutien d'une autre procédure, l'annulation par le Conseil d'Etat de l'acte ministériel ayant autorisé son licenciement. Fort de ce nouvel élément, il formait alors une nouvelle demande devant la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir sa réintégration, mais il se heurta à nouveau à une irrecevabilité cette fois tirée de l'autorité de la chose jugée. La Chambre sociale de la Cour de cassation censura les juges du fond en reconnaissant que l'annulation de l'autorisation ministérielle de licenciement constituait une circonstance nouvelle ouvrant droit à une nouvelle demande. Elle estime à ce titre que « *l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque la demande est fondée sur une cause différente de celle qui a donné lieu au jugement ou lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice* ».

Pour autant, le juge peut être amené à prendre en compte le caractère potestatif de l'événement nouveau soumis à son appréciation²⁷⁵³.

610.- Le caractère potestatif de l'événement nouveau. Plus précisément, la question va être d'apprécier si la réalisation de cet événement pouvait dépendre, déjà au moment de la première instance, de la seule volonté du demandeur. En l'occurrence, la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur un fait nouveau invoqué par un bailleur. Dans cette affaire, le bailleur avait donné congé à son locataire aux fins de reprise des lieux loués. Or, le congé était conditionné par une obligation : celle d'obtenir une autorisation administrative d'exploiter les lieux. Dans une première instance, les juges avaient été contraints de constater l'irrégularité du congé : la demande d'autorisation

à ce qu'elle oppose au créancier l'extinction de sa créance pour une cause postérieure audit jugement, celui-ci serait-il passé en force de chose jugée ; Com., 5 mars 2002, RJDA 7/02, n°811.

²⁷⁵¹ Com., 6 juin 2002, *Épx Peugeot c/ SA Crédit lyonnais*, Juris-Data n° 002561, JCP 2002, II, n° 10008, note BORONAD-LEDOIN E.

²⁷⁵² Soc., 18 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 59, p. 56, pourvoi n° 01-40.978. Rapp. jurisp. ant. Civ. 2c, 17 mars 1986, Bull. civ. II, n° 41, p. 27, pourvoi n° 84-12.635 : l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque la demande est fondée sur une cause différente de celle qui a donné lieu au jugement ou lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice.

²⁷⁵³ V. REVERCHON-BILLOT M., th. préc., p. 213, n° 281.

n'était pas faite au moment de l'appréciation des faits par le tribunal. C'est pourquoi le demandeur forma une nouvelle demande, une fois obtenue l'autorisation qui lui faisait antérieurement défaut. C'était sans compter sur le rigorisme de la Cour de cassation. Cette dernière estimait alors que cette nouvelle demande était irrecevable, refusant de voir dans l'accomplissement de la formalité administrative une circonstance nouvelle²⁷⁵⁴.

Ainsi, qu'il s'agisse d'un fait nouveau matériel ou juridique, les règles de procédure civile adaptent les possibilités d'action des contractants. Les droits substantiels dépendent clairement des droits procéduraux et de leur organisation. Mais la mécanique procédurale est elle-même attachée au regard du juge. Ce dernier va effectivement apprécier les droits nés du contrat, mais sa mission juridictionnelle est également celle de dire le droit, ce qui lui offre différentes prérogatives, mais aussi des obligations.

§2) L'apparition du droit par l'œuvre du juge

611.- Le juge tenu de dire le droit. Les différends nés entre des parties souhaitant se séparer, ou s'étant déjà séparées, se catalysent facilement autour de « *déceptions contractuelles* »²⁷⁵⁵, que l'on peut définir comme « *l'écart entre ce qui était promis par le débiteur et ce qui a été accompli - ou, plus exactement encore, l'écart entre ce que le créancier pouvait légitimement attendre du contrat et ce qu'il a effectivement reçu : écart de résultats économiques, plutôt qu'écart de comportement* »²⁷⁵⁶. Le regard du juge est alors essentiel car les déceptions contractuelles ne sauraient être, *a fortiori*, « *l'occasion d'inventer une nouvelle opération* » : « *le contrat méconnu est reçu comme un critère et comme mesure des obligations* »²⁷⁵⁷. Assurément, « *l'obligation qui a une "nature" propre et son inexécution sont appréciées au vu des circonstances et, d'abord, de la convention* »²⁷⁵⁸, ce qui fait de l'après-contrat un objet judiciaire évalué à l'aune de la relation passée. Le contrat comme outil de mesure est employé au sein d'un rapport dessinant l'emprise mutuelle entre contrat et après-contrat - autant qu'il trace une autre forme d'emprise : celle entre le juge et la loi des parties.

²⁷⁵⁴ « *Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, qu'il incombait au GFA de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estimait de nature à fonder sa demande en validation du congé, la cour d'appel qui a relevé que le GFA avait déposé postérieurement à l'arrêt rendu le 13 février 2003 une demande d'autorisation d'exploiter, en a justement déduit que la demande du GFA en validation du congé délivré le 28 septembre 2001 était irrecevable* », in Civ. 3^e, 20 janv. 2010, Bull. civ. III, n° 17, pourvoi n° 08-70.206.

²⁷⁵⁵ ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., p. 134.

²⁷⁵⁶ POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », in LE TOURNEAU Ph. (dir), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 810.

²⁷⁵⁷ ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., p. 134.

²⁷⁵⁸ ATIAS Ch., « Tendance d'un temps ou inexorable loi du droit ? », D. 2010. 2536, n° 10.

Mais, des déceptions contractuelles aux déceptions procédurales, le procès n'est pas toujours assez bien maîtrisé par les parties. Ces dernières vont nécessairement se heurter à l'office du juge. C'est ainsi que la lecture de la situation contractuelle par les parties ne sera pas toujours celle opérée par le magistrat²⁷⁵⁹. Le juge sera tenu de dire le droit, et il sera investi pour cela de pouvoirs face à la demande des parties (*A. Les pouvoirs du juge face à la demande des parties*) mais aussi de pouvoirs sur le contrat lui-même (*B. Les pouvoirs du juge sur le contrat*).

A- LES POUVOIRS DU JUGE FACE A LA DEMANDE DES PARTIES

612.- Le besoin d'optimiser la justice. Le contrat est réputé être la chose des parties, mais cette affirmation est également vraie concernant la détermination de l'objet du litige. Il est naturel que les parties décident du contenu de la demande qu'elles souhaitent porter devant le juge. Toutefois, pour une meilleure justice, il est en retour indispensable que le juge puisse intervenir de manière à optimiser le procès. C'est donc tant pour la bonne compréhension du différend que pour respecter et dire le droit, que le juge pourra parfois s'affranchir du contenu de la demande, au travers du relevé d'office (*a. Le relevé d'office*) et de la requalification de la demande (*b. La requalification de la demande*).

a) Le relevé d'office

613.- De l'effectivité du droit substantielle à sa garantie procédurale. Le juge a la possibilité de relever d'office certaines sanctions ou moyens de droit²⁷⁶⁰, ce qui a une « *parenté intime* »²⁷⁶¹ avec la requalification²⁷⁶². Par exemple, lorsqu'une partie demande la résolution du contrat, le juge peut pour sa part relever d'office le droit à la réfaction du contrat²⁷⁶³, alors même que cette réfaction n'est pas

²⁷⁵⁹ Dans certains domaines, les parties pourront recourir à l'arbitrage dit de qualité, *i.-e.* un arbitrage « *qui se situe à mi-chemin entre expertise et arbitrage et s'assimile à un simple contrôle de routine sur la qualité et la conformité de produits frais* » (Respect du principe du contradictoire en matière d'arbitrage international et d'arbitrage de qualité, D. 1996. 85: l'arbitrage n'est pas un arbitrage de qualité dès lors que les parties sont d'accord sur le fait que leur différend n'est pas relatif à la qualité de la marchandise mais à l'absence de livraison et à l'imputabilité de la rupture du contrat). *Adde* JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 135 et s. ; LOQUIN E., *Normalisation agricole et arbitrage de qualité, La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Litec, 1983, pp. 397 à 456 ; JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Litec, 1987, n° 251 ; DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982, p. 10 ; LOQUIN E. et DUBARRY J.-Cl., « Arbitrage international. Arbitrage de qualité, Nature, Principe du contradictoire, Aménagement », RTD com. 1997. 238 (l'arbitrage de qualité est souvent utilisé en matière de contestation de la qualité de la marchandise).

²⁷⁶⁰ Cf. art. 12, al. 3, du C. civ.

²⁷⁶¹ CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, Dalloz, 33^e éd., 2016, n° 562.

²⁷⁶² La Première Chambre civile de la Cour de cass. a estimé que la requalification n'impose pas au magistrat d'inviter les parties à présenter leurs observations - invitation à laquelle il doit en revanche procéder lorsqu'il relève un moyen d'office : Civ. 1^{re}, Bull. civ. I, n° 99, pourvoi n° 14-13.694. V. *infra* n° 619 et s.

²⁷⁶³ *I-e* la « *diminution, par le juge, de la prestation pécuniaire prévue au contrat en cas d'exécution incomplète ou défectueuse de son obligation par l'autre partie* », in GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, V° « Réfaction ».

demandée à titre subsidiaire. Tel est le cas concernant *les sanctions assortissant la garantie de conformité (1)* mais également *des restitutions* qu'il convient de prononcer *à la suite de la résolution (2)*.

1. Les sanctions assortissant la garantie de conformité

614.- Les pouvoirs du juge. La Cour de justice de l'Union européenne a permis de clarifier les pouvoirs du juge en la matière. Elle a effectivement estimé que le consommateur agissant en résolution du contrat, et qui ne demande pas à titre subsidiaire la réduction du prix à laquelle la loi lui donne droit, doit pouvoir bénéficier de la bienveillance du juge. En effet, la juridiction européenne a décidé « *qu'un tel régime procédural, en ce qu'il ne permet pas au juge national de reconnaître d'office le droit du consommateur à obtenir une réduction adéquate du prix de vente du bien, alors que ce dernier n'est habilité ni à préciser sa demande initiale ni à introduire un nouveau recours à cet effet, est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection des consommateurs voulue par le législateur de l'Union* ». Le pouvoir du juge de relever d'office la réfaction du contrat apparaît ainsi essentiel dans l'application du droit substantiel²⁷⁶⁴. Or, la décision rendue vient précisément remettre en question les règles procédurales espagnoles ; lesquelles ne permettraient pas la mise en œuvre efficace du droit substantiel de sorte que :

« Le système espagnol impose, en substance, au consommateur d'anticiper le résultat de l'analyse relative à la qualification juridique du défaut de conformité du bien qui doit être accomplie à titre définitif par le juge compétent, ce qui confère une nature purement aléatoire et donc inadéquate à la protection accordée à celui-ci par l'article 3, paragraphe 5, de la directive 1999/44. Il en va d'autant plus ainsi lorsque, comme dans l'affaire au principal, une telle analyse se révèle particulièrement complexe, de sorte que ladite qualification dépend de manière déterminante de l'instruction menée par le juge saisi du litige ».

Il faut effectivement comprendre que l'effectivité de la garantie offerte au consommateur dépend de la garantie procédurale qui accompagne sa mise en œuvre. Le droit à garantie du consommateur rejoint celui du justiciable. La garantie en matière de vente est un effet-réflexe du contrat, censé produire une protection automatique dans la période postcontractuelle, si bien que le pouvoir du juge est également automatisé afin de préserver le sens de la protection.

Le caractère automatique du droit à restitutions illustre dans le même sens la fonction du juge dans son pouvoir de relever d'office.

²⁷⁶⁴ CJUE, arrêt du 3 oct. 2013, *Soledad Duarte Hueros c/ Autociba SA, Automobiles Citroën Espana SA*, C-32/12.

2. Les restitutions à la suite de l'anéantissement du contrat

615.- Les restitutions, effet automatique de la résolution. Le juge peut-il prononcer d'office les restitutions faisant suite à l'extinction du contrat ? La jurisprudence a permis d'établir que les restitutions sont un effet automatique de l'anéantissement rétroactif du contrat. En effet, la Cour de cassation a censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait estimé que « *la restitution du prix n'avait pas été demandée ni en première instance ni en appel et qu'elle ne pouvait en conséquence être ordonnée sous peine de statuer ultra petita* ». La Haute juridiction rappelle ainsi que « *lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient pas existé* »²⁷⁶⁵. L'effet *réflexe*²⁷⁶⁶ que sont les restitutions découle directement de l'article 1184 (ancien) du Code civil visé dans l'arrêt cité et s'impose, en tant qu'effet légal du contrat²⁷⁶⁷, comme le « *noyau irréductible* »²⁷⁶⁸ de l'effet résolutoire. La Chambre civile se prononce à cette occasion sur l'étendue de l'office du juge de l'après-contrat. Ce dernier peut ordonner d'office les restitutions consécutives à la résolution, en tant que suite logique de la sanction. Mais, finalement, il est possible de comprendre dans l'action en résolution une demande implicite de restitutions qui ne sont que la conséquence de l'effet résolutoire. On voit ici que la fonction juridictionnelle trouve une dimension à la fois bienveillante et efficace en ce qu'elle s'autorise à aller plus loin que la stricte demande expresse qui lui est faite dans l'intérêt de l'action.

616.- L'explicitation des restitutions. L'ancien article 1184 du Code civil prévoyait la résolution sans pour autant faire allusion aux restitutions qui en découlaient. Le caractère implicite des restitutions semblait donc dicter naturellement l'effet restitutoire qui matérialise les effets de la résolution. Les restitutions apparaissent en ce sens comme les obligations nées de l'exécution de la résolution. Elles apparaissent aussi comme la conséquence ou le complément de la demande principale²⁷⁶⁹. Mais il faut néanmoins prendre compte la réforme opérée par l'ordonnance de 2016 qui a multiplié les articles organisant le régime de la résolution, parmi lesquels l'article 1229 renvoyant directement aux dispositions relatives au régime des restitutions. Alors que, antérieurement à 2016, le seul visa de l'article 1184 (ancien) du Code civil, sans demande expresse des restitutions consécutives à la résolution, suffisait pour permettre au juge de les prononcer, il convient de se demander si le même pouvoir est accordé

²⁷⁶⁵ Civ. 3^e, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-03.185, inédit, RTD Civ. 2003.501, note MESTRE J. et FAGES B.

²⁷⁶⁶ Cf. *supra* n° 80, 175, 323, 373, 615.

²⁷⁶⁷ Cf. *supra* n° 140 et s.

²⁷⁶⁸ MALAURIE M., *Les restitutions en droit civil*, th. Paris, Cujas, 1991, p. 48.

²⁷⁶⁹ Civ., 19 oct. 1988, JCP G 1989, II, 21279, note CADIET L. Cf. MIGUET J., J-cl. Procédure civile, Fasc. 600-15 : « Demande en justice - Demande additionnelle », n° 69.

au magistrat dès lors qu'il existe désormais des textes spécifiques. Un demandeur agissant sur le fondement de l'article 1224 (nouveau) du Code civil devra-t-il également demander les restitutions prévues par l'article 1129, ou le juge pourra-t-il appliquer ce texte d'office ? L'esprit de la jurisprudence devrait indiquer que le juge peut jouir des mêmes pouvoirs et viser d'office le nouvel article 1129 du Code civil.

Il nous semble en outre que ce pouvoir aurait le mérite d'être un devoir : pour que la sanction bénéficie d'une pleine effectivité, le juge devrait effectivement avoir l'obligation d'ordonner d'office les restitutions qui se présentent comme les mesures d'exécution logique de la sanction prononcée²⁷⁷⁰ - à plus forte raison que l'ordonnance de 2016 a entendu faire des restitutions un effet légal du contrat²⁷⁷¹. De plus, que ce soit avant la réforme de 2016 ou après, le fait pour le juge de relever d'office les restitutions n'est ni plus ni moins que l'application d'une « règle d'évidence », « qui pourrait paraître d'une grande banalité mais qui est au cœur de son office »²⁷⁷², celle de l'alinéa deuxième de l'article 12 du Code de procédure civile, lequel énonce que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »²⁷⁷³. Ainsi, pour se prononcer sur la résolution, la loi oblige le magistrat à recourir aux règles de droit utiles à la mise en œuvre de la sanction, ce qui inclut les restitutions, et offre tout son sens à la mission consistant à « trancher le litige ».

Une autre question juridique était également posée à la Cour de cassation dans l'arrêt précité. Le juge devant lequel est introduite une action en résolution du contrat de vente pour défaut de paiement du prix est-il tenu de surseoir à statuer du fait que le demandeur a par ailleurs déposé plainte pour escroquerie et abus de confiance²⁷⁷⁴ ? En l'occurrence, la réponse apportée par la Chambre civile est négative : l'action résolutoire fondée sur le défaut de paiement du prix est indépendant de la procédure pénale en cause. La manœuvre du débiteur paraissait claire : retarder la fin du contrat au prétexte de la procédure pénale dont elle était à l'origine et tenter ainsi de reporter, voire d'empêcher, la survenance des effets extinctifs.

Les pouvoirs du juge face à la demande des parties sont l'expression de pouvoirs indispensables à l'optimisation du procès. Si les parties doivent en effet composer avec le droit tel qu'il apparaît par l'œuvre du juge, elles doivent également pouvoir compter sur cette optimisation. Le relevé d'office offre à ce titre un outil de cohérence lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'après-contrat au travers de

²⁷⁷⁰ Sur ce point, en général, cf. CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, préc., n° 111.

²⁷⁷¹ Cf. *supra* n° 140 et s.

²⁷⁷² STRICKLER Y., *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 324.

²⁷⁷³ Mais aussi que « Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

²⁷⁷⁴ Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-03.185, inédit, RTD Civ. 2003.501, note MESTRE J. et FAGES B.

restitutions qui auraient été oubliées dans la demande. Un instrument voisin mis à la disposition du juge est celui de la requalification.

b) La requalification de la demande

617.- Requalification des demandes. La requalification pourra intervenir sur les demandes elles-mêmes. Le caractère délicat de l'opération a pu donner lieu à ce que d'aucuns ont décrit comme « *le plus grand désordre jurisprudentiel* »²⁷⁷⁵. En application de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge peut être conduit à soulever d'office un moyen de droit. L'objet même de la demande se trouve impacté par l'appréciation du magistrat. C'est donc à tort, par exemple, qu'une Cour d'appel déboute un sous-acquéreur de ses demandes en paiement dirigées contre un constructeur automobile, en retenant que celui-ci n'offrant pas de restituer le véhicule, il ne pouvait obtenir remboursement du prix de vente :

*« M. X..., en sa qualité de sous-acquéreur, peut exercer une action directe contre le vendeur initial, cette action étant nécessairement de nature contractuelle, que force est toutefois de constater qu'il ne sollicite pas la résolution de la vente passée par la société Chevrolet France et n'offre pas de restituer le véhicule à cette société, que M. X... ne demandant pas la résolution de la vente conclue par la société Chevrolet France et n'offrant pas de restituer le véhicule, ses demandes en remboursement du prix et des frais et en paiement de dommages-intérêts dirigées contre cette société ne peuvent aboutir »*²⁷⁷⁶.

En l'espèce, la Chambre civile casse la décision pour violation de la loi et rappelle le juge à ses devoirs en énonçant qu'« *il lui appartenait, après avoir invité les parties à s'en expliquer, de requalifier la demande du sous-acquéreur qui, en suite de la résolution de la vente intervenue entre lui-même et le vendeur intermédiaire mis en liquidation judiciaire, exerçait contre le vendeur originaire l'action directe en restitution du prix de vente, en une demande en résolution de la vente conclue entre le vendeur intermédiaire et le vendeur originaire et, conséquemment, en restitution de la chose et du prix de vente* ».

Ainsi, la Cour de cassation fait dialoguer le juge et les parties. Elle relève en effet l'obligation faite aux juges du fond de clarifier l'intention du demandeur, en l'invitant à « *s'expliquer sur la suite qu'il convenait de réserver à la résolution de la vente intervenue entre l'acquéreur et le vendeur intermédiaire* »²⁷⁷⁷. Le fait que le sous-acquéreur n'explique pas les suites qu'il souhaite donner à l'action

²⁷⁷⁵ MARTIN R., « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », D. 1998.272.

²⁷⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 12 mai 2011, pourvoi n° 10-14.044, inédit.

²⁷⁷⁷ BOULOC B., RTD Com. 2011. 629, note sous Civ. 1^{ère}, 12 mai 2011, préc.

appelle la vigilance du juge qui, pour sa part, doit chercher à comprendre l'exact objet de la demande qui lui est soumise. On retient également de cette décision qu'il est inutile pour le détenteur de l'action rédhibitoire d'offrir les restitutions consécutives à l'effet résolutoire : elles sont la conséquence de la résolution. Cet arrêt contribue à rappeler que les restitutions n'ont pas besoin d'être demandées pour être prononcées par le juge, de même qu'il est inutile de les proposer pour faire valoir la rédhhibition de l'acte.

618.- La requalification de la demande. Le juge est en principe tenu par la demande telle qu'elle lui est présentée par les parties. C'est ce qu'imposent l'article 4 du Code de procédure civile, donnant aux parties le rôle naturel de déterminer la question qu'elle souhaite porter en justice, et l'article 5 du même Code obligeant le juge à s'en tenir strictement au contenu de la question litigieuse. Mais l'article 12 du Code de procédure civile dispose dans son second alinéa que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »²⁷⁷⁸. Toutefois, le Code ne cible pas dans sa lettre l'objet des demandes, ce qui a conduit la doctrine à s'interroger sur le devoir de requalification du juge à cet égard²⁷⁷⁹. On retient qu'« *il s'agit moins d'une requalification de l'objet de la demande que d'un changement de fondement juridique au soutien de cet objet* »²⁷⁸⁰. C'est le cas lorsque cette modification n'a pas pour effet de transformer la cause de l'action. Lorsque l'une des parties agit en nullité mais sur le mauvais fondement, le juge doit alors procéder à une substitution²⁷⁸¹. La situation se présente en cas de concours d'actions, tel que dans les actions en garantie prévus à l'article 1644 du Code civil.

En effet, le juge est tenu de requalifier l'action en garantie de non-conformité si celle-ci repose en fait sur un vice caché, et inversement. La question qui peut en revanche se poser est de savoir s'il peut substituer une action estimatoire à une action rédhibitoire. À la suite d'une vente, la partie souhaitant actionner la garantie bénéficie effectivement d'une option. Elle peut soit demander la diminution du prix, soit la résolution de la vente. Si chacune des actions vise les mêmes fins, à savoir mettre en œuvre la garantie, l'acheteur a le loisir de décider de la façon dont il veut obtenir dédommagement. Cette prérogative appartient donc à l'acquéreur, et non à la juridiction²⁷⁸². Toutefois, il peut arriver que le juge

²⁷⁷⁸ V. STRICKLER Y., *Procédure civile, op. cit.* n° 323.

²⁷⁷⁹ CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile, op. cit.*, n° 567.

²⁷⁸⁰ CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile, op. cit.*, n° 567.

²⁷⁸¹ Le juge peut ainsi requalifier une action en nullité fondée sur l'erreur en nullité fondée sur la violence : Civ. 3^e, 9 nov. 1971, Bull. civ. III, n° 541, pourvoi n° 70-11.397. Rapp. (où le juge requalifie une demande en nullité arguant d'une fausse cause action en nullité fondée sur une erreur sur la valeur) Com. 20 mai 1980, Bull. IV n° 206, pourvoi n° 78-11.381.

²⁷⁸² Civ. 1^{ère}, 22 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 334, pourvoi n° 86-18586, JCP 1989, IV, p. 32 : selon l'article 1644 du Code civil, l'acheteur d'une chose atteinte d'un vice caché a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de la garder et de se faire rendre une partie du prix. Encourt la cassation pour violation de ce texte et de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt qui, statuant sur une demande en résolution de la vente d'un véhicule pour vice caché, estime que la

soit amené à prononcer une sanction plutôt que l'autre, lorsque celle qui a la préférence du demandeur s'avère disproportionnée²⁷⁸³, et cela même si le demandeur n'a pas fondé subsidiairement sa demande sur l'autre branche de l'option²⁷⁸⁴. C'est le pouvoir souverain d'appréciation du juge qui lui permet de basculer d'une branche à l'autre lorsque les faits l'imposent, comme il peut le faire en matière d'action résolutoire et d'exécution forcée.

Mais les pouvoirs du juge ne se limitent pas à la requalification de la demande introduite par les contractants. Il a en outre la possibilité d'agir sur la qualification du contrat ou des faits qui lui sont attachés, confirmant ainsi que « *l'office du juriste peut s'appeler interprétation* »²⁷⁸⁵.

B- LES POUVOIRS DU JUGE SUR LE CONTRAT

619.- Le devoir de requalification. La question du pouvoir de requalification laissé au juge, qu'il s'agisse du fond du droit ou de la question litigieuse, est comparable à celle de la révision du contrat : c'est un sujet délicat, une « *question existentielle* »²⁷⁸⁶, qui se présente facilement comme l'occasion de mettre en perspective le rôle du juge en matière contractuelle, ce qui en fait un « *thème aussi somptueux que vertigineux* »²⁷⁸⁷. La différence fondamentale est néanmoins que le magistrat est investi du devoir de requalifier, quand bien même les parties auraient déjà proposé une qualification²⁷⁸⁸.

L'article 12 du Code de procédure civile, dans son deuxième alinéa, prévoit effectivement que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». La définition de la relation contractuelle peut donc être corrigée en considération de l'expérimentation qui en a été faite ou au vu d'éléments postérieurs susceptibles de révéler un décalage entre ce qu'a pu être l'intention initiale des parties et ce

solution consiste, pour que l'acquéreur n'ait pas bénéficié d'une voiture gratuite pendant deux ans, à lui accorder une remise sur le prix de vente alors que, si la cour d'appel avait la faculté de dire que la restitution en nature du véhicule serait complétée par une indemnité pour tenir compte de la dépréciation du véhicule due à l'usure, elle ne pouvait statuer sur l'action en réduction du prix dont elle n'était pas saisie ; Paris, 5e ch. Com., 6 oct. 1995, RJDA 2/96, n° 211 ; Civ. 3°, 20 oct. 2010, Bull. civ. III, n° 191, pourvoi n° 09-16.788.

²⁷⁸³ Com. 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 75, pourvoi n° 70-13.081 ; Com. 16 juin 1987, Bull. civ. IV, n° 145, pourvoi n° 86-12.493 : en l'espèce, le vice était mineur et ne justifiait pas la résolution du contrat.

²⁷⁸⁴ Com. 16 juin 1987, Bull. IV n° 145, p. 109, pourvoi n° 86-12.493 : les juges du fond qui, par une appréciation souveraine, estiment que les manquements d'une partie à ses obligations contractuelles ne sont pas d'une gravité suffisante pour motiver la résolution ou la résiliation de la convention ne modifient pas l'objet de la demande tendant à l'une de ces fins lorsqu'ils prescrivent l'exécution, dans les conditions et délai qu'ils déterminent, eu égard aux circonstances de la cause.

²⁷⁸⁵ VILLEY M., Archives de Philosophie du Droit T. XVII, 1972 : *L'interprétation dans le droit*, p. 3.

²⁷⁸⁶ MAZEAUD D., « La révision du contrat », LPA 30 juin 2005, n° 129, p. 4.

²⁷⁸⁷ MAZEAUD D., « La révision du contrat », *ibid.*

²⁷⁸⁸ CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile, op. cit.*, n° 564.

qui en est véritablement résulté²⁷⁸⁹. Un regard rétrospectif sur le contrat permet de voir l'acte et son accomplissement sous un jour nouveau. Par exemple, la requalification d'une vente en prêt va fondamentalement changer le rapport obligatoire ainsi que l'anticipation que les parties avaient pu en faire, précisément parce que la requalification fait naître une obligation de restitution à l'issue du prêt. C'est même un problème de certitude quant au contenu du contrat qui pourra se poser à l'occasion du procès civil, lorsque la loi *inter partes* s'avère ambiguë, notamment lorsque le contrat choisi par les parties est peu réglementé²⁷⁹⁰. Les parties vont alors compter, ou subir, c'est selon, sur les prérogatives accordées au magistrat : « *le juge du fond a le pouvoir souverain d'interpréter le sens des actes, des contrats et des obligations conventionnelles* »²⁷⁹¹. La requalification d'un acte a nécessairement une portée perturbante sur les suites de celle-ci. Mais cette affirmation est également vraie de la non-requalification. Le juge va effectivement saisir des occasions de requalification (*a. Les occasions de requalification*), autant qu'il essuiera des occasions manquées (*b. Les occasions manquées*), mais sera aussi parfois tenu par les clauses du contrat (*c. Le juge tenu par les clauses du contrat*).

a) Les occasions de requalification

620.- Corriger et sanctionner. Une requalification intervient afin de mettre en cohérence la norme contractuelle avec la situation juridique vécue, montrant que le juge peut « *régénérer* » le temps par sa « *capacité de réinterpréter le passé* », c'est-à-dire « *lui imprimer un autre sens* »²⁷⁹². La requalification présente ainsi l'occasion pour une partie d'obtenir des modalités de rupture renouvelées, et plus avantageuses lorsque le régime du contrat requalifié le permet. L'opération de requalification peut ainsi revêtir deux aspects : elle va s'imposer comme un outil de correction (*1. Un outil de correction*), mais aussi comme une sanction de certaines pratiques contractuelles (*2. Un outil de sanction*).

1. Un outil de correction

621.- « Où la stratégie dans le contentieux peut avoir toute son importance... »²⁷⁹³. Envisager la correction du contrat entretient et nécessite un certain calcul de la part du contractant. Le refus de

²⁷⁸⁹ Com. 11 mai 2017, inédit, pourvoi n° 15-28.175 : « *l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions, mais des seules conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée* ».

²⁷⁹⁰ V. not. L'exemple de la maîtrise d'ouvrage expliqué par TOMASIN D. in MALINVAUD Ph. (dir.), *Dalloz Action, Droit de la construction*, Dossier 370, « *Maîtrise d'ouvrage déléguée (droit privé)* », 2017/2018, 6^e éd., n° 370.80.

²⁷⁹¹ WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, th. préc., p. 68.

²⁷⁹² OST F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 25.

²⁷⁹³ DUMONT M.-P., « *Requalification d'un contrat de location-gérance en sous-bail commercial* », AJDI 2005. 833, obs. sous Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, *Andréozzi c/ Le Saint-Jean (Sté)*, Bull. civ. I, n° 110, p. 101, pourvoi n° 04-11.835 : Un contrat

requalification de la location-gérance en sous-bail commercial²⁷⁹⁴. En l'espèce, la gérante, certainement désireuse de bénéficier d'un droit au renouvellement prévu par l'article L. 145-32 du Code de commerce, demandait l'annulation du contrat de location-gérance ainsi que sa requalification en sous-bail commercial. Or, il apparaît que ces sanctions ne sont pas cumulables : « *comment faire produire des effets à un contrat nul* »²⁷⁹⁵ ? Les effets d'une annulation sont de nature à faire obstacle à la requalification puisque le juge ne peut tout à la fois faire disparaître l'acte et le requalifier. C'est pourquoi la doctrine a pu observer qu'« *en fournissant à la juridiction les arguments pour conclure à la nullité de la convention litigieuse, la plaignante s'est "coupé l'herbe sous le pied"* »²⁷⁹⁶ permettant ainsi au juge de la déclarer occupante sans droit ni titre du local où est exploité le fonds de commerce. Cette décision peut néanmoins paraître sévère, si l'on considère que le devoir de requalification du juge doit passer avant la demande en nullité.

Toujours en matière de baux, le juge peut parfois requalifier un contrat commercial en contrat de travail. Outre la modification fondamentale qu'entraîne la requalification dans le régime régissant la relation *inter partes*, l'opération peut également avoir des effets collatéraux essentiels. Tel est le cas s'agissant du droit au renouvellement au profit du preneur. En effet, une des conditions du droit au renouvellement est que le locataire soit propriétaire du fonds de commerce. Toutefois, en cas de franchisage ou de concession, le franchisé ou le concessionnaire peut prétendre au renouvellement. Il est ainsi assimilé en quelque sorte à un propriétaire du fonds, du fait qu'il développe une clientèle propre constitutive de l'exploitation de l'activité. Or, si le franchisé ou le concessionnaire se trouve dans un état de dépendance totale vis-à-vis du franchiseur ou du concédant, le juge a le pouvoir de requalifier le contrat de franchisage en contrat de travail²⁷⁹⁷. Cette requalification aura pour effet de priver l'exploitant du droit à renouvellement du bail.

de location-gérance déclaré nul par application de l'article L. 144-10 du Code de commerce ne peut être requalifié en sous-bail commercial. Cf. ég. ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., GRIGNON Ph., *L'après-contrat, op. cit.*, n° 49 et s.

²⁷⁹⁴ Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, D. 2005, AJ p. 1556, obs. ROUQUET Y., AJDI 2005. 833, obs. DUMONT M.-P.

²⁷⁹⁵ DUMONT M.-P., « Requalification d'un contrat de location-gérance en sous-bail commercial », préc. : « *Le seul effet possible sont les restitutions consécutives à son annulation* ».

²⁷⁹⁶ DUMONT M.-P., « Requalification d'un contrat de location-gérance en sous-bail commercial », préc.

²⁷⁹⁷ Com. 3 mai 1995, RJDA nov. 1995, n° 1228 ; Civ. 3^e, 27 mars 2002, Bull. civ. III, n° 77, p. 66, pourvoi n° 00-20.732, RJDA, juin 2002, n° 603 : Une cour d'appel qui relève à bon droit que si une clientèle est, au plan national, attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, et l'élément incorporel que constitue le bail, et que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls, en déduit exactement que le locataire franchisé est en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction à la suite du non-renouvellement de son bail.

622.- La reconversion par réduction. La juge peut également réaliser une prouesse, en usant de la reconversion par réduction, qui consiste à sauver un contrat de la nullité²⁷⁹⁸. L'opération consiste en une « *interprétation validante* »²⁷⁹⁹ de l'acte mis en péril. Ce mécanisme lui permet de reconnaître la validité d'un acte réputé nul en lui offrant une seconde chance au travers d'une nouvelle qualification. En vertu de l'article 1318 du Code civil, la nullité d'un acte authentique peut ainsi être combattue par la requalification en acte sous seing privé. Un autre exemple est celui de la requalification d'une vente, qui du fait de son prix dérisoire est entachée de nullité, en donation²⁸⁰⁰, ou encore celui d'une promesse de vente unilatérale en promesse synallagmatique en raison du montant excessif de l'indemnité d'immobilisation²⁸⁰¹. Les travaux préparatoires du Code civil donnaient l'exemple de requalifications nécessaires en matière de louage : « *le bail à rente doit être regardé comme une vente de propriété, si le bail à vie est une vente de propriété, si le bail à vie est une vente d'usufruit, le bail à terme, quelque prolongé qu'il soit, ne transmet qu'une jouissance temporaire, et par conséquent ne sera toujours qu'un bail pur et simple* ».

L'ensemble des corrections apportées par le juge a pour effet de rétablir une forme de véracité dans la situation contractuelle ou postcontractuelle. La requalification peut également opportunément être demandée par l'un des contractants lorsqu'elle a un apport stratégique ou que la vérité portée par cette partie est en conflit avec celle de l'autre partie. Ce décalage peut parfois résulter d'un comportement abusif d'un des cocontractants, c'est alors que le juge pourra prononcer des requalifications-sanctions.

2. Un outil de sanction

623.- La requalification-sanction. La requalification-sanction apparaît comme un outil particulièrement adapté au droit du travail. L'idée d'effet sanctionnateur de la requalification est

²⁷⁹⁸ L'art. 1143 du Projet Catala prévoyait que « *l'acte nul faute de répondre aux conditions de la validité correspondant à la qualification choisie par les parties subsiste, réduit, s'il répond aux conditions de validité d'un autre acte dont le résultat est conforme à leur volonté* ».

²⁷⁹⁹ GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, 3^e éd., Paris, n° 33.

²⁸⁰⁰ « *Quant à la définition de la requalification, on pourra regretter le terme de « réduit » : lorsque les parties conviennent d'une vente sans prix et que le juge requalifie en donation, est-il terminologiquement exact de parler de « réduction » ?* », in RDC, 1^{er} janv. 2006, 1, p. 67

²⁸⁰¹ Cette possibilité est discutée. La requalification reposerait alors sur l'effet dissuasif du montant de l'indemnité, puisque le bénéficiaire de la promesse sera conduit, dans un calcul rationnel du coût et des avantages de la renonciation, à lever l'option et payer le prix, plutôt que de s'acquitter une indemnité coûteuse sans autre contrepartie. V. PAISANT G., « L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique », D. 1993. 234 ; VILLAIN A., « L'immixtion du juge dans les contrats », Droit, 2013, HAL Id: dumas-00870586, (URL : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00870586/document>). *Contra* Civ. 1^{re}, 1er déc. 2010, Bull. civ., I, n°252, pourvoi n° 09-65.673. *Addé* FAGES B., « L'importance de l'indemnité d'immobilisation est-elle de nature à rendre synallagmatique la promesse unilatérale de vente ? » RTD Civ. 2012. 723 ; FAGES B. « L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse » RTD Civ. 2011. 346.

soutenue par le fait que l'une des parties a opportunément choisi d'imposer une forme de relation contractuelle qui ne correspond pas à la relation telle qu'elle est ou telle qu'elle devrait être. Le juge devra, à la demande du bénéficiaire de la protection légale, procéder à une requalification lorsqu'elle est automatiquement prévue par la loi (**2.1. La requalification-sanction de plein droit**), ou rechercher la sanction indirectement au travers de la requalification (**2.2. La requalification-sanction indirecte**).

2.1. La requalification-sanction automatique

624.- La requalification-sanction de plein droit. L'article L. 1245-1 du Code du travail²⁸⁰² permet une requalification de plein droit du contrat conclu à durée déterminée dans des conditions irrespectueuses des exigences légales : violation des durées maximales, accumulation de contrats, formalisme, etc²⁸⁰³. Cette requalification-sanction est prévue exclusivement en faveur du salarié, ayant donc seul qualité pour la solliciter²⁸⁰⁴. Il est donc impossible pour un employeur de se prévaloir de la protection légale, cherchant par exemple le recours à la requalification afin d'échapper au régime d'une rupture anticipée²⁸⁰⁵. Toutefois, le juge est aussi limité dans son pouvoir d'application du texte puisqu'il ne peut en principe procéder à une requalification d'office²⁸⁰⁶.

La requalification-sanction par le juge a encore pour effet de neutraliser une éventuelle rupture par l'employeur qui ne peut plus, une fois la requalification notifiée aux parties et le jugement déclaré

²⁸⁰² Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6 à L. 1242-8, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4.

²⁸⁰³ Soc. 19 mai 1998, Bull. Civ. V, n° 266, p. 202, pourvoi n° 97-41.814, RJS 1998. 536, n° 829; D. 1998. IR 166 : si un contrat de travail expressément qualifié de contrat à durée déterminée peut être requalifié en contrat à durée indéterminée à la seule demande du salarié ou de l'AGS, la qualification exacte d'un contrat dont la nature juridique est indécise relève de l'office du juge ; Soc. 30 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 322, p. 321, pourvoi n° 00-45.572, Dr. soc. 2003. 465, note Roy-Loustaunau : Mais les dispositions relatives à la requalification du CDD en CDI ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation; le juge ne peut, toutefois, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

²⁸⁰⁴ Soc., 20 févr. 2013, Bull. V, n° 45, pourvoi n° 11-12.262 : Le moyen tiré de l'impossibilité pour le juge de requalifier un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée en l'absence de demande en ce sens du salarié est de pur droit. Si, en vertu de l'article 12 du CPP la qualification d'un contrat de travail dont la nature juridique est indécise relève de l'office du juge, celui-ci ne peut toutefois, en application de l'article L. 1242-1 du Code du travail, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, les dispositions prévues par les articles L. 1242-1 et suivants du code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée, ayant été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation. Rappr. (sur la qualité à agir en requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée) Soc., 19 mai 1998, Bull. civ. V, n° 267 pourvoi n° 95-45.575 ; Soc., 18 oct. 2007, Bull. 2007, V, n° 162, pourvoi n° 06-43.848. Adde (sur la possibilité de soulever pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen de pur droit, à rapprocher) Soc., 16 févr. 2005, Bull. 2005, V, n° 56 (1), pourvoi n° 03-40.721 ; Soc., 24 sept. 2008, Bull. civ. V n° 187 (2), pourvois n° 07-40.935, 06-46.179 et 06-46.180.

²⁸⁰⁵ Soc., 16 janv. 1991, Bull. civ. V, p. 9, Bull. V, n° 13, p. 9, pourvoi n° 87-43.827 ; Soc., 27 janv. 1999, inédit, pourvoi n° 97-40.177.

²⁸⁰⁶ Soc., 30 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 332, pourvoi n° 00-45.572 ; Soc., 6 oct. 2004, inédit, pourvoi n° 02-43.399 (même si cette requalification ne concerne que la durée qui excède celle maximale autorisée pour les contrats à durée déterminée : Soc., 29 mai 1997, pourvoi n° 94-44.501).

exécutoire par provision, signifier l'arrivée du terme à l'employé. Il n'est donc pas possible de compter sur un effet suspensif de l'appel pour échapper aux effets de la requalification. Si l'employeur venait à rompre le contrat nonobstant la requalification intervenue, cette rupture serait nulle, donnant droit à réintégration²⁸⁰⁷.

Mais il est aussi intéressant d'observer que pour prononcer une requalification-sanction après que la relation soit éteinte, le juge aura la possibilité de s'appuyer sur l'inexécution d'une obligation née du contrat passé.

625.- L'inexécution d'une obligation née du contrat passé. L'exemple est donné par la requalification-sanction du contrat d'accompagnement dans l'emploi ou le contrat unique d'insertion. Ces types de contrats sont par nature à durée déterminée et ont pour but d'organiser la réinsertion professionnelle d'un salarié. C'est pourquoi ils prévoient à la charge de l'employeur une obligation d'assurer la formation du salarié ainsi que son orientation professionnelle et la validation des acquis en vue de son projet professionnel. Ces obligations renaissent à chaque nouveau contrat conclu entre l'employeur et le salarié²⁸⁰⁸. En cas de violation d'une de ces obligations, le juge peut prononcer une requalification du contrat en contrat à durée indéterminée²⁸⁰⁹. La Cour de cassation estime que même en cas de contrats successifs, la requalification-sanction permet de placer le salarié dans une situation dans laquelle il est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier ; celui-ci est donc en droit de se prévaloir des salaires remontant à cette date²⁸¹⁰.

2.2. La requalification-sanction indirecte

626.- Requalification d'une clause pénale. Dans certains contextes, la clause pénale peut simplement être revue à la baisse. Mais un contractant peut être tenté de dissimuler la clause pénale sous une autre forme de stipulation, dans l'espoir d'échapper au pouvoir modérateur du juge. Dans une telle occurrence, le juge pourra requalifier la clause litigieuse en clause pénale, de manière à en revoir le montant par la suite. La requalification est alors une étape intermédiaire afin de sanctionner l'abus

²⁸⁰⁷ Soc., 18 déc. 2013, Bull. V, n° 311, pourvois n° 12-27.383, 13-10.908, 13-10.909, 13-10.910, 13-10.915, 13-10.916, 13-10.917, 13-10.918, 13-10.924, 13-10.925, 13-10.926, 13-10.927, 13-10.932, 13-10.934, 13-10.935, 13-10.936, 13-10.937 : « lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle ». Soc., 9 oct. 2013, Bull. civ. V, pourvois n° 12-17.882, n° 226 (3).

²⁸⁰⁸ CASTEL D., « Contrat aidé - Carence : requalification-sanction en CDI », JA 2015, n°521, p. 11.

²⁸⁰⁹ Soc. 26 mars 2014, Bull. V, n° 90, pourvoi n° 12-25.455. Soc., 28 juin 2006, Bull. 2006, V, n° 233, pourvoi n° 04-42.734.

²⁸¹⁰ Soc. 3 mai 2016, à paraître au bulletin, pourvoi n° 15-12.256, Contrat à durée déterminée (requalification) : effet rétroactif sur l'ancienneté du salarié, D. 2016. 1004.

d'une partie au contrat. C'est ce qu'a démontré la Cour de cassation en reconnaissant les caractéristiques d'une clause pénale dans une clause qualifiée d'« *originale* »²⁸¹¹. La stipulation était contenue dans un contrat qui liait une école privée avec un élève. La convention était intitulée « *contrat d'inscription* » et prévoyait, d'une part, que l'inscription se voulait irrévocable, sans possibilité pour l'élève de se désinscrire ultérieurement, et, d'autre part, une clause stipulant qu'« *en cas de rupture, quels qu'en soient les motifs ou la période, le droit d'inscription reste intégralement dû* ». L'intégralité du montant de l'inscription semblait donc due en raison du droit d'inscription.

En l'espèce, l'élève renonçait à une scolarité dans l'établissement, après avoir néanmoins consenti à l'inscription. L'école l'assignait en paiement du solde restant dû au titre des droits d'inscription. Mais, bien qu'elle ne fût pas pensée comme telle par le créancier, la stipulation relative au paiement du droit d'inscription en cas de rupture a été qualifiée de clause pénale par le juge. Cette appréciation profitait au débiteur puisque, par ce biais, le montant de l'indemnité pouvait en conséquence être modérée par l'intervention du juge²⁸¹².

L'interprétation de la clause était ici directement appuyée sur ses caractéristiques dont le sens était de chiffrer le coût d'une rupture fautive, mais également sur le contexte dans lequel la clause était prévue. En effet, le « *contrat d'inscription* » (dénommé ainsi par le créancier et donnant l'illusion d'un contrat instantané), était bel et bien un contrat à exécution successive, offrant une prestation de service dans le temps en contrepartie du paiement des frais d'inscription. C'est pourquoi l'obligation de paiement intégral pouvait sembler disproportionnée alors que le débiteur avait renoncé à l'inscription peu de temps après l'avoir consenti. Toutefois, la simple révision du montant de la clause est insatisfaisante. En effet, la Commission des clauses abusives s'est intéressée à ce type de stipulation²⁸¹³, régulièrement insérées dans les contrats entre le consommateur et les établissements d'enseignement privé, et estimé que le caractère excessif rendait la clause abusive. La stipulation mériterait donc d'être réputée non écrite.

En outre, la jurisprudence a montré que les parties peuvent décider d'elles-mêmes modérer ou revoir à la hausse les avantages consentis à une partie, selon les circonstances dans lesquelles la rupture

²⁸¹¹ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, Bull. I, n° 347, p. 243, pourvoi n° 93-16.869, D. 1996. 486, obs. FILLION-DUFOULEUR B.

²⁸¹² Art. 1152, al. 2, C. civ.

²⁸¹³ Recommandation N°91-01, BOCCRF du 6/09/1991 : « *Considérant que de nombreux contrats contiennent des clauses pénales en cas de défaut ou de retard dans les paiements; que certaines de ces clauses sont manifestement excessives, notamment lorsqu'elles prévoient que les consommateurs devront, à titre de clause pénale, payer un trimestre ou une année entière en cas de rupture du contrat par leur fait, quelle qu'en soit la cause (par exemple, en cas de décès de l'élève), alors que le professionnel ne devrait aucune indemnité en cas de suspension des cours ou de fermeture de l'école en cours d'année* ».

intervient²⁸¹⁴. Ce n'est pas l'efficacité à proprement parler de la clause qui est en jeu, mais l'étendue de l'obligation qu'elle comporte. La clause de prime à la fidélité l'illustre bien.

627.- La prime à la fidélité. La clause de prime à la fidélité, appelée clause « *good or bad leaver* » dont la validité a été reconnue par la Cour de cassation²⁸¹⁵. La Chambre commerciale a ainsi estimé que la stipulation n'est pas illicite en ce qu'elle « *participe de l'équilibre général du contrat et s'inscrit dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise* »²⁸¹⁶. L'appréciation des Hauts magistrats recherche en l'occurrence la contrepartie de l'obligation dans « l'équilibre général du contrat »²⁸¹⁷. Relevant néanmoins que le pacte d'associé pourrait être comparé à un contrat d'adhésion, la doctrine opère un rapprochement avec l'article 1171 (nouveau) du Code civil afin d'écartier une stipulation excessive qui priverait son créancier du droit auquel il pouvait prétendre²⁸¹⁸. Mais il serait également possible d'imaginer la même prérogative par une assimilation de la stipulation à une clause pénale dont le caractère raisonnable peut être apprécié par le juge.

Les occasions de requalification peuvent donc rechercher la préservation d'un certain équilibre dans les droits et obligations des parties, mais, alors que la requalification aurait été utile à cette démarche, des occasions sont parfois manquées.

b) Les occasions manquées

628.- La portée du devoir de requalification. Certaines occasions de requalification vont parfois être manquées, soit par l'abstention du juge, soit parce que ce dernier sera tenu par les clauses du contrat. Il est intéressant de voir combien le devoir de requalification pèse dans la portée de l'après-contrat, au

²⁸¹⁴ Rappr. *supra* n° 293 et s.

²⁸¹⁵ Com. 7 juin 2016, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-17.978, D. 2016. 2042, note BAUGARD D. et BORGA N., et 2365, obs. LAMAZEROLLES E. ; AJCA 2016. 391, obs. C. Coupet ; RTD civ. 2016. 614, obs. BARBIER H. ; « Panorama Droit des contrats », D. 2017. 375, obs. MEKKI M.

²⁸¹⁶ Rappr. Com. 6 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.349, AJCA 2014. 231, obs. MOULIN J.-M. ; Rev. sociétés 2015. 36, note MICHINEAU M. ; RTD civ. 2014. 642, obs. BARBIER H. : chacun des associés fondateurs s'était engagé, dans l'hypothèse où il viendrait à quitter ses fonctions au sein de la société, dans les cas visés par cette clause, à céder à un prix déterminé, s'ils le demandaient, à l'investisseur et aux autres fondateurs, ou, à défaut, à la société, tout ou partie des actions qu'il détiendrait à la date effective de départ, la cour d'appel en a exactement déduit que l'engagement ainsi souscrit par M. X..., conférant aux autres parties, aux conditions qu'il prévoit, une option d'achat de ses droits sociaux en cas de cessation de ses fonctions, devait recevoir la qualification de promesse unilatérale de vente. Comp. Com. 29 sept. 2015, n° 14-17.343, Rev. sociétés 2016. 228, note ANSAULT J.-J.

²⁸¹⁷ BARBIER H., « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de l'équilibre général du contrat », RTD civ. 2016. 614.

²⁸¹⁸ MEKKI M., « Panorama Droit des contrats », D. 2017. 375 ; TADROS A., « "L'adhésion" du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », D. 2017. 171.

point où l'abstention peut ruiner tout l'intérêt de celui-ci. Plusieurs situations peuvent l'illustrer. D'une part, c'est l'efficacité des obligations postcontractuelles qui peut dépendre du devoir de requalification. On constate alors une interdépendance de la requalification manquée et l'efficacité des obligations postcontractuelles (*1. La requalification manquée et l'efficacité des obligations postcontractuelles*). D'autre part, c'est la portée de l'effet extinctif qui peut être affecté. Dans ce cas, la compréhension par les juges de l'effet de l'extinction va affecter les droits procéduraux des parties, de telle sorte que la requalification manquée sera aussi une sortie du contrat ratée. Donnant à voir l'interaction entre l'interprétation du juge des effets extinctifs, il conviendra de s'intéresser à la requalification manquée de la fin du contrat (*2. La requalification manquée de la fin du contrat*).

1. La requalification manquée et l'efficacité des obligations postcontractuelles

629.- Devoir du juge et contenu de la demande. La requalification est d'abord un devoir du juge. Elle dépend donc de l'exercice de son office. C'est pourquoi les parties pourront se plaindre de son abstention, de façon à ce que l'omission du juge soit sanctionnée (*1.1. L'omission du juge sanctionnée*). Par ailleurs, c'est le contenu de la demande des parties qui peut révéler une faiblesse dans l'argumentation. En passant à côté de l'enjeu du litige, le demandeur passera également à côté d'une occasion de requalification pourtant judiciaire. C'est pourquoi la requalification manquée peut être celle de l'occasion perdue par le demandeur (*1.2. L'occasion perdue par le demandeur*).

1.1. L'omission du juge sanctionnée

630.- L'abstention sanctionnée. Le juge a le devoir de requalifier, et, en cas d'omission, la Cour de cassation peut être amenée à sanctionner l'abstention du juge en censurant la décision attaquée. La Haute juridiction a ainsi annulé la décision d'une Cour d'appel qui s'était abstenue de requalifier une astreinte conventionnelle en clause pénale²⁸¹⁹. En l'espèce, la vente d'un immeuble avait fait naître une obligation postcontractuelle à la charge du vendeur. Ce dernier devait, dans les trois mois suivant la signature de l'acte authentique, procéder à l'enlèvement d'une jardinière installée sur le domaine public, ce sous astreinte journalière. Confronté à une inexécution, l'acquéreur saisissait le juge de l'exécution aux fins de liquider l'astreinte. Sa demande était déclarée irrecevable, ce qui conduisait le créancier à changer de stratégie en diligentant des saisies. La Cour d'appel annulait le commandement de saisie-vente et ordonnait la mainlevée des saisies-attribution, au motif qu'aucune astreinte ne peut donner lieu

²⁸¹⁹ Civ. 2^e, 3 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-20.431, JCP G 2015. 963, obs. LIBCHABER R. : En l'espèce, les juges du fond s'était abstenus de requalifier en clause pénale ce qui était présenté comme une astreinte conventionnelle.

à une mesure d'exécution forcée avant sa liquidation. Or, au visa de l'article 12 du Code de procédure civile, la Chambre civile ouvrait la cassation pour fausse application de l'article L. 131-3 du Code des procédures civiles d'exécution²⁸²⁰, et refus d'application de l'article 1152 (ancien) du Code civil²⁸²¹. La requalification était déterminante de l'efficacité de l'obligation postcontractuelle contenue dans l'acte authentique de vente. En l'occurrence, le fait pour les parties d'avoir convenu que l'inexécution de l'obligation serait assortie d'une « astreinte conventionnelle » assimilait la stipulation à une clause pénale, laquelle se définit comme la clause par laquelle les contractants évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution. Celle-ci s'applique du simple fait de l'inexécution. La requalification permettait ici d'alléger le régime de l'exécution forcée, permettant de rendre inapplicable la condition préalable de liquidation judiciaire à la clause pénale, et donc de faciliter la procédure du créancier de l'obligation postcontractuelle. L'abstention du juge expose donc sa décision à une cassation disciplinaire.

Mais, en l'occurrence, le créancier avait fait valoir judicieusement le devoir de requalification devant la Haute juridiction. Or, à la lecture de la jurisprudence, il est possible de voir que le contenu de la question litigieuse fait parfois oublier la possible requalification du contrat. C'est donc la stratégie du demandeur qui fait de la requalification une occasion perdue.

1.2. L'occasion perdue par le demandeur

631.- Un principe d'initiative risqué. Le principe d'initiative indique que « *dans le contentieux privé, les parties restent maîtresses de leurs droits substantiels et, par contrecoup, de leur traduction judiciaire* »²⁸²². La détermination de l'objet du litige par les parties, lorsqu'elle est maladroite, peut alors détourner l'enjeu véritable du litige et faire manquer une occasion de requalification pourtant intéressante dans la résolution du différend. L'opportunité de requalification sera en effet dissimulée par la question litigieuse formulée par le demandeur.

632.- L'opportunité de requalification dissimulée par la question litigieuse. Les contractants peuvent être amenés à négocier les modalités de la rupture de leur relation dès la formation de leur engagement, au travers de clauses adaptées à leur situation spécifique. Toutefois, une fois venu le moment de leur

²⁸²⁰ « *L'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir* ».

²⁸²¹ « *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 ».

²⁸²² CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, op. cit., n° 445.

mise en œuvre, leur efficacité peut faire l'objet de surprises, à l'instar de la relation elle-même. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un contrat de travail, des parties ont rédigé la clause suivante, intitulée « *dédommagement financier en cas de rupture* » :

« *Compte tenu de l'apport substantiel de clientèle de Monsieur Dominique X... au moment de la signature des présentes, la SARL ACOLAD BOBINAGE X... s'engage, en cas de rupture du présent contrat avant le 30 juin 2015, et ce quel qu'en soit la raison (démission, rupture d'un commun accord, force majeure ou licenciement), de verser à Monsieur Dominique X... ou, en cas de décès à ses ayants-droits, une somme de 136.400 euros, appelée « indemnité de fin de contrat », à titre de dommages et intérêts... »²⁸²³.*

En l'occurrence, il est d'emblée utile de remarquer que la rédaction de la stipulation laisse hésiter sur la compréhension qu'il convient d'en avoir. En effet, la clause mélange ensemble deux facteurs de justification de l'obligation d'indemnisation.

633.- Premier facteur. La clause présente d'abord le fait que le salarié apporte au moment de la formation de l'acte un « *apport substantiel de clientèle* ». Cet apport n'est pas décrit dans la clause et on ne peut déterminer, à la lecture de l'arrêt, si les parties avaient pris le soin de procéder à une telle description dans l'acte – permettant d'établir la valeur de la clientèle - au moment de la rédaction. Il semble donc, dans un premier temps, que la clause s'apparente à une convention de rachat de clientèle. Mais, à la lecture d'ensemble de la stipulation, une telle affirmation ne peut être tenue pour certaine.

634.- Second facteur. La stipulation se poursuit en définissant l'obligation comme mettant à la charge de l'employeur une « *indemnité de fin de contrat* ». Il s'agit de « *dommages et intérêts* » en cas de rupture du contrat avant l'intervention d'un certain terme (en l'espèce près de dix années après la conclusion du contrat) et ceci peu importe les circonstances de la rupture. La clause est elle-même intitulée « *dédommagement financier en cas de rupture* ».

Se dessine alors, au sein de la même stipulation, une ambivalence, puisqu'on ne comprend pas bien si l'indemnité qui doit être versée à la suite de la cessation du rapport contractuel (donc due au titre de la rupture), ou au titre d'un apport effectué au moment de la formation du contrat. Une contradiction est patente entre l'intitulé de la stipulation et son contenu, mais également au sein même de la rédaction. Ce n'est pourtant pas véritablement sur ce point que la discussion a porté.

635.- Un choix d'action inadapté. En l'espèce, un licenciement pour faute lourde était intervenu dans le délai prescrit par la clause, sans que l'indemnité ne soit pour autant versée au salarié. Ce dernier sollicitait alors devant le juge le paiement de l'indemnité par son ancien employeur, mais l'action se

²⁸²³ Civ. 1e, 11 mai 2017, inédit, pourvoi n° 16-16.489.

soldait par un échec devant la cour d'appel d'Orléans qui rejetait alors la demande au motif que, faute d'apport de clientèle effectif, la clause litigieuse était dépourvue de cause et par suite nulle. Mais, entamant une nouvelle procédure fondée sur un nouvel objet de demande, le salarié assignait son ancien employeur, cette fois-ci, en vue d'obtenir sa condamnation à lui verser des dommages et intérêts (du même montant que l'indemnité de rupture) pour avoir manqué à ses obligations de rédacteur d'acte. En effet, la société employeuse était le rédacteur du contrat de travail signé et il lui était reproché d'avoir conçu et rédigé une clause impossible à mettre en œuvre et, ainsi, dépourvue d'efficacité.

Toutefois, ni les juges du fond, ni la Cour de cassation n'ont suivi le demandeur dans son argumentation fondée exclusivement sur la recherche d'une faute du rédacteur de la clause²⁸²⁴. Il reprochait notamment à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la société n'aurait pas dû l'alerter du risque d'annulation de la clause dans le cas où la réalité de la clientèle ne serait pas avérée. La Chambre civile rejette le pourvoi, écartant toute faute du rédacteur d'acte. Elle rappelle, comme dans une leçon de morale adressée au demandeur, que « *l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression ; [...] que M. X... était mieux renseigné que quiconque sur la réalité de cet apport, dès lors qu'il était censé en être à l'origine* », après avoir estimé que, suivant l'appréciation des juges du fond, « *l'inefficacité de la clause litigieuse ne résulte pas de sa conception ni de sa rédaction mais de l'inexistence, constatée par l'arrêt du 1^{er} décembre 2011, de tout apport de clientèle justifiant l'indemnité conventionnelle* ».

636.- Le procès mal orienté. On le voit, la première décision du juge orléanais nourrit l'argumentation de la Cour. En l'occurrence, si la décision de la Chambre civile n'est pas critiquable en ce qu'elle s'attache à répondre à la thèse du demandeur, c'est l'ensemble du litige - à commencer par l'argumentation de l'auteur du pourvoi - qui semble néanmoins déconnecté de l'enjeu véritable posé par les faits de l'espèce. Ce dernier conduit à s'interroger sur la qualification qu'il convenait de donner à la stipulation litigieuse. Le rôle du rédacteur, pour sa part, vu au travers de l'obligation d'efficacité

²⁸²⁴ Ce dernier se prévalait de l'article 1147 (ancien) du C. civ. pour affirmer que le rédacteur professionnel d'un acte juridique est tenu de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à son efficacité ; que, lorsqu'il est chargé de rédiger une clause visant à allouer une indemnité en contrepartie d'un apport de clientèle, le rédacteur est tenu de s'assurer de l'existence de la clientèle qui forme la cause de cet engagement, au besoin en interrogeant les parties à cet effet ; qu'en exonérant la société de cette obligation au prétexte qu'il n'y avait pas lieu pour cette société de remettre en cause les informations qui lui avaient été données par les parties, la Cour d'appel aurait violé le texte visé. Il ajoute ensuite que les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision, au moyen qu'il leur appartenait de rechercher si le rédacteur professionnel d'un acte juridique avait averti les parties des risques qui s'attachent à l'inexistence de l'objet ou de la cause d'une obligation, et, qu'en l'espèce, la société de ne l'avoir pas alerté du risque que la clause litigieuse soit annulée pour le cas où la réalité de la clientèle apportée ne serait pas avérée.

alléguée, aurait mérité d'être examiné à l'aune du fait que celui-ci est également un cocontractant en l'espèce. Elle est pourtant restée inaperçue.

637.- L'ambiguïté de la clause inaperçue. En effet, la clause étant ambiguë, sa qualification peut en partie dépendre du contexte de sa rédaction, en plus d'éléments objectifs servant d'outils de lecture au juge du contrat. Deux éléments objectifs auraient pu permettre de faire valoir les droits du salarié.

638.- Premier élément. Dans un premier temps, les règles d'interprétation devraient conduire à interpréter la clause en faveur de celui qui n'en est pas le rédacteur. Compte tenu de la relation de travail, dans laquelle le rapport de force est présumé en faveur de l'employeur, cette règle doit être mise en exergue puisque le rédacteur est confondu avec celui-ci. Sur cette première observation, s'appuie la seconde.

639.- Second élément. Dans un second temps, la clause étant consacrée au dédommagement du salarié en cas de rupture, faut-il voir dans l'apport de clientèle la contrepartie de l'obligation ? Il est permis d'en douter. Nonobstant l'ambiguïté de la clause, les juges ont fait le choix de rattacher l'existence de la clause à celle d'un apport « *effectif* » de clientèle. Or, à partir des éléments de rédaction les juges auraient pu retenir que la stipulation n'était pas conditionnée par l'apport d'une clientèle mais devait retrouver sa qualification de « *dédommagement financier en cas de rupture* ». Tant l'intitulé de la clause que son contenu inspirent cette interprétation. En effet, l'intitulé définit la clause comme octroyant une « indemnité de fin de contrat ». De plus, vont en ce sens les modalités d'exécution de l'obligation contractuelle (celle-ci n'intervient qu'en cas de rupture ce qui ne coïncide pas avec l'intention de récompenser un apport de clientèle mais davantage d'indemniser la perte du poste), auxquelles s'ajoute une interprétation en faveur de celui qui n'a pas rédigé la clause. La rédaction est effectivement révélatrice de l'état d'esprit des parties qui entendaient offrir des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice résultant de la cessation de la relation²⁸²⁵.

Ainsi, l'après-contrat peut faire régner la confusion dans la compréhension de l'effet des obligations postcontractuelles sur les droits procéduraux des parties. Le même constat peut être fait sur l'impact de

²⁸²⁵ A titre de comparaison, le juge anglais, lorsqu'il se confronte à une clause ambiguë, s'attache pour sa part à rechercher l'intention des parties à travers les termes choisis lors de la rédaction de l'acte : « *The approach of the English law to questions of the true construction of contracts of this kind is to seek objectively to ascertain the intentions of the parties from the words which they have chosen to use* », in *Queen's Bench Division, Vitol BV v Compagnie européenne des pétroles* (URL : <http://www.casebooks.eu/contractLaw/Chapter13/excerpt.php?excerptId=4421>).

la compréhension des effets extinctifs sur ces mêmes droits, jusqu'à s'interroger sur l'injustice qui ressort parfois de décisions qui sont des occasions manquées de la fin du contrat.

2. La requalification manquée de la fin du contrat

640.- Défaut de réalisme du juge. Le juge doit opter pour une « *interprétation active* »²⁸²⁶ du contrat. « *L'interprétation d'un contrat est la recherche de la volonté des parties* »²⁸²⁷ et doit consister « *à définir quels sont exactement les droits et les obligations des parties aux contrats* »²⁸²⁸. Mais il peut arriver que certaines décisions s'éloignent de cette nécessité²⁸²⁹, en pêchant par défaut de réalisme²⁸³⁰. La jurisprudence s'est illustrée à ce titre à l'occasion de l'évaluation de la recevabilité d'une demande reconventionnelle.

641.- À l'occasion d'une demande reconventionnelle. De façon générale, une partie à l'instance peut former une demande reconventionnelle pourvu que celle-ci ait un lien suffisant avec l'action principale²⁸³¹. Par exemple, alors qu'il est assigné en rescision de la vente pour lésion par les acquéreurs (qui sont également devenus ses locataires), le bailleur peut demander reconventionnellement l'expulsion²⁸³². En l'occurrence, il est intéressant d'observer que dans le déroulement de la procédure, une décision antérieure avait constaté la résolution du bail pour défaut de paiement des loyers. Les

²⁸²⁶ MESTRE J. et LAUDE A., « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, 28 mai 1993, publié par les éd. PUAM, 1993, coll. IDA, p.9s.

²⁸²⁷ MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit civil, Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, n° 772.

²⁸²⁸ SERIAUX A., *Droit des obligations*, Paris, éd. PUF, 1998 (2^{ème} éd.), n° 43, coll. Droit fondamental.

²⁸²⁹ Civ. 3^e, 6 fév. 2002, Bull. III, n° 28, p. 23, pourvoi n° 00-12.675 ; Civ. 1^{ère}, 5 fév. 2002, Bull. civ. n° 43 p. 35, pourvoi n° 00-10.250 : la rédaction ambiguë d'une clause d'indemnisation forfaitaire du préjudice résultant de la perte de pellicules photographiques rendant **nécessaire** son interprétation, laquelle est exclusive de toute dénaturation, c'est souverainement que les juges du fond ont estimé que l'indemnisation forfaitaire était exclue si le client apportait la preuve du caractère exceptionnel des travaux confiés.; Civ. 3^{ème}, 13 mars 2002, inédit, pourvoi n° 00-17.665.

²⁸³⁰ Cf. par ex. Com., 22 mai 2002, inédit, pourvoi n° 99-11.052 ; Civ. 3^e, 13 mars 2002, Bull. civ. III, n° 61, p. 52, pourvoi n° 99-14.152 : « *pour débouter la SCI BE de sa demande tendant à la nullité du bail et du congé, l'arrêt retient que les clauses relatives à la résiliation du bail, mal rédigées, doivent être interprétées conformément aux dispositions d'ordre public du décret du 30 septembre 1953 et qu'à les supposer même contraires à ces dispositions elles n'entraînent pas nécessairement la nullité du bail ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que le terme du bail dépendait de la volonté du seul preneur, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». V. en outre BORE J., *Un centenaire: le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, RTD Civ. 1972. 249.

²⁸³¹ Cf. STRICKLER Y., *Procédure civile, op. cit.*, n° 219, donnant un exemple de lien jugé suffisant au travers de la demande de restitution sous astreinte de documents de travail par une société assignée par son ancien agent commercial pour rupture fautive du contrat (Com., 23 janv. 2007, Bull. civ. IV, n° 5, pourvoi n° 05-10.264).

²⁸³² Civ. 3^e, 10 janv. 2012, inédit, pourvoi n° 10-27.591 : En l'espèce, la question était de déterminer si la demande reconventionnelle en expulsion et dommages-intérêts des preneurs se rattachait par un lien suffisant à l'action en rescision pour lésion de la vente de l'immeuble introduite par les occupants de ce bien - action dilatoire en l'occurrence visant à retarder leur expulsion par le demandeur.

parties à l'instance, en tant que bailleur et preneurs au contrat, étaient donc déjà entrés dans l'après-contrat de bail. C'est au cours de cette période postcontractuelle, demeurée litigieuse en raison du maintien dans les lieux des locataires, que ces derniers, cette fois-ci en tant qu'acquéreurs, ont assigné le vendeur en rescision pour lésion, laquelle aurait bouleversé la relation postcontractuelle succédant tant à la vente qu'à la résolution du bail – ce dernier étant né dans l'après-contrat de vente. La procédure relative à l'après-contrat de vente est ainsi devenue l'occasion de liquider l'après-contrat de bail et il n'était que justice, en l'espèce, que le créancier des loyers impayés, assigné par des locataires de mauvaise foi, puisse recentrer la procédure sur le véritable enjeu du litige.

642.- Compréhension technique de l'espèce. Mais dans d'autres configurations, l'enjeu du litige est détourné par la compréhension technique de la situation postcontractuelle. Une Cour d'appel a ainsi jugé irrecevable la demande reconventionnelle d'un locataire tendant à voir prononcer la résolution du bail litigieux²⁸³³. En l'espèce, le preneur avait subi l'inexécution de son loueur tout au long de la relation contractuelle (il s'agissait du refus persistant de réparer plusieurs dégâts des eaux, intervenu dès le deuxième mois d'occupation, ayant privé le preneur de la jouissance du bien loué pendant treize mois, étant précisé que le bail précaire devait durer vingt-trois mois). Confronté à l'inertie du bailleur et à l'impossibilité d'exploiter l'activité commerciale, le preneur finit par « résilier »²⁸³⁴ le bail avant son terme en donnant congé au bailleur, lequel acceptait ce congé. Mais le loueur assigna le preneur en paiement de loyers. C'est au sein de cette instance que le preneur demandait reconventionnellement la résolution du bail pour inexécution, ainsi que la réparation du trouble de jouissance et de la perte des recettes causée par l'impossibilité d'exploiter le bien. La Cour de cassation, entérinant le raisonnement des juges du fond, estima que la demande reconventionnelle était irrecevable au motif que le contrat avait déjà pris fin par la résiliation intervenue entre les parties, rendant ainsi impossible le prononcé la résolution d'un contrat déjà éteint²⁸³⁵. Si cette analyse peut dans un premier temps sembler logique, elle ne l'est qu'à moitié. En effet, deux raisons permettent de remettre en cause la décision des juges.

643.- Première raison. Premièrement, la résiliation et la résolution mettent assurément fin au contrat. Elles partagent en ce sens une fonction extinctive. Toutefois, les effets extinctifs de chacune

²⁸³³ Civ. 3^e, 19 mai 2010, Bull. civ. III, n° 98, pourvoi n° 09-13296, Dalloz act., 9 juin 2010, obs. ROUQUET Y. ; RDC 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1215, obs. GENICON Th. Relevant ainsi que « *résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut !* ».

²⁸³⁴ En l'espèce, le courrier adressé était intitulé « *Résiliation du bail précaire* ».

²⁸³⁵ « *[...]Qu'ayant relevé, sans dénaturation, que, par courrier du 30 juillet 2004, la société Maiselec avait donné congé pour le 1er novembre 2004 et délaissé les lieux à la fin du mois d'octobre 2004 et retenu que la SCI PEG avait accepté ce congé, la cour d'appel, qui a constaté que la convention des parties avait pris fin avant que ne soit formée la demande reconventionnelle tendant à sa résolution, en a exactement déduit que devait être rejetée la demande en résolution d'un bail expiré en vertu d'un congé accepté* ».

sont très différents puisque la résiliation s'apparente à une extinction naturelle du contrat tandis que la résolution est une extinction-sanction²⁸³⁶. De plus, leurs causes sont à distinguer en ce que la résolution vient sanctionner une inexécution. C'est pourquoi, une demande en résolution qui succède à la résiliation n'entend pas obtenir la fin du contrat (et à plus forte raison lorsque la partie est déjà libérée du lien contractuel) mais bénéficier des effets de ce type particulier d'extinction.

Il serait néanmoins possible de voir dans la résiliation intervenue extrajudiciairement le renoncement²⁸³⁷ à une action en résolution. Mais la jurisprudence estime régulièrement que la passivité du créancier dans l'exercice de son droit n'est pas suffisante à caractériser une renonciation, même si l'abstention dure des années²⁸³⁸. De plus, il n'est pas certain qu'en l'espèce la rupture soit animée par une autre intention que celle de faire cesser un contrat indésirable, précisément du fait de l'inexécution.

644.- Seconde raison. C'est pourquoi, deuxièmement, le juge, dans son obligation de restituer aux faits leur exact qualification juridique, aurait dû requalifier la « *résiliation* » en « *résolution* ».

Certes, en l'absence d'action principale tendant à faire exécuter les obligations résultant d'une résolution, la voie de la demande reconventionnelle peut probablement prêter à croire, en apparence, à une demande opportuniste dans le but de ne pas payer les loyers. La requalification peut également être rendue difficile par le fait qu'elle se confond avec le mode particulièrement bien identifiable du contrat de bail, à savoir le congé²⁸³⁹.

Pourtant, il semble raisonnable de permettre au preneur, créancier d'un droit de jouissance qui n'a pas été honoré, de pouvoir opposer au débiteur qui l'assigne la sanction de sa propre inexécution. C'est pourquoi, en l'occurrence, l'exécution forcée étant devenue impossible par l'ouverture de la phase postcontractuelle, seule la résolution reste ouverte. En tant que sanction de l'inexécution, elle a un lien suffisamment établi avec l'objet du litige de sorte à être demandée reconventionnellement. Et, encore en tant que sanction de l'inexécution, elle doit pouvoir être demandée nonobstant l'intervention intermédiaire du congé. En outre, une compensation était en l'espèce possible, en application de l'article 1347 (nouveau) du Code civil.

²⁸³⁶ Cf. *supra* n° 133 et s.

²⁸³⁷ V. art. 9:303, al. 2 des PDEC qui dispose que « *Le créancier est déchu du droit de résoudre le contrat s'il n'adresse pas notification dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution* ».

²⁸³⁸ Com. 16 nov. 1983, Bull. civ. IV, n° 312 ; *ibid*, 18 janv. 1984, Bull. Civ. IV, n° 24, RTD Civ. 1985. 162, obs. MESTRE J. : « *la renonciation d'un droit ne se présume pas et ne peut que résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer laquelle ne peut se déduire d'un simple retard à demander l'exécution du contrat* ». *Adde* Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, Bull. civ. I, n° 75, pourvoi n° 97-20.858, RJDA, janv. 2010, n° 5 ; RTD Civ. 2001, p. 132, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; Civ. 2^e, 20 juin 2002, RJDA, déc. 2002, n° 1233.

²⁸³⁹ En l'espèce, les juges du fond avaient reconnu dans la lettre de « *résiliation* » un congé donné par le preneur et accepté par le bailleur. L'auteur du pourvoi arguait à ce titre que les raisons exposées dans le courrier (les manquements persistants du bailleurs) permettaient d'établir l'intention du preneur de résoudre le contrat pour inexécution et non de donner congé.

Si les occasions sont donc manquées en raison de l'omission du juge, de la maladresse des parties ou encore d'un excès de rationalité dans l'interprétation des effets extinctifs, il est également possible que la requalification soit anticipée et neutralisée par les stipulations des parties.

c) Le juge tenu par les clauses du contrat

645.- Les clauses de qualification. L'article 12 du Code de procédure civile, dans son troisième alinéa, apporte un tempérament au devoir de requalification du juge, en prévoyant que ce dernier « *ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». Les parties peuvent encadrer conventionnellement les pouvoirs du juge au travers de stipulations dont l'objet est de poser des règles d'interprétation de la convention²⁸⁴⁰. Le juge, plus que jamais, devient alors le « *gardien naturel de la foi contractuelle* »²⁸⁴¹. La clause de qualification en est un exemple en ce qu'elle donne aux contractants « *la faculté ouverte par l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, consistant à lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* » et offre la possibilité aux acteurs du contrat de devenir acteurs du procès en réduisant « *l'étendue des pouvoirs que le juge saisi du litige tient normalement de son office, en lui interdisant de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande* »²⁸⁴². Ce type de clauses représente plus encore que de simples indices à destination du magistrat. La stipulation s'impose comme une notice de lecture du contrat : les parties insèrent dans l'acte un hypertexte censé éclairer leur intention en vue de tenir le travail décisionnel.

646.- La fonction programmatique des clauses d'interprétation. C'est pourquoi, dédiée à la « *mise en œuvre procédurale* »²⁸⁴³ de la volonté des parties, les clauses de qualifications sont comparables à des didascalies adressées par les auteurs du contrat au juge qui devra en prendre et en rendre lecture. De par cette fonction programmatique, elles prévoient une compréhension balisée du contrat sur laquelle doit reposer la construction de la décision judiciaire, indifféremment des faits de l'espèce. Il s'agit à ce titre d'une appropriation par les justiciables du raisonnement judiciaire : les parties concourent ainsi à la maîtrise du procès. La gestion de la liquidation du concubinage a pu en faire l'objet ; les parties

²⁸⁴⁰ La jurisprudence a permis de préciser que la seule concordance entre les conclusions échangées par les plaideurs n'est pas l'expression d'un accord exprès de nature à lier le juge : Civ. 2^e, 14 déc. 2006, Bull. civ. II, n° 217, pourvoi n° 05-10.086.

²⁸⁴¹ DUPICHOT J. D., *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*, Etudes FLOUR, Defrénois, Paris, 1979, p. 179 et s., n° 8.

²⁸⁴² MESTRE J. et RODA J.-Ch., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éd., 2011, p. 862.

²⁸⁴³ MESTRE J. et RODA J.-Ch., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *ibid.*

souhaitant mettre fin à leur relation sont susceptibles d'imposer au juge le recours à la théorie des sociétés créées de fait pour apprécier leur situation²⁸⁴⁴. Le projet Catala, dans son article 1142, proposait d'ailleurs une disposition légale exprimant le pouvoir des parties de lier le juge par une qualification choisie d'un commun accord : « *Lorsque les parties ont donné à leur accord une dénomination, il y a lieu de la suivre* ».

647.- Le caractère déterminant d'une clause. Les parties peuvent également entendre s'accorder sur les éléments essentiels de leur engagement, influençant ainsi les causes de nullité de l'acte. Elles vont ainsi stipuler le caractère déterminant d'une clause. La qualification donnée par les parties peut parfois résulter de clauses qui n'ont pas nécessairement le but affirmé de guider l'interprétation du contrat. La clause de prix symbolique dans la vente peut par exemple jouer le rôle d'une clause d'interprétation alors qu'elle n'est pas initialement stipulée à cette fin²⁸⁴⁵. Elle est en ce sens discutée sur le point de savoir si le juge est tenu par elle, notamment lorsque le prix symbolique n'est complété par une prestation complémentaire qui ne sera déterminable que dans un temps postérieur²⁸⁴⁶. Le juge doit alors apprécier les éléments objectivement constitutifs du contrat, autant que l'intention commune des parties, afin de choisir de requalifier une vente en donation ou d'annuler la vente pour défaut de prix déterminé ou déterminable²⁸⁴⁷. En effet, « *le euro symbolique a un rôle important, il permet d'ancrer la qualification du contrat dans la catégorie "vente"* »²⁸⁴⁸, mais les éléments essentiels de la vente ne sont pas pour autant exclus du contrôle jurisprudentiel. Il ne suffit donc pas de déclarer qu'un acte est une vente pour opposer au juge la qualification, faut-il encore démontrer que les conditions de validité de cet acte sont remplies. La jurisprudence en la matière est à ce point divergente que la doctrine a évoqué « *les mouvements quelque peu convulsifs de la Cour de cassation* »²⁸⁴⁹. En effet, si la Cour de cassation reconnaît la validité de la vente consentie à un prix symbolique²⁸⁵⁰, lorsque ce prix est complété par une

²⁸⁴⁴ ANQUETIL, « Le nouveau visage de la justice civile », JCP E 1972, IV, 6150, n° 21.

²⁸⁴⁵ MOUSSERON P., « Un euro : prix vil, symbolique ou forfaitaire ? », Bulletin Joly Société, 1^{er} avr. 2010, 4, p. 335, n°3 : « *L'utilité de la clause de prix symbolique n'est pas de constituer une contrepartie sérieuse ; c'est de jouer un rôle de qualification* ».

²⁸⁴⁶ Attention toutefois, si les parties choisissent un prix forfaitaire, elles ne pourront contester le caractère approximatif de la somme ultérieurement : cf. MOUSSERON P., préc.

²⁸⁴⁷ MOURY J., « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », D. 2014. 1950, n° 32, parlant de « *redressement de qualification* ».

²⁸⁴⁸ TREBULLE F.-G. « Des limites à la vente d'un terrain pour un prix symbolique », RDI, 2008. 87 obs. sous civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-13.629. *Contra* GARRIGUES B., « La contre-prestation du franc symbolique » : RTD civ., 1991. 459. Comp. MOURY J., préc. : « *Il s'agit donc non point d'ignorer l'utilité de telles conventions, mais de s'interroger sur les redressements qu'imposent certaines d'entre elles, devant conduire à écarter la qualification de vente lorsque rien ne légitime qu'elle soit retenue. [...] La vente à prix symbolique, singulièrement, trahit bien souvent une divagation des qualifications. Quant à la prétendue vente à prix négatif, elle les méprise souverainement* ».

²⁸⁴⁹ GAUTIER P.-Y., « Que peut-on bien acquérir avec un franc (suite) ? La cession de parts sociales au conjoint ayant renoncé à s'acheter une moitié de caramel mou », RTD civ. 1995. 914, obs. Rapp. 1992. 777 et 1994. 124.

²⁸⁵⁰ Com. 7 déc. 1976, Bull. civ. IV, n° 311, pourvoi n° 75-12.464 ; Civ. 1^{ère}, 12 déc. 1984, Gaz. Pal. 1985. 2. Pan. 144. Com. 13 févr. 2001, pourvoi n° 97-20.741 ; Civ. 3^e, 9 déc. 1986, Bull. civ. III, n° 177, pourvoi n° 85-13.373 ; Civ. 3^e, 23 mai 2007,

contrepartie autre qu'une somme d'argent²⁸⁵¹, elle est également capable de contester la qualification²⁸⁵². Il faut néanmoins souligner que le caractère déterminable de la contrepartie complémentaire doit permettre d'évaluer le « prix » au jour de la conclusion du contrat et non postérieurement²⁸⁵³. Afin de passer outre la qualification, le juge doit ainsi pouvoir invoquer des règles d'ordre public et remettre en cause l'ensemble du contrat contenant la clause de prix symbolique, fut-elle présentée comme une clause de qualification²⁸⁵⁴.

Dans un sens comparable, le juge va par ailleurs s'affranchir de la précaution prise par les parties nonobstant le fait que le contrat comporte une stipulation désignant un élément comme déterminant de l'engagement. Il pourra néanmoins s'abstenir d'annuler pour autant le contrat dans son ensemble, en ne prononçant qu'une nullité partielle²⁸⁵⁵. L'exemple est donné en matière de baux commerciaux où, en application de l'article L. 112-1 s. du Code monétaire et financier, le juge annulera la clause d'indexation illicite en ce qu'elle porte atteinte au droit de renouvellement du bail, tout en sauvegardant l'intégrité de l'acte qui la comporte²⁸⁵⁶. Le juge passe ainsi outre la volonté des parties qui ne peut contraindre son office : en effet, les parties ne peuvent pas tenir pour déterminant de leur consentement une clause tenant en échec le droit légal au renouvellement²⁸⁵⁷.

648.- La stratégie dans le choix de la clause. Parfois, il sera possible pour les parties de tenir en échec l'intervention du juge dans leur relation, à la condition de faire un choix judicieux de stipulation. En effet, toujours dans les baux commerciaux, les contractants pourront faire le choix d'exclure le recours à une clause d'indexation au profit d'une clause-recettes, ou clause dite de loyer binaire, laquelle

Bull. civ. III, n° 90, pourvoi n° 06-13.629, RDI 2008. 87, obs. TREBULLE F. G. ; 3 mars 1993, Bull. civ. III, n° 28, pourvoi n° 91-15.613, RTD civ. 1994. 124, obs. GAUTIER P.-Y. ; RTD com. 1993. 665, obs. C. CHAMPAUD et DANET D. *Adde* Civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, Bull. civ. I, n° 56, pourvoi n° 06-19.977, D. 2009. 276, note SAENKO L. ; AJDI 2008. 666, obs. ZALEWSKI V. ; RTD com. 2008. 842, obs. BOULOC B. Rapp. 14 févr. 1989, Bull. civ. I, n° 79, pourvoi n° 87-14.205.

²⁸⁵¹ MOUSSERON P., « Un euro : prix vil, symbolique ou forfaitaire ? », préc., not. n° 3.

²⁸⁵² Civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, Bull. civ. I, n° 292 ; Civ. 3e, 17 mars 1981, pourvoi n° 79-15.388, Bull. civ. III, n° 56 ; Com. 18 nov. 1986, Bull. civ. IV, n° 216, pourvoi n° 84-13.750 ; Civ. 3e, 8 janv. 1992, n° 90-12.141, Bull. civ. III, n° 9 ; D. 1993. 236, obs. PAISANT G. ; RTD civ. 1992. 777, obs. GAUTIER P.-Y. ; Com. 28 sept. 2004, n° 02-11.210, Bull. civ. IV, n° 167 ; D. 2005. 302, note RAKOTOVAHINY M.-A. ; RTD civ. 2005. 157, obs. P.-Y. Gautier ; Versailles, 3e ch., 10 avr. 1992, *Tamboise c/ Boucher*, Bull. Joly 1992. 652 ; Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 33, pourvoi n° 93-10.462 ; D. 1995. 401, note MARTIN D. R. ; RTD civ. 1995. 914, obs. GAUTIER P.-Y. ; *ibid* 1996. 459, obs. VAREILLE B.

²⁸⁵³ MOUSSERON J. M., GUIBAL M., MAINGUY D., *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001, n° 552 ; Com., 17 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 09-11.824, Bulletin Joly Société, 1^{er} avr. 2010, 4, p. 335, obs. MOUSSERON P.

²⁸⁵⁴ MOUSSERON P., préc. : « lorsque la clause s'insère dans une vente réalisée pour une contrepartie connexe autre que son prix symbolique, la clause de prix symbolique pourrait être remplacée, de façon moins elliptique, par une clause de qualification en vente ».

²⁸⁵⁵ Cf. SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 101, Préf. WEILL A., 1969. Rapp. du même auteur, J.-Cl. Code civil, « Synthèse – Extinction des obligations sans paiement », n° 1 ; *supra* n° 23, 131.

²⁸⁵⁶ Civ. 3e, 9 juill. 1973, Bull. civ. III, n° 467, pourvoi n° 72-12.660.

²⁸⁵⁷ Dans pareil cas, si le locataire a payé les loyers en connaissance de cause, « se mettant sciemment hors du champ d'application des mesures législatives », il ne pourra pas prétendre au remboursement des du montant des loyers calculés sur la base de la stipulation annulée : Civ. 3e, 12 juin 1979, Bull. civ. III, n° 126, pourvoi n° 78-10.580.

prévoit une part du montant du loyer fixe tandis que l'autre part est déterminée en fonction du chiffre d'affaire dégagé par le preneur. Or, cette clause n'étant pas assimilée à une clause d'indexation, elle échappe au régime imposé par le Code de commerce²⁸⁵⁸ et les modalités qui lui sont attachées dépendent exclusivement de la loi des parties²⁸⁵⁹. Par ce biais, le rôle du juge est alors écarté : le contrat fait valoir la « *volonté des parties de voir le loyer exclu de l'aléa judiciaire* »²⁸⁶⁰. Réciproquement, une partie ne pourra donc pas invoquer les pouvoirs du juge des loyers commerciaux. Plus précisément, la jurisprudence refuse même aux contractants la possibilité d'invoquer le magistrat aux fins de constater que le prix du loyer du bail renouvelé doit rester le même que celui du contrat initial²⁸⁶¹. On remarque effectivement qu'il y a pour le moins un « *paradoxe* » à « *d'un côté, demander le bénéfice de la liberté contractuelle la plus complète, en stipulant et en invoquant une [...] "clause purement conventionnelle",*

²⁸⁵⁸ Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418 ; D. 1994. 47, obs. ROZES L. ; AJDI 1993. 710, obs. BOUSSAGEON B. ; RDI 1993. 276, et 1994. 511, obs. BRIERE DE L'ISLE G. et DERRUPPE J. ; RTD com. 1993. 638, obs. PEDAMON M. ; JCP 1993. II. 22089, note AUQUE F. ; Loyers et copr. 1993. Chron. 8, note BRAULT P.-H. ; JCP 1994, éd. N, II, p. 239, note COHEN-TRUMER D. et LEVY L. ; JCP E 1993, II, 460, note BOCCARA B. ; JCP E n° 8, 20 févr. 1997, 630, obs. LAFOND J. notant que ce choix jurisprudentiel a donné lieu à de « *vifs débats. Une discussion s'est ouverte quant à sa portée, que permettaient ses termes ambigus (l'arrêt se prononçant à propos de locaux spécialisés, on pouvait se demander s'il avait une portée générale). La doctrine universitaire s'accorde à y voir un arrêt de principe* ». *Adde* Civ. 3^e, 3 nov. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-16.827, D. 2016. 2280 ; AJDI 2017. 36, obs. PLANCKEEL F. ; RTD civ. 2017. 204, obs. THÉRY Ph. ; AJDI 2017. 36, obs. PLANCKEEL F.

²⁸⁵⁹ Civ. 3^e, 26 avr. 1989, Bull. civ. III, n° 90, pourvoi n° 88-10.225 ; Civ. 3^e, 10 mars 2004, Bull. civ. III, n° 52, pourvoi n° 02-14.998, D. 2004. 2221, note WERTHE TALON S. ; *ibid.* 878, obs. ROUQUET Y. ; *ibid.* 2005. 1090, obs. ROZES L. ; RTD com. 2005. 256, obs. MONEGER J. ; Loyers et copr. 2012, n° 91, note BRAULT Ph.-H. ; Gaz. Pal. 30 sept. 2004, p. 29, note BRAULT Ph.-H. ; Rev. loyers 2004.296, note HUMBLLOT-GIGNOUX B. ; Defrénois 2004. 1325, note RUET L. ; JCP N 2004, n° 1242, étude LAFOND J.

²⁸⁶⁰ PEREIRA-OSOUF P., « Sur l'exercice du droit d'option en présence de baux comportant une clause recette », Loyers et Copropriété, 3, Mars 2006, comm. 56.

²⁸⁶¹ Civ. 3^e, 7 mai 2002, Bull. civ. III 2002, n° 94, p. 83, pourvoi n° 00-18.153, RJDA juill. 2002, n° 738 : la fixation du nouveau loyer ne peut résulter que de l'accord des parties et le rôle du juge ne peut être que de constater cet accord, s'il existe. En l'absence d'un tel accord quant à la partie fixe du loyer, la cour d'appel en a exactement déduit que le bailleur et le preneur doivent être déboutés de leur demande en fixation du prix du bail renouvelé. Par ailleurs, le bailleur peut, en cas de désaccord sur le prix, refuser le renouvellement de celui-ci et exercer son droit d'option, indifféremment de la présence d'une clause-recettes. Civ. 3^e, 15 mars 2000, inédit, pourvoi n° 98-16.771, Loyers et copr. 2000, comm. 141, note BRAULT Ph.-H. ; JCP G 2000, II, 10302, note MONEGER J. ; D. 2000. 497, note DERRUPPE J. *Adde* LASSNER M. et VALLEE P., « Loyers binaires et application du statut des baux commerciaux », AJDI 2003. 242, et BRAULT P.-H., Loyers et copr. 2003, comm. 155 et chron. 7, obs. sous Civ. 3^e, 12 juin 2003, Bull. civ. III, n° 123, p. 113, pourvoi n° 02-11.493 : un propriétaire de locaux à usage commercial a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail assorti d'une clause-recettes, de refuser le renouvellement de ce contrat dans les conditions de l'article L. 145-57 du Code de commerce. Rapp. Civ. 3^e, 11 janv. 2006, inédit, pourvoi n° 04-18.475, Loyers et Copropriété n° 3, Mars 2006, comm. 56, obs. PEREIRA-OSOUF P. ; Civ. 3^e, 24 nov. 2004, Bull. civ. III 2004, n° 212, p. 190, pourvoi n° 03-14.620 : en l'espèce, la bailleuse avait donné congé au preneur avec offre de renouvellement, et, en présence d'une clause-recette, saisit par la suite le juge des baux commerciaux d'une demande en fixation du prix minimum garanti du loyer à la valeur locative. Mais, à la suite du jugement ordonnant une expertise aux fins de déterminer la valeur locative, la bailleuse a déclaré exercé son droit d'option et offert une indemnité d'éviction au preneur. Ce dernier argua que le preneur argua que la bailleuse ne pouvait plus exercer ce droit, et que le juge était tenu par le contenu de la demande initiale qui ne concernait que la fixation du prix du loyer. La Cour de cassation, au soutien des juges du fond, rappelle alors que le bailleur de locaux à usage commercial a toujours la faculté, en cas de désaccord sur le prix du bail assorti d'une clause recettes, de refuser, dans les conditions de l'article L. 145-57 du Code de commerce, le renouvellement de ce contrat. Par ailleurs, il convient de noter que le preneur dispose d'une liberté de changer d'avis en cours de procédure puisque la jurisprudence permet de substituer en cours d'instance une demande d'indemnité d'éviction à l'assignation en renouvellement du bail (Civ. 8 déc. 1947, S. 1948, 1, p. 40).

étant exempte de toute intervention légale ou judiciaire », tout en revendiquant, par ailleurs, la possibilité de « demander le "rétablissement" de la fixation judiciaire de la valeur locative comme nouveau loyer minimum, à l'époque du renouvellement [...] On ne peut que rejeter cette attitude empreinte de contradiction qui, tantôt invoque, tantôt rejette, les conséquences de la liberté contractuelle »²⁸⁶².

648 bis. – L'aménagement de la clause-recette. Cependant, il en est désormais autrement quand les parties anticipent ensemble la gestion d'un éventuel désaccord. En effet, la technique contractuelle a développé l'insertion de clauses stipulant que dans le cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre, elles feraient alors application des règles statutaires, permettant ainsi au juge du loyer commercial de statuer sur la fixation de la valeur locative pour déterminer le montant de la part fixe du loyer. Or, une certaine résistance des juges du fond s'est formée à l'encontre de cette pratique. Affirmant une limite à la liberté contractuelle, les Cours d'appel de Limoge et d'Aix-en-Provence ont fait échec à ce genre de clause, au motif notamment que la règle d'exclusion du recours au juge appartient à l'ordre public judiciaire, et que la fixation judiciaire du loyer est incompatible avec l'article L. 145-33 du Code de commerce²⁸⁶³. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe, a fait barrage à cette tendance jurisprudentielle, en permettant l'application de la stipulation, admettant de la sorte la compétence du juge des loyers commerciaux²⁸⁶⁴. Ce dernier devra statuer selon les critères de l'article L. 145-33, « notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle »²⁸⁶⁵. Les Hauts magistrats offrent ainsi aux parties un espace contractuel plus large en leur permettant de convenir d'un retour au juge. Il s'agit

²⁸⁶² DAGOT M., « Loyer minimum renouvelé d'un bail avec clause-recettes », JCP G 1996, n° 41, doctr. 3966 : L'auteur expose que deux hypothèses se sont dessinées. D'une part, (hypothèse du loueur) le loyer minimum est à fixer en fonction de la valeur locative lors du renouvellement par le bailleur, en application du Code de commerce (ancien *Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal*). D'autre part, (hypothèse du preneur) la clause n'est pas soumise aux dispositions du décret ; le nouveau loyer minimum ne peut être la valeur locative, mais seulement et simplement le résultat de l'indexation prévue au contrat de bail. Il retient que la clause spécifique de fixation d'un loyer variable qui échappe en sa totalité aux dispositions du décret du 30 septembre 1953, dès lors que le minimum garanti, loin d'être fixe, est lui-même variable puisqu'indexé sur l'évolution de la recette théorique du théâtre, doit continuer à s'appliquer en cas de renouvellement du bail. *Adde* LAFOND J., « Problèmes posés par le renouvellement des baux commerciaux comportant une clause-recettes : recherche de solutions », JCP E n° 8, 20 févr. 1997, 630 ; JACQUIN A., « Loyers binaires et droit d'option », *Gaz. Pal.* 2003, doctr. p. 7.

²⁸⁶³ Limoges, 4 sept. 2014, RG n° 13/00095, AJDI 2015. 514, obs. CHATELLARD P., et 2016. 403, étude PLANCKEEL F. ; Aix-en-Provence, 19 févr. 2015, RG n° 13/11349, RTD com. 2015. 235, obs. MONÉGER J.; AJDI 2015. 514, obs. CHATELLARD P., et 2016. 403, étude PLANCKEEL F. *Adde* DUMONT-LEFRAND M.-P., « Baux commerciaux », *D.* 2017. 1572.

²⁸⁶⁴ Civ. 3^e, 3 nov. 2016, à paraître, pourvois n° 15-16.826 et n° 15-16.827, *D.* 2016. 2280 ; AJDI 2017. 36, obs. PLANCKEEL F. ; RTD civ. 2017. 204, obs. THÉRY Ph. ; *D.* 2017. 1572, chron. DUMONT-LEFRAND M.-P.

²⁸⁶⁵ Civ. 3^e, 3 nov. 2016, préc., offrant ainsi un « *un authentique mode d'emploi de cette nouvelle jurisprudence et s'adresse d'abord aux juges du fond* », selon les mots de PLANCKEEL F., *in* « Le grand retour du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », AJDI 2017. 36.

finalement d'une règle de réciprocité : si les parties peuvent choisir d'échapper au juge du loyer commercial en appliquant le régime du loyer binaire, elles peuvent réciproquement rejoindre les règles statutaires en cas de différend. C'est alors le régime de l'article L. 145-33 qui reprend la main. Cette solution doit être approuvée, en ce qu'elle élargit les possibilités d'aménagements laissées aux parties, lesquelles peuvent choisir l'ampleur et les modalités de leur engagement tant sur le contenu du contrat que sur leur stratégie procédurale. Effectivement, elles « *conservent la possibilité de faire revaloriser le loyer au stade du renouvellement, plutôt que d'être condamnées à perpétuité au maintien du loyer initial* »²⁸⁶⁶. La Cour de cassation permet ainsi de surmonter une « *crystallisation* »²⁸⁶⁷ de la situation installée au jour du renouvellement, en permettant l'accès au juge, lequel sera le garant d'un certain équilibre et d'une prise en compte de l'évolution de la relation contractuelle dans le temps.

En définitive, la clause-recette permet donc toujours aux contractants d'échapper en principe aux règles statutaires en cas de mésentente sur le montant du loyer au moment du renouvellement, sauf volonté expresse contraire. De plus, la décision de 2016 vient également nourrir les pouvoirs du juge du loyer qui voit un nouveau contentieux soumis à son office, mais aussi ses obligations : il doit impérativement appliquer le régime de fixation prévu à l'article L. 145-33 du Code civil. Ce dernier point semble apporter une limite au pouvoir d'aménagement des parties qui, en recourant à une clause prévoyant le recours au juge du loyer commercial, doivent s'en remettre au régime légal et renoncer ainsi à un aménagement de la valeur locative ou des critères de fixation légale. Finalement, le revirement apporté par la troisième Chambre civile instaure un régime du loyer binaire particulièrement représentatif du jeu d'équilibre qui existe entre droits substantiels et procéduraux des parties, et des influences mutuelles entre le contentieux postcontractuel et l'office du juge.

²⁸⁶⁶ PLANCKEEL F., « Le grand retour du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », préc., ajoutant qu' « *en pratique, selon que le loyer est inférieur ou supérieur à la valeur locative, ce gel profite à une seule partie qui n'a guère intérêt à accepter sa revalorisation* ».

²⁸⁶⁷ PLANCKEEL F., *ibidem*.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

649.- Les litiges relatifs à l'extinction. Le contrat a une emprise indéniable sur l'après-contrat, du fait notamment des anticipations formalisées par les parties, et il est également clair que l'après-contrat a une influence en retour, si bien que les prévisions se heurtent, on l'a vu, à des limites²⁸⁶⁸. Outre les limites imposées à l'efficacité des clauses spécifiquement postcontractuelles, la loi des parties, dans son ensemble, peut être tributaire de la résolution des litiges nés à l'occasion de son extinction, ou à la suite de cette dernière. En effet, le contrat fait naître des droits subjectifs que chaque partie peut revendiquer par une action judiciaire²⁸⁶⁹ visant à mettre en cause la responsabilité du cocontractant, mais surtout à forcer l'entrée dans une situation nouvelle susceptible de satisfaire le demandeur lésé. En finir avec la relation contractuelle ne se fait cependant pas sans difficulté lorsque les attentes respectives divergent et que l'écriture de l'histoire contractuelle, issue *ab initio* de volontés privées, trouve son épilogue sur la scène judiciaire.

Effectivement, le jeu d'influence entre contrat et après-contrat laisse transparaître tout autant le besoin d'établir une situation nouvelle cohérente, entre le vécu contractuel des parties et les suites qu'il convient de lui donner à la lumière du litige, mais également l'enjeu indemnitaire qui accompagne celui du traitement des responsabilités contractuelle et délictuelle susceptibles de cohabiter dans la période de transition. Apparaît encore une fois, cette structure enchevêtrée du temps de l'extinction enroulé dans les effets du contrat et orientée vers un temps en-dehors du contrat. Le juge de l'après-contrat doit arbitrer entre les conséquences liées à la relation passée et les éléments apportés par la situation nouvelle, autant qu'il doit comprendre et concilier les effets bilatéraux de l'une sur l'autre.

Mais l'après-contrat peut résulter de l'action devant le juge, ou il peut la précéder.

650.- L'après-contrat provoqué par le jugement. Dans le premier cas, l'ouverture du temps postcontractuel est causée par la décision judiciaire. Dans ce cas, les parties sont encore unies par une convention, et le juge va leur permettre en quelque sorte de « divorcer ». C'est donc l'après-jugement qui correspond à l'après-contrat. La mise en scène judiciaire de la relation contractuelle sera néanmoins orchestrée par certaines règles venant encadrer les droits et le but poursuivi par les parties. La liberté procédurale n'est pas absolue. C'est ainsi que le droit d'option de la victime de l'inexécution doit être univoque. Le créancier insatisfait ne peut demander simultanément l'exécution forcée et la résolution judiciaire, ce qui reviendrait à demander la mise en œuvre du

²⁸⁶⁸ Cf. Chapitre préc.

²⁸⁶⁹ POUMAREDE M., « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle », *in* LE TOURNEAU Ph. (dir), Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, n° 809.

contrat en même temps que son anéantissement. De même, il ne peut, après avoir un temps poursuivi la première finalité, y substituer la seconde. Sur ce dernier point, sauf abus, le recul de la jurisprudence est regrettable. Le droit de changer d'option constituant en effet un instrument stratégique précieux, permettant d'adapter la réponse judiciaire au temps qui passe et à l'évolution de la situation *inter partes*.

651.- Le jugement précédé par l'après-contrat. Dans le second cas, la relation litigieuse s'inscrit déjà dans le temps postcontractuel qui s'est ouvert antérieurement au temps du procès. La décision judiciaire peut avoir un impact différent sur l'après-contrat.

Elle peut tout d'abord, en tranchant le litige, avoir pour vertu de rétablir l'après-contrat dans sa fonction primordiale qui consiste à libérer utilement les parties. En effet, alors que le contrat est éteint et appartient à une histoire déjà ancienne, les ex parties vont se retrouver emprisonnées dans un après-contrat contentieux, ne parvenant pas à liquider l'extinction. Pour leur permettre de tourner la page, le juge, dans sa mission de dénouer le différend, interrompt à cette occasion la relation postcontractuelle litigieuse, vers un après-contrat pacifié. Le contrat qui a précédé le litige ne change pas, mais c'est l'opposition conflictuelle des anciens contractants qui est apaisée par une régularisation de leur situation.

652.- La situation litigieuse redéfinie par le juge. Ensuite, la décision judiciaire peut défigurer l'après-contrat tel qu'il a été initialement façonné par les parties. En effet, pour exemple, alors que l'après-contrat de vente a opéré un transfert de propriété et établi les parties dans une nouvelle situation succédant à l'ancienne, une décision prononçant la nullité de la vente va plonger les parties dans la recherche d'un nouveau *statu postquam* comparable à la situation qui précédait l'opération. Les parties étaient déjà séparées, mais leur après-contrat succède désormais à un contrat critiqué, dont les effets ne peuvent perdurer – ces derniers étant atteints par les conséquences d'un vice. Ce sont donc les conditions et les effets de la séparation des parties qui se trouvent changés. Cette situation se retrouve également lorsque le juge use de son pouvoir d'interprétation, lequel aura pour résultat de redéfinir le contenu de la relation *inter partes*, impactant ainsi le droit de l'extinction.

653.- L'après-contrat écarté au profit de la survie du contrat. Enfin, la décision peut également avoir pour effet de révoquer l'après-contrat en replongeant les parties dans l'ancienne relation contractuelle. Cette nouvelle configuration est observable lorsque le juge ordonne la reprise des relations éteintes. Alors que les parties se sont séparées, le juge les réunit sous la contrainte. L'après-contrat disparaît au profit de retrouvailles souvent forcées pour l'un de cocontractant.

Ainsi, quand l'après-contrat fait son entrée sur la scène judiciaire, l'action se déroule dans un temps déterminant de l'avenir de la relation, mais aussi interprétatif du rapport passé. Assurément, « *l'œuvre du juge en matière contractuelle depuis plus de deux siècles constitue [...] une véritable œuvre de salut contractuel public* »²⁸⁷⁰. Mais le juge devient acteur dans la mise en scène contractuelle, au sein du schéma spécifique qu'est la séparation. Que les parties cherchent à se quitter, ou qu'elles se disputent postérieurement à leur histoire, que doit servir la dramaturgie judiciaire ? Entre le juge, le contrat et l'après-contrat, c'est en réalité un triangle amoureux qui se dessine : si le magistrat va s'efforcer d'être fidèle à la volonté des parties, il ne résistera parfois pas à quelques écarts. Tandis qu'il manifesterait son attachement à une certaine pérennité contractuelle, il lui fera également défaut en faveur de plus de liberté. Le contentieux de l'extinction est sans aucun doute une démonstration de l'étendue de l'office du juge, aussi bien en droit judiciaire privé que public. La panoplie des outils à la disposition du magistrat doit s'adapter au droit de l'extinction, lequel devient une occasion de renouveler l'office du juge, autant que le procès offre un renouveau à la relation *inter partes*.

²⁸⁷⁰ MAZEAUD D., « La place du juge en droit des contrats », RDC, 1^{er} juin 2016, n°2, p. 353.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

654.- Lien entre les clauses postcontractuelles et le contrat. L'après-contrat est un temps extérieur à la durée du contrat, mais il n'est pas toujours extérieur à son champ de prévision. Il incarne un avenir susceptible d'être organisé par les parties. Ces dernières imaginent leur lien au-delà de l'horizon formé par le terme extinctif. Le contrat embrasse alors sa postérité. Bien que la durée du contrat soit close, certaines obligations vont encore avoir un rôle à jouer, portées par des clauses destinées à la survie. Lorsque les contractants ont pourvu à la gestion de l'*après*, la relation est mieux armée pour faire face aux suites de l'extinction. Le contrat déborde alors de sa durée, dans le but d'assurer lui-même une régulation répondant aux besoins spécifiques des parties, une régulation « sur mesure ». Ses principales fonctions seront de pérenniser la relation, moraliser les comportements et sécuriser les transactions. Cette devise est axée sur un objectif partagé qui est l'optimisation économique du rapport contractuel. Prévoir l'après-contrat est un moyen pour les parties d'assurer la protection d'intérêts développés par le contrat. L'optimisation autogérée par la technique contractuelle montre combien le contrat ne se réduit pas à un acte juridique, mais incarne un instrument au service d'une relation humaine qui s'inscrit dans une structure métacontractuelle. Cette dernière est conçue pour adapter le contenu de la relation au contexte économique, juridique et social dans lequel les parties évoluent. L'après-contrat se trouve au sein de cette architecture, dans une zone intermédiaire entre le contrat et le monde extracontractuel. Faire vivre l'anticipation repose certainement sur l'usage de stipulations capables de trouver leur place en dehors de l'acte qui les a formées. Une dose d'autonomie est donc nécessaire afin qu'une clause régissant l'après-contrat puisse utilement déployer ses effets : il en va de sa mission, laquelle a généralement vocation à s'accomplir même en cas de disparition rétroactive de la convention.

655.- L'autonomie des clauses et la dimension relationnelle du contrat. L'après-contrat prend alors un certain recul par rapport à l'acte principal. Il s'en émancipe mais, en quelque sorte, pour mieux le servir. C'est pourquoi les obligations postcontractuelles autonomes ne peuvent être regardées comme accessoires. Elles sont dotées d'une essence propre ; incarnant même la quintessence de la relation en ce qu'elles expriment une forme irréductible d'intention contractuelle. Elles matérialisent un type de coopération résistant à toute extinction, coopération basée sur une politique des comportements. Cette dernière est en retrait par rapport à sa source d'origine, du fait qu'elle se nourrit directement d'une conception renouvelée de l'acte de contracter. L'acte juridique n'est pas nécessaire à soutenir la dimension relationnelle induite par la coopération. C'est pourquoi l'effet extinctif ne suffit pas à transformer les parties en tiers affranchis de tout engagement : subsiste la dette de comportement. De même que l'après-contrat non contractualisé transforme les parties en tiers-obligés, par le jeu d'une

régulation de source extracontractuelle, la présence d'obligations postcontractuelles de nature contractuelle renforce l'idée que les parties ne peuvent agir comme des étrangers. La persistance d'un lien est tangible, la force de l'engagement est plus grande. La portée du contrat dans le temps est donc accrue en ce qu'elle construit une extension du rapport obligatoire. C'est en cela d'ailleurs que le contenu contractuel de l'après-contrat peut être vu comme une ingérence de l'acte dans un temps de liberté.

656.- L'ingérence du contrat dans la liberté postcontractuelle. À ce titre, la validité des clauses postcontractuelles est conditionnée par un équilibre interne. L'atteinte aux libertés individuelles perpétrée par les restrictions postcontractuelles doit être légitime, nécessaire et proportionnée. La contractualisation de l'après-contrat n'est donc pas l'expression de pleins pouvoirs accordés aux parties, mais s'apparente davantage à une tolérance fondée sur un besoin utilitariste de stabilité et d'équité. Pour s'incorporer dans l'ordre juridique, le contenu postcontractuel doit se soumettre aux normes supracontractuelles. Ainsi, pourvu que la clause postcontractuelle soit équilibrée, l'ingérence se transforme en une limitation contrôlée des effets extinctifs. Parce que valables et conformes à la loi, les raisons soutenant l'existence d'un rapport obligatoire postcontractuel appelleront alors des sanctions en cas de violation des obligations. Le régime de responsabilité postcontractuelle est en principe contractuel, bien que la jurisprudence ait montré une pénétration de la responsabilité extracontractuelle. Encore une fois, l'après-contrat montre la mixité des rapports susceptibles de se développer entre les parties qui évoluent dans un temps et un espace juridiques en marge. L'efficacité de l'après-contrat n'est toutefois pas absolue, même dans le respect d'un équilibre interne.

657.- Une efficacité relative. L'adaptation des clauses au contexte dans lequel les parties chercheront à les mobiliser sera parfois un échec. Sortir de la durée du contrat c'est aussi sortir de la sphère relationnelle des parties et se confronter à un environnement juridique plus vaste. Les tiers en font notamment partie. L'anticipation des parties pourra ainsi être mise à l'écart par le jeu d'une procédure collective, tandis que la clause verra parfois son effectivité remise en cause au rythme de sa transmission dans une chaîne de contrats. Les règles caractéristiques de certains secteurs économiques pourront également interdire le recours aux restrictions postcontractuelles, protégeant par exemple le distributeur présumé économiquement dépendant de son fournisseur, ou la liberté de l'avocat qui ne peut être astreint à la non-concurrence dans son activité fondamentalement libérale. Mais ce sont aussi les parties elles-mêmes qui trouveront à redire à l'utilité de la clause postcontractuelles qu'elles ont formée. Elles renonceront alors au droit né de la stipulation, devant se conformer aux exigences imposées par la sécurité juridique lorsque la renonciation est unilatérale.

L'efficacité relative de l'après-contrat pourra toutefois être complétée par des mécanismes alternatifs proposés par les sources extracontractuelles.

658.- Des alternatives aux clauses postcontractuelles. La déontologie, les obligations de garantie, le *soft law*, le droit de la propriété industrielle ou de la concurrence déloyale, sont autant d'offres juridiques susceptibles d'être exploitées par les parties en quête d'une régulation complémentaire. L'expiration de la clause de non-concurrence ne laissera donc pas sans protection un contractant évincé : il pourra invoquer la garantie légale d'éviction. De même, les pratiques déloyales d'un confrère avocat relèveront du droit pénal, de la responsabilité extracontractuelle et du droit disciplinaire. L'autorégulation sera également un choix fait par certains acteurs économiques pour lesquels la réputation, la confiance et la coopération ont une valeur économique, donnant une fois de plus à voir que l'après-contrat met en jeu l'optimisation des intérêts des parties.

659.- L'après-contrat éclairé par le procès. Enfin, la loi des parties sera confrontée au juge. C'est de façon plus générale que le droit de l'extinction et de ses suites se heurte à des limites mises en lumière sur la scène judiciaire. Que les contractants aient anticipé ou non leur après-contrat, le recours au juge mettra en perspective les droits substantiels des parties avec leurs droits procéduraux. Parallèlement, c'est l'office du juge qui se renouvellera à l'occasion du contentieux de l'extinction, tandis que son intervention permettra parfois de donner un nouveau souffle de vie au contrat éteint. Le litige, qu'il soit purement postcontractuel ou qu'il vise l'entrée dans le *statu postquam*, offre le spectacle du droit de l'après-contrat en marche.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Vous voudriez mesurer ce qui dépasse toute mesure et ne se laisse mesurer : le temps. Vous aimeriez régler votre ligne de conduite mais encore diriger le cours de votre esprit selon vos montres et vos calendriers. (...) Mais si dans votre pensée vous devez mesurer le temps en saisons, que chaque saison enlace toutes les autres, Que chaque jour garde souvenance de sa veille en la serrant fort dans ses bras, et que chaque jour languisse après son lendemain en lui tendant bien loin ses mains »²⁸⁷¹.

660.- *Tempus edax rerum*²⁸⁷². L'esprit humain est résolument tourné vers l'avenir, ce qui lui vaut une obsession aussi fugitive que rétrospective, celle de l'*après*. Et après ? Au travers des sciences juridiques, la frustration des Hommes est palpable : ils aimeraient maîtriser le temps, faire que demain ne soit plus un mystère, pérenniser ce qui est pourtant éphémère²⁸⁷³. Mais les relations au temps sont vertigineuses²⁸⁷⁴. Droit et temps souffrent en effet d'une inégalité d'échelle et la comparaison « *suscite l'effroi* »²⁸⁷⁵, entre le droit à dimension anthropologique et la voracité destructrice de *Chronos*. Toutefois, parce que le contrat est expression de volontés, il s'inscrit nécessairement à l'intérieur du temps qui donne pour perspective l'avenir et « *tire sa dynamique du désir, du besoin de satisfaction* » : « *le futur résulte de l'activité tendue vers ce qui lui manque* »²⁸⁷⁶. Ainsi, « *le temps est vivant et la vie est temporelle* »²⁸⁷⁷. C'est pourquoi le droit des contrats ne peut faire l'économie de la gestion du temps : ce dernier devient un outil de maîtrise des relations sociales et des obligations qui les gouvernent, mais aussi un instrument de mesure des engagements. Cependant, si les actes qu'un contractant a « *scellés du sceau de son approbation, devaient aller à l'immortalité* »²⁸⁷⁸, les engagements en deviendraient perpétuels, ce que la loi prohibe²⁸⁷⁹. La norme contractuelle n'est donc qu'un ordre momentané. L'acte juridique connaît un terme extinctif. C'est ce qui rend l'engagement compréhensible dans sa substance,

²⁸⁷¹ GIBRAN Kh., « Le Temps », in *Le prophète*.

²⁸⁷² Le temps détruit tout.

²⁸⁷³ AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, th. LGDJ, Paris, NERSON R. (Préf.), 1969, n° 1 ; LAVEFVE-LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, Bibliothèque de droit privé, t. 447, LGDJ, pp. 1-4, 11 et s.

²⁸⁷⁴ La conception du temps est un élément perturbateur, surtout lorsqu'elle se mêle au droit. Plus le temps est conceptualisé, plus sa compréhension échappe à la conscience humaine, alors que le droit est pour sa part une science constructiviste, en quête de cohérence et de systématisation. En ce sens, d'aucuns font remarquer que la notion de temps s'impose davantage « comme une entrave que comme une aide. L'exclure des explications doctrinales permettrait de leur conférer une plus grande cohérence et une plus grande efficacité », in COLONNA D'ISTRIA F., *Temps et concepts en droit des obligations, Essai d'analyse méthodologique*, th. Aix-Marseille III, 2009, n° 8.

²⁸⁷⁵ ETIENNEY A., *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 475, LGDJ, p. 1.

²⁸⁷⁶ EMERY E., *Le temps et la musique, I. Temps et dialectique de la durée, II. Dialectique de la durée dans l'art musical*, L'Age d'Homme, Lausanne, 1998, p. 96.

²⁸⁷⁷ BACHELARD G., *La dialectique de la durée*, 1950, Bibliothèque numérique « Les classiques des sciences sociales », <http://classiques.uqac.ca>, p. 15.

²⁸⁷⁸ MARMONTEL J.-F., *Contes moraux*, t. 3, Dabo-Butschert, Paris, 1826, p. 14.

²⁸⁷⁹ Cf. *infra* n° 57 et s.

mais aussi dans son ampleur²⁸⁸⁰. Or « *la théorie classique ne se préoccupe plus guère de ce qui suit ce terme, puisque le contrat est considéré comme éteint* »²⁸⁸¹. L'approche doctrinale de la fin a pu ainsi être critiquée en ce qu'elle rompt avec le réalisme contractuel²⁸⁸². Lui succède alors progressivement un nouveau droit, celui de l'« *après* ». L'après-contrat a ainsi quelque chose d'évanescent, c'est ce qui fait certainement la difficulté de son appréhension, mais aussi tout son intérêt.

661.- Dualisme des suites de l'extinction. Une dualité se fait néanmoins sentir lorsqu'il s'agit de cerner les suites de l'extinction : la fin du contrat est censée laisser place à la liberté portée par l'effet extinctif, mais le souffle du contrat trouve un chemin pour s'infiltrer dans la situation postcontractuelle et orienter encore le comportement des ex-parties. L'ambivalence de l'extinction est due au fait que la fin du contrat marque la prise d'effet d'une situation nouvelle autant qu'elle subit les conséquences de la situation antérieure. L'extinction est donc à la fois un point d'arrivée et un nouveau point de départ, créant ainsi un certain flou sur sa temporalité. La doctrine classique envisage la fin du contrat comme un « *coup de foudre* » de l'instant²⁸⁸³. Pour cette raison, lui a effectivement été reproché un manque de réalisme juridique, lequel montrerait que la fin s'installe en réalité progressivement, formant un mouvement dans le temps, et contestant ainsi l'existence d'un après-contrat qui ne serait, en définitive que le contrat en fin de vie. Ce serait toutefois confondre l'acte extinctif, instantané, et ses effets, durables : « *point de départ, la prise d'effets évoque inévitablement l'instant et sa radicalité : il y a un « avant » et un « après ».* *L'étalement ne fait pas que diversifier les instants décisifs : subordonnant l'entrée en vigueur d'une partie des obligations à la conjonction d'événements, il l'inscrit dans une durée qui, comme tous les passages temporels, relève tout à la fois du passé, du présent et du futur* »²⁸⁸⁴. Alors que l'acte formateur du contrat marque la prise d'effet de la convention, la fin du contrat marque quant

²⁸⁸⁰ Cf. l'importance du formalisme dans l'engagement de la caution, dont le consentement éclairé dépend notamment de la clarté de l'information relative à la durée de l'engagement : Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2015, Bull. civ. à paraître, pourvoi n° 14-24.287, RTD civ. 2015. 916, obs. CROCQ P. ; D. 2016. 1955, obs. AUBRY H. ; JCP E 2016. 2231, obs. BROCARD E. ; RLDC 2015/131, p. 25, note LE GALLOU C. ; JCP G 2015, 1069, obs. PELLIER J-D. ; RD bancaire et fin. 2015, comm. 153, obs. CERLES A. ; Gaz. Pal. 10 nov. 2015, n° 247h3, p. 24, obs. PAILLER P. ; Gaz. Pal. 8 oct. 2015, p. 18, obs. PIEDELIEVRE S. ; Gaz. Pal. 1^{er} oct. 2015, n° 238h3, p. 9, obs. MIGNOT M. : pour la Cour, le simple renvoi à la durée mentionnée dans l'acte ne suffit pas à remplir la condition d'information de la caution, faisant ainsi encourir la nullité au cautionnement. *Adde* ROUQUET Y., « Cautionnement sans indication de durée et renouvellement du bail », AJDI 2005. 908 et p. 2103. *Adde* LA VAISSIERE F. (de), « Durée d'engagement de la caution », AJDI 2010. 376 ; CRDP Nancy II, « Portée du cautionnement lorsque la caution s'engage jusqu'à l'extinction des obligations du locataire », D. 2002. 1723 ; (Coll.), « Technique contractuelle », JCP E 2016. 1021, n° 4 ; SANA-CHAILLE DE NERE S., J-cl. C. civ., Art. 1304 à 1314, Fasc. 10, « Contrats et obligations - Nullité ou rescision des conventions - Généralités : nullité », n° 76 ; KLEINER C. et PORCHERON D., « Ce que la caution doit savoir avant de garantir un emprunt étranger », JCP E 2015. 1587.

²⁸⁸¹ FONTAINE M., « *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in *Festschrift für KARL H. NEUMAYER*, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 225.

²⁸⁸² Cf. *supra* n° 61 et s.

²⁸⁸³ Cf. *supra* n° 62 et s.

²⁸⁸⁴ REVET Th., « La prise d'effet du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 29, comparant la prise d'effet du contrat à l'entrée en vigueur de la loi.

à elle la prise d'effet de l'extinction. À partir de là, se côtoient donc des effets contractuels et des effets extinctifs, dans une interpénétration des événements dans le temps ; sans que cela n'amène à reconsidérer l'instantanéité de l'extinction qui sert précisément de repère fondamental à l'identification de la durée de l'acte juridique. Ce n'est pas la conception de la fin qui mérite d'être frondée pour son manque de réalisme, mais bien celle du contrat lui-même. Les mutations progressives de la figure contractuelle, de ses liens avec le droit processuel et les droits spéciaux ont permis de nourrir une approche dynamique du rapport contractuel, et mis en lumière la nécessité de prévoir l'après-contrat. Des modes de stabilisation et d'optimisation des suites du contrat se sont développées, notamment au travers de la technique contractuelle et de régimes légaux. Des textes spéciaux aux règles de droit commun, la période postcontractuelle n'est certainement pas celle du néant juridique, elle est celle d'un contenu plus ou moins anticipé. Elle traduit une situation nouvelle vers laquelle les parties se sont, ou ont été orientées : *le statu postquam*. Digne homologue du *statu quo ante*, il sert à mesurer les effets contractuels et à apprécier la portée de l'extinction, montrant que les obligations durent au-delà la clôture de la durée du contrat. Parallèlement, l'après-contrat s'est révélé être un excellent miroir des changements de paradigme qui touchent le droit des contrats, montrant le besoin de renouvellement de la théorie classique.

662.- Le besoin de renouvellement de la théorie classique. Le contrat est classiquement présenté comme une œuvre portée par un libéralisme philosophique et économique²⁸⁸⁵. Il incarne en ce sens l'expression et le symbole d'une liberté privée dans sa rencontre avec la volonté d'autrui²⁸⁸⁶. Il représente en effet une autocratie conciliatrice d'intérêts pluraux, en tant que pacte des volontés devant être respectées : *pacta sunt servanda*. Néanmoins, qu'il s'agisse des moments de liberté exploités pour s'engager (la période précontractuelle), du temps de l'engagement résultant de l'aliénation (la période de l'exécution), ou de la situation nouvelle qui suit l'extinction (la période postcontractuelle), la somme existentielle du contrat décrit une relation coopérative, laquelle sert à instituer un cadre intentionnel propre à régir et ordonner une expérience partagée. L'utilitarisme de l'engagement dépasse ainsi la seule durée du contrat. La liberté des parties va subir une charge obligationnelle dont le poids se fera encore sentir après la fin de la convention. En ce sens, le contrat, après être devenu la chose des parties dans l'exercice de leur droit, fait de celles-ci les serviteurs d'une norme dépassant le seul acte juridique : « *le contrat, c'est l'homme qui s'est enchaîné lui-même, mais c'est l'homme enchaîné* »²⁸⁸⁷. La réunion des

²⁸⁸⁵ HAUSER J., *Les contrats*, Col. Que sais-je ?, PUF, 1^{ère} éd., 1977, Paris, p. 5 et s.

²⁸⁸⁶ HAUSER J., *Les contrats*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 1^{ère} éd. 1977, Paris, p. 3 : « *L'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de faire naître des obligations est sans doute aussi ancien que l'activité humaine sur la terre. Il participe peut-être à cette lutte contre l'isolement que mène l'homme et lui assure une efficacité que seul, il ne pourrait espérer* ».

²⁸⁸⁷ MORIN G., « Vers un ordre juridique nouveau de la vie économique », *Revue de Métaphysique et de Morale*, t. 44, N° 4 (Octobre 1937), pp. 781-791.

deux critères que sont la liberté et l'utilité contractuelles n'est jamais qu'un point de départ de l'engagement, lequel doit être mis en perspective dans un sens plus totalisant.

663.- Comprendre le contrat comme une somme totalisante. En effet, le contrat ne peut être réduit au seul acte juridique. Il doit être vu au travers d'un espace relationnel dans laquelle il s'intègre, c'est-à-dire dans sa somme existentielle. La relation contractuelle apparaît alors comme un totalitarisme régulé, dont le produit est la rencontre entre le système de valeurs spécifiquement défini par l'acte juridique et l'environnement dans lequel il s'inscrit²⁸⁸⁸.

Elle est totalitaire en ce qu'elle « *rend ou tente de rendre compte de la totalité des éléments d'un phénomène* »²⁸⁸⁹ ; à savoir l'addition existentielle de l'avant-contrat, du *pendant-contrat*, et de l'après-contrat.

Toutefois, la dernière phase de la trilogie contractuelle est un lieu de confrontation des pouvoirs désunifiés : l'extinction de la norme éloigne les volontés qui s'étaient rapprochées le temps du contrat. Sensible aux impératifs de sécurité et d'équité, le législateur a construit des mécanismes formant un après-contrat standardisé. L'autorégulation a quant à elle développé des mécanismes postcontractuels sur mesure. Dans les deux cas, la fonction de la régulation est directement inspirée de devoirs comportementaux généraux, dans une optique d'optimisation d'une économie postcontractuelle. Le droit de l'extinction et de ses suites pose clairement l'enjeu d'une coopération postcontractuelle dans le but de créer une déontologie sécurisant les transactions, laquelle est à même de maximiser la protection des intérêts économiques et de minimiser les risques de pertes susceptibles de se réaliser une fois l'opération contractuelle achevée. Tel est le *leitmotiv* qui transparaît dans les suites de l'extinction. Mais doit être constaté un certain cloisonnement entre les réflexions qui nourrissent ces préoccupations : technique contractuelle, droit du travail, droit commercial, droit de la propriété intellectuelle, droit de la consommation, etc. Dans cette diversité foisonnante, des lignes directrices sont pourtant visibles. Quels que soient les particularismes propres à la matière étudiée, peu importe les sources de droit, le moment de l'extinction offre avec constance les mêmes configurations.

664.- Les configurations postcontractuelles. La situation qui résulte de la séparation laisse s'insérer dans l'ordre juridique un ensemble de faits et d'effets provoqués par l'acte extinctif et par le contrat. C'est pourquoi l'après-contrat est composite, pouvant être matérialisé par une situation aux

²⁸⁸⁸ C'est d'ailleurs pour cette raison que d'aucuns refuse de reconnaître en le contrat une règle de droit : ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005, p. 234.

²⁸⁸⁹ V° « Totalitaire », é.g. décrit comme ce « *qui englobe ou tente d'englober la totalité des éléments d'un ensemble donné* », in Ortolang (Outils et Ressources pour un Traitement Optimisé de la LANGue), Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS et ATILF : <http://www.cnrtl.fr>.

contours variables. Il peut effectivement reposer sur un caractère d'extranéité tant temporel que substantiel par rapport au contrat. Cette extranéité peut être simple, parfaite, ou imparfaite.

665.- L'extranéité simple : exclusivement temporelle²⁸⁹⁰. L'extranéité simplement temporelle concerne le cas du contrat après le contrat. Se forment des rapports formalisés qui, tout en succédant à l'extinction d'un acte initial, sont de nature contractuelle. L'exemple est offert par le contrat renouvelé, mais aussi par les clauses aménageant la période postcontractuelle telles que les obligations de non-concurrence, de confidentialité, clauses catalogues, etc. L'après-contrat repose donc sur une extranéité simplement temporelle : le temps est extérieur au contrat initial mais on peut encore observer, comme dans un débordement d'obligations au-delà de l'extinction, le contrat en-dehors de son temps. Un lien obligatoire postérieur existe entre les parties ; il est régi par une norme contractuelle qui en tant que telle engage la responsabilité contractuelle des parties.

666.- L'extranéité parfaite : temporelle et substantielle. Le contrat a cessé, ne s'est pas renouvelé, et n'a prévu aucune clause postcontractuelle. L'après-contrat est alors dépourvu de contenu contractuel, soumettant les comportements au régime de la responsabilité extracontractuelle. Il est dissocié du contrat : c'est un temps hors du contrat et libéré de la loi contractuelle. L'exemple de l'extranéité à la fois temporelle et substantielle est alors donné, en l'absence de clause postcontractuelle, par les actes de concurrence déloyale pouvant être pratiquée par un ancien employé ou collaborateur à l'issue de la relation contractuelle. Les faits de concurrence déloyale peuvent notamment reposer sur la captation de la clientèle auprès de laquelle un ancien contractant avait été mis en contact. Plus aucune loi contractuelle n'ayant vocation à régir le rapport de droit ou de faits que les ex-parties peuvent entretenir, le contrat est purement astreint au rang de fait juridique. Les rapports postcontractuels sont gérés par des dispositions de source extracontractuelle, mettant en jeu la responsabilité du même nom ou des sanctions disciplinaires. Les faits postérieurs sont de plus étrangers à la bonne exécution passée ou l'interprétation du contrat passé. Pourtant, ils méritent d'être mis en perspective avec l'ancienne relation, puisqu'ils sont une conséquence de l'expérience contractuelle.

667.- L'extranéité imparfaite. Il existe des situations dont la lecture est plus ardue. L'après-contrat est temporellement et substantiellement extérieur au contrat, mais la responsabilité contractuelle trouve à s'appliquer. En témoignent les obligations tirées de la garantie légale des vices cachés, ou à la responsabilité décennale, laquelle relève de la responsabilité contractuelle en droit privé et extracontractuelle en droit public. De même, la portée de l'obligation de bonne foi ou de sécurité posent

²⁸⁹⁰ Dans tous les cas, il n'est possible de parler d'après-contrat que si le critère de l'extranéité temporelle est satisfait. C'est ce qui permet d'identifier la postériorité d'un temps qui succède au premier.

la question du régime de responsabilité applicables lorsqu'une faute survient postérieurement à l'extinction. Apparaît un après-contrat doté d'une mixité entre le domaine de la loi contractuelle et celui du régime extracontractuel. Cette mixité est due à une forme de solidarité qui peut exister entre le temps de l'exécution et celui des effets extinctifs, dans un but de suivi des effets de l'engagement.

Dans la pluralité de configurations susceptibles de naître à la suite de l'extinction, c'est la notion d'équilibre postcontractuel qui s'avère transversale.

668.- À la recherche de l'équilibre postcontractuel. La notion d'équilibre est une arche fondamentale du droit en général, mais elle étaye particulièrement le droit des obligations. Dans le contrat, elle peut guider le législateur, dans la conception de la norme imposable aux parties, comme le juge, dans son interprétation de la loi privée. Le contrat lui-même est l'expression d'un certain équilibre. Il traduit la rencontre de volontés individuelles qui, appelées à défendre des intérêts particuliers, doivent savoir satisfaire chaque partie contractante. L'équilibre permet de mesurer et de juger les forces réparties de part et d'autre, autant que le contenu des droit et obligations. Il existe également dans la conciliation entre la loi privée et la loi impérative. Il est appelé à se manifester aussi bien dans les règles de formation du contrat que dans celles de son extinction, et, évidemment durant la vie du contrat.

En effet, précisément, il transcende la durée de ce dernier, s'exportant en-dehors du seul acte juridique et pénétrant ainsi le temps extracontractuel. Les temps précontractuel, contractuel et postcontractuel forment ensemble les éléments d'un même ensemble, lequel dessine une sorte de métacontrat, résultat d'une somme existentielle de la relation entre les parties²⁸⁹¹. L'avant-contrat, pour sa part, peut indiquer la protection d'un équilibre à l'aube de relations balbutiantes, pas encore tout à fait instaurées. L'après-contrat, quant à lui, ne peut s'affranchir d'une valeur que ne connaît en principe pas la période précontractuelle ; cette valeur incontournable est tirée du poids du passé, elle consiste en un historique *inter partes*. Il se caractérise même par une soif d'équilibre patente, en ce qu'il supporte les conséquences du passé contractuel sans être pour autant nécessairement une période formalisée. C'est pourquoi le cœur de l'après-contrat, sa raison d'être, repose sur l'inspection permanente d'un équilibre relationnel. Ce dernier a plusieurs aspects dans le but qui le soutient, ce qui donne un enjeu postcontractuel immédiat, mais il se manifeste aussi sur différents plans d'existence, ce qui donne un enjeu de fond.

669.- L'enjeu immédiat. L'enjeu immédiat de l'après-contrat se concentre autour d'objectifs récurrents, bien que très différents selon les situations. Il s'agit, à l'issue de la durée du contrat, de déterminer quel est l'équilibre qui doit succéder à l'extinction : instaurer un équilibre nouveau,

²⁸⁹¹ Cf. *supra* n° 135, 231, 382, 654.

retourner à un équilibre antérieur, rechercher un équilibre transitoire, ou encore maintenir un équilibre existant. Est mis en question l'équilibre *des droits* postcontractuels.

670.- L'enjeu de fond. L'enjeu de fond repose sur la nécessité de déterminer un équilibre dans la construction plus objective de l'après-contrat : entre force obligatoire et force libératoire, entre les recours aux régimes contractuel et extracontractuel, ou entre libéralisation et moralisation des comportements postcontractuels. Est recherchée une harmonie de système, c'est l'équilibre *du droit*.

671.- Le point de rencontre. La recherche d'équilibre dans un environnement soumis à la force libératoire de l'extinction et aux effets du contrat passé s'articule autour de la notion de régulation ; laquelle permet de comprendre ensemble le socle de l'équilibre des droits et le rôle de l'équilibre du droit. Le temps de la contrainte étant passé, l'intervention des obligations dans un temps de liberté doit effectivement être maîtrisée. La prise en compte du phénomène postcontractuel est alors révélatrice de l'empreinte sociologique du contrat.

672.- L'après-contrat, résultat d'une empreinte sociologique du contrat. Si le contrat est envisagé classiquement comme un acte isolé, intervenant entre des tiers transformés en contractants après l'échange des consentements, de même, l'extinction aurait pour effet symétrique de rendre aux parties leur qualité de tiers. Mais l'attraction de la relation contractuelle passée crée une influence sur le temps postérieur : un lien s'est tissé entre les intéressés et reste visible, par le prisme contractuel, post-expiration. Même si le temps postcontractuel n'a pas été préparé ou anticipé par la loi privée, le contrat a fait naître une situation dans laquelle transparaît encore le sillage de l'obligation. Les postcontractants ne sont certes plus des « contractants », mais pas tout à fait des « tiers » pour autant. Reflet de l'interpénétration du passé, du présent et du futur, la force de l'engagement crée une liaison entre la durée du contrat et le temps postcontractuel : c'est le changement de perspective qui permet d'observer la portée du contrat et de son extinction depuis l'après-contrat. La dimension relationnelle du contrat est l'élément conciliateur de ce phénomène globalisant qui permet de soutenir, même en l'absence de lien formalisé, l'existence juridique d'obligations variées. Les postcontractants vont s'avérer être des *tiers-obligés*. Ils seront **garants** de l'utilité du contrat. Même contractualisées, les obligations postcontractuelles répondent à des besoins qui s'insèrent dans un ordre structurant. Fédérées par le devoir de bonne foi et orientés vers l'optimisation économique du retour à la liberté, elles font donc de l'après-contrat un temps contrôlé par les normes légales ou autorégulé par les acteurs économiques.

673.- L'après-contrat, pour synthétiser le parcours contractuel. En conséquence, l'après-contrat en droit des obligations invite à la reconstitution du parcours contractuel des parties, celui qui les a

menées d'un point de départ à un certain point d'arrivée, au risque qu'il soit différent de celui escompté. Contrat et après-contrat doivent nécessairement dialoguer : c'est le prix de la cohérence de l'ensemble de la relation entre les parties. Au sein de la théorie générale de l'obligation, l'après-contrat se présente à ce titre comme la pièce manquante de la synthèse contractuelle. Il vient parfaire l'édifice de la théorie générale qui s'arrête souvent aux portes de la période postcontractuelle, alors qu'elle prend en compte par ailleurs l'existence de la période précontractuelle. La prise en compte de l'après-contrat permet un éclairage nouveau sur la théorie générale, et mérite tant l'intérêt de la doctrine que celui des acteurs économiques désireux de mieux gérer leur relation dans le temps. Certainement, dans le puzzle conceptuel que peut former la relation contractuelle prise dans sa globalité, s'affirme toujours « *le soin de faire progresser, et éventuellement terminer, la résolution complète* »²⁸⁹². C'est ce à quoi, notre étude sur l'après-contrat espère avoir pu contribuer.

²⁸⁹² KOURGANOFF V., *La recherche scientifique*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 165, Paris, p. 63. Rapp. n° 16.

ANNEXES

ANNEXES

Afin d'explorer la dimension pratique de notre sujet, nous avons souhaité nous entretenir avec des professionnels susceptibles d'apporter un éclairage sur le suivi dans le temps de la relation avec le client, au travers des obligations de garantie.

Malgré l'envoi d'un questionnaire à plusieurs dizaines de destinataires, nous avons essuyé de nombreux refus, invoquant notamment le secret professionnel, ou absences de réponses. Plusieurs échanges ont eu lieu par téléphone ou par courriers électroniques, mais les réponses apportées étaient souvent partielles ou inexploitable en l'état.

Toutefois, deux entretiens se sont révélés pertinents et intéressants. Dans les annexes qui vont suivre, le premier document est une reproduction du courrier et du questionnaire originaux adressés aux personnes interrogées. Le deuxième est la retranscription d'un riche entretien téléphonique. Le troisième document a été directement rédigé par notre interlocuteur. Dans ce dernier entretien, afin de respecter la confidentialité relative à l'identité de la marque, certains mots ont été adaptés dans le texte.

Le contenu de ces entretiens permet de mettre en évidence le fait que les obligations de garantie, plus qu'un cadre légal de protection du consommateur, est un outil économique de fidélisation de la clientèle et de valorisation de l'entreprise ou de la marque sur le marché. Alors que le contrat de vente est un contrat à exécution instantanée, les obligations de garantie sont un moyen d'assurer une prise en charge de la relation dans la durée, mais aussi de provoquer une relation commerciale suivie.

Nous tenons à remercier les personnes qui ont bien voulu m'accorder un peu de leur temps, pour leur gentillesse et leur sincérité dans les réponses apportées.

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

Madame, Monsieur,

J'ai l'honneur de m'adresser à vous dans le cadre de mon travail doctoral.

Je rédige une thèse sur « *L'après-contrat* », dans le cadre de mes recherches au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

Je m'intéresse notamment aux obligations de garantie à la charge du vendeur et du constructeur. Plus précisément, je cherche à analyser et définir la conception de la garantie en droit français, et la réception ainsi que l'utilisation qui en sont faites par les acteurs économique.

Pour cela, je serais très heureuse de pouvoir recueillir des informations de terrain. En effet, si la garantie est systématiquement envisagée du côté du droit de la consommation, je souhaiterais intégrer dans mon étude son aspect économique pour les entreprises.

Ainsi, serait-il possible de poser quelques questions à l'enseigne pour laquelle vous travaillez ?

J'ignore si vous-mêmes êtes disposé à répondre à mes questions. Si tel devait être le cas, vous trouverez ci-joint un questionnaire, en espérant qu'il vous plaira d'y apporter vos réponses. Sinon, serait-il possible de m'orienter vers une personne susceptible de m'aider dans ma démarche ?

En vous remerciant pour votre attention, j'espère que vous pourrez trouver le temps de me répondre.

Je reste à votre entière disposition pour toute question ou entretien éventuels.

Avec mes salutations les plus respectueuses,

Hania Kassoul

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

QUESTIONS :

- 1) Les garanties légales sont obligatoires, à la charge du vendeur et du constructeur, sans contrepartie de la part du consommateur. Est-ce que le coût du service après-vente/garantie constructeur est intégré dans le calcul du prix de vente ?
- 2) Comment est-il intégré, anticipé, calculé ? Comment définiriez-vous ce poids financier ?
- 3) Comment percevez-vous ces obligations légales ? Les entreprises en font des arguments de confiance, de fiabilité et de qualité. Quelle valeur attribuez-vous à votre service après-vente/vos obligation de constructeur ?
- 4) Auriez-vous quelques chiffres sur ce service ? Proportion de contrats concernés annuellement par exemple ? Ou encore chiffrage du coût annuel pour l'entreprise.
- 5) Proposez-vous au surplus une garantie commerciale ? Quel rôle économique joue-t-elle ?
- 6) Les obligations de garantie ont-elles un impact sur les relations avec vos fournisseurs ? Lequel ? Comment transforme-t-elle le rapport de négociation des prix ? En cas de produits défectueux livrés par votre fournisseur, que faites-vous ?
- 7) Compte-tenu des obligations qui vous incombent, quand diriez-vous que le contrat entre vos clients et vous prend véritablement fin ?
- 8) À partir du 18 mars 2016, tous les défauts de conformité apparaissant pendant les 2 ans (au lieu de 6 mois) suivant l'achat, à l'exception des biens d'occasion dont le délai sera maintenu à 6 mois, sont présumés exister au moment de la vente. Le consommateur n'aura pas à en apporter la preuve : c'est au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la vente. Que pensez-vous de cette mesure ? A-t-elle un impact significatif pour votre entreprise ?
- 9) Pensez-vous qu'en matière de construction automobile, la garantie doit être conditionnée à l'entretien du véhicule par l'acquéreur chez le constructeur ? (si vous êtes concerné)
- 10) Selon vous, quelle la fonction principale des obligations de garantie ?
- 11) M'autorisez-vous à citer votre enseigne dans l'exploitation des informations fournies dans ce questionnaire ?
- 12) M'autorisez-vous à reproduire vos réponses écrites dans les annexes de ma thèse ? Au besoin, selon votre réponse à la question 11, une telle reproduction ne mentionnera pas le nom de l'enseigne et les informations permettant son identification.

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures
UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

ENTRETIEN AVEC DENIS VITELLARO.

DIRECTEUR DES SERVICES TECHNIQUES CHEZ FIAT SPA

17/12/2015

Directeur Rental

Leasys France

Jun 2016 à aujourd'hui

Directeur des Services Techniques

Fiat Spa

avril 2013 – juin 2016

Directeur de la relation Client & Mobilité

Fiat Group

avril 2010 – mai 2013 (3 ans 2 mois)

Marketing LCV

Fiat Spa

janvier 2005 – avril 2010

Budget de fidélisation

Qualité du service

Contrat des prestataires

Contrat d'assistance, management, et processus réseau.

Mesure de la satisfaction Clients et programmes visant à l'amélioration de la qualité du réseau

1) **Les garanties légales sont obligatoires, à la charge du vendeur et du constructeur, sans contrepartie de la part du consommateur. Est-ce que le coût du service après-vente est intégré dans le calcul du prix de vente ?**

Le prix de la garantie est impacté sur le prix de vente après une étude de coûts. À partir de cette évaluation, le constructeur conçoit un budget de provisions dont le seul objet est de couvrir les frais liés à l'exécution de la garantie. Si une intervention a lieu dans le réseau en service après-vente, le concessionnaire va facturer le constructeur qui prendra sur les provisions. Si le montant annuel des dépenses en garantie excède celui des provisions, le constructeur prend sur sa marge.

3) **Comment percevez-vous ces obligations légales ? Les entreprises en font des arguments de confiance, de fiabilité et de qualité. Quelle valeur attribuez-vous à votre service après-vente ?**

La garantie participe clairement à un objectif de satisfaire le client.

Les garanties jouent un grand rôle économique de fidélisation car ce sont elles qui permettent de maintenir le client dans le réseau de la marque : il reste pour entretenir son véhicule. Des clients

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

ignorent d'ailleurs que la garantie se poursuit hors réseau. Ils partent à partir de la troisième année chez MIDAS pour entretenir leur véhicule.

4) Auriez-vous quelques chiffres sur votre service après-vente ? Proportion de contrats concernés annuellement par exemple ? Chiffrage du coût pour l'entreprise.

Les chiffres précis sont confidentiels. Globalement on peut estimer à – de 5% le nombre de véhicule vendu faisant l'objet d'une exécution de garantie. Ce qu'on appelle « *sinistralité* » des véhicules est variable selon les modèles. Un modèle a déjà pu revenir à 100% la première année suivant la vente. Mais dans l'ensemble, le taux de présentation en service après-vente est de – de 10%. Une des préoccupations principales du service après-vente concerne les campagnes de rappel, pour mettre à jour les véhicules. Les obligations du constructeur sont très fortes lorsqu'il est question de sécurité. Les véhicules concernés peuvent encore être sous garantie ou être déjà hors garantie. **Le critère du temps écoulé n'est donc pas important.** Ce sont les numéros de véhicules concernés qui diront combien de véhicules sont concernés, indépendamment de la garantie. Si la liste est de 5000 véhicules, ce seront 5000 véhicules rappelés, y compris sur les vieilles voitures, même 10 ans après la vente. Un exemple a été donné récemment sur un modèle Jeep Cherokee de 2002 rappelé cette année : soit un véhicule âgé de 13 années. Nous sommes très attachés à nos obligations en matière de campagne de rappel, d'autant que Chrysler a été condamné récemment aux USA pour manquements dans ses campagnes de rappel, et à payer 70 millions de dollars. Il s'agissait d'un airbag passager défectueux sur un de ses modèles. Les campagnes de rappel n'engagent aucun frais pour le client.

-Comment les propriétaires de véhicules rappelés réagissent-ils ?

Globalement, la majorité des propriétaires dont le véhicule est rappelé considère la campagne comme un gage de qualité, et une minorité comme un dérangement.

-Que se passe-t-il si les personnes concernées ne présentent pas ou refusent de présenter le véhicule rappelé au concessionnaire ?

Si un client ne vient pas malgré nos courriers, tant pis. D'autant que nous insistons dans les courriers de rappel sur les impératifs de sécurité et prêtons attention à la formulation pour interpeler le client sur l'importance du rappel.

Pour contacter les propriétaires des véhicules concernés, nous utilisons des bases de données du Ministère de l'Intérieur, bases de données que **nous n'avons pas le droit d'utiliser à des fins *marketing***. Nous effectuons des copies de chaque courrier pour justifier du rappel. Concernant la délivrance du courrier, c'est au client d'assumer la continuité de sa domiciliation.

5) Proposez-vous au surplus une garantie commerciale ? Quel rôle économique joue-t-elle ?

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

Bien sûr, nous proposons des garanties contractuelles, des extensions de 3, 4 ou 5 ans. **C'est un argument commercial important.** Elle est conçue à partir d'une étude de coût et de marché qui permettront d'en définir le contenu et la marge. Nous prêtons attention à la concurrence afin de rester concurrentiel.

6) Les obligations de garantie ont-elles un impact sur les relations entre le vendeur et le fournisseur ? Lequel ? Comment transforme-t-elle le rapport de négociation des prix ? En cas de produits défectueux livrés par le fournisseur ou le constructeur, quelle stratégie avez-vous développé ?

Le concessionnaire doit appliquer les obligations de garanties. Nous ne prévoyons aucune clause contractuelle pour disposer de ses obligations. Nous n'avons pas de politique particulière.

En revanche, nous appliquons une politique de « geste commercial ». Ainsi, **même si le client n'est plus sous garantie, nous pouvons par exemple appliquer un geste commercial en offrant une remise de 5%.** Cela est laissé au libre arbitre du concessionnaire. **Le geste commercial est financé par les provisions prévues pour les garanties.** Un pourcentage des provisions est effectivement affecté pour cela.

Lorsque le concessionnaire effectue une réparation, nous lui remboursons la main d'œuvre. Le calcul se fait chaque année. Il existe une grille système de qui prévoit une évaluation du temps passé pour chaque type d'intervention. Par exemple, si nous estimons qu'un remplacement de turbo d'une Fiat Punto nécessite 1h50, nous remboursons le concessionnaire sur cette base, même s'il lui a fallu 3 heures pour faire l'intervention.

7) Compte-tenu de ces obligations qui vous incombent, quand diriez-vous que le contrat entre vos clients et vous prend véritablement fin ?

Selon moi, le contrat suivi d'une garantie légal se termine 2 ans après la vente. En cas de garantie commercial, il prend fin après la durée de cette garantie. **Mais plus tard, on peut toujours participer à la relation clientèle, même si ce n'est pas vraiment du contrat. Le contrat encadré prend fin avec la garantie, même si 8 ans après la vente, la relation existe toujours pour nous au travers du lien avec le client. Finalement, la relation prend fin quand on veut, selon le client, selon les soins qu'il a apporté à son véhicule. C'est aussi le rôle du geste commercial qui permet de maintenir ce lien hors garantie, mais qui n'aura pas lieu si le client a fait un mauvais usage de son véhicule.**

9) Pensez-vous qu'en matière de construction automobile, la garantie doive être conditionnée à l'entretien du véhicule par l'acquéreur chez le constructeur ? (si vous êtes concerné)

Depuis environ 2 ans, nous notons dans les livrets d'utilisation, même si personne ne les lit, que la garantie n'est pas conditionnée à l'entretien du véhicule dans le réseau. Cela n'a aucune répercussion économique significative car le client fait quoiqu'il en soit ses choix d'entretien. De

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

plus, auparavant, les livrets ne mentionnaient pas explicitement que l'entretien devait se faire ou ne pas se faire dans le réseau.

Sur la nécessité d'entretenir le véhicule dans le réseau, il y a plusieurs points de vue possibles.

Si l'entretien est simple, comme une vidange d'huile, il n'y a pas besoin du réseau de la marque qui est plus cher. Les prix y sont plus élevés dans le réseau de la marque surtout à cause du coût de la formation des techniciens que la marque rend obligatoire. Nous imposons 5 jours effectifs de formation par an (hors transports etc.). S'ajoutent également les frais de structure et de fonctionnement du concessionnaire. Aussi, nous développons un savoir-faire de la marque. Le prix de l'intervention à l'heure comprend donc la gestion, les frais, les coûts des travaux, de la formation et pas seulement de la main d'œuvre. Pour une heure d'intervention, on peut compter 3 personnes concernées. En revanche, chez MIDAS, il n'y a pas d'obligation de formation, ni valorisation d'un savoir-faire adapté à la marque du véhicule. De plus, quand un véhicule entre en intervention dans le réseau de la marque, la marque vérifie systématiquement les campagnes de rappel pouvant y être relatives et procède à la correction le cas échéant. Par ailleurs, en cas d'anomalies, la marque dispose d'un « Service News », un lexique des anomalies pour le concessionnaire. Cela n'existe pas chez MIDAS ou SPEEDY. Il y a donc un sur ces points un véritable intérêt à entretenir le véhicule dans le réseau.

Donc même si ce n'est pas obligatoire, on peut dire que c'est fortement conseillé.

Souvent, le client veut faire jouer son assurance alors même qu'il bénéficie de la garantie et sollicite une expertise sans même nous contacter avant. Si le problème est bien connu, on essaye d'éviter l'expertise qui n'est pas nécessaire. Mais si une expertise se fait, ce n'est plus le service client qui suit le dossier mais le service juridique.

Si un client a mal entretenu son véhicule, on peut refuser la garantie. Exemple : un client a un problème d'usage des pneus pour un train mal réglé. Mais il n'est jamais allé faire régler le parallélisme ni la barre anti-rapprochement. De même pour un défaut d'entretien du turbo par défaut de lubrification. Mais on recherche toujours une solution amiable.

10) M'autorisez-vous à citer votre enseigne dans l'exploitation des informations fournies dans ce questionnaire ?

Oui

11) M'autorisez-vous à reproduire vos réponses écrites dans les annexes de ma thèse ? Au besoin, selon votre réponse à la question 10, une telle reproduction ne mentionnera pas le nom de l'enseigne.

Oui

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

ENTRETIEN AVEC [REDACTED]

DIRECTEUR JURIDIQUE D'UNE GRANDE ENSEIGNE DE DISTRIBUTION DE PRODUITS ELECTROMENAGERS ET INFORMATIQUES

18/12/2015

Juriste spécialiste de :

Droit de la distribution
Droit de la consommation
Droit de la publicité
Droit pénal
Droit de la concurrence

1) **Les garanties légales sont obligatoires, à la charge du vendeur et du constructeur, sans contrepartie de la part du consommateur. Est-ce que le coût du service après-vente est intégré dans le calcul du prix de vente ?**

Oui, évidemment.

2) **Comment est-il intégré, anticipé, calculé ? Comment qualifier ce poids financier ?**

Les modalités de prise en charge du SAV sont négociées dans une convention annuelle avec le fournisseur conformément à l'article L441-7 du Code de commerce. **Ce n'est pas à proprement parler un "poids financier" mais un élément de négociation qui a une incidence sur les conditions tarifaires négociées avec le fournisseur.** À cet égard, notre enseigne dispose d'un atout que ne proposent pas la plupart de nos concurrents : nous disposons de plateformes SAV dans lesquelles des salariés de [REDACTED] réparent les produits. Nous avons également une hotline qui s'appuie sur une base de données que nous avons construite au fil des années dans laquelle sont répertoriées les pannes les plus fréquemment rencontrées pour chaque référence. Cette hotline permet d'éviter les déplacements SAV inutiles en détectant les fausses pannes résultant notamment d'une méconnaissance des modalités d'utilisation du produit par le consommateur.

3) **Comment le vendeur perçoit-il ces obligations légales ? Il en fait souvent un argument de confiance, de fiabilité et de qualité. Et vous ?**

[REDACTED] a construit son image sur un principe de confiance qui constitue une garantie commerciale gratuite pour le consommateur.

ANNEXES

SUJET DE THÈSE : « L'APRÈS-CONTRAT »

KASSOUL Hania, doctorante au Centre d'Etude et de Recherche en Droit des Procédures

UNIVERSITÉ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS

4) Auriez-vous quelques chiffres sur votre service après-vente ? Proportion de contrats concernés annuellement par exemple ? Chiffrage du coût pour l'entreprise.

Ces éléments sont confidentiels

5) Proposez-vous au surplus une garantie commerciale ? Quel rôle économique joue-t-elle ?

Oui, nous proposons des extensions de garantie payantes. **Elle a un rôle fidélisant** car si le client veut changer d'appareil dans les deux ans suivant l'expiration de l'extension de garantie, nous lui rachetons son ancien produit 20 % du prix qu'il l'a payé. Et au risque de me répéter, le SAV est un des avantages concurrentiels de [REDACTED].

6) Les obligations de garantie ont-elles un impact sur les relations entre le vendeur et le fournisseur ? Lequel ? Comment transforme-t-elle le rapport de négociation des prix ? En cas de produits défectueux livrés par le fournisseur ou le constructeur, quelle stratégie avez-vous développé ?

Cf. ma réponse au § 2

7) Compte-tenu de ses obligations qui vous incombent, quand diriez-vous que le contrat entre vos clients et vous prend véritablement fin ?

Je ne comprends pas cette question.

8) À partir du 18 mars 2016, tous les défauts de conformité apparaissant pendant les 2 ans (au lieu de 6 mois) suivant l'achat, à l'exception des biens d'occasion dont le délai sera maintenu à 6 mois, sont présumés exister. Le consommateur n'aura pas à apporter de preuve supplémentaire car c'est au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas. Que pensez-vous de cette nouvelle mesure légale ? Cette mesure a-t-elle un impact significatif pour votre entreprise ?

La plupart de nos produits (gros électro, aspirateurs, micro-ondes, TV, projecteurs, hi-fi, etc.) sont déjà garantis deux ans par la politique de la marque. Ce renversement de la charge de la preuve à compter du 7ème mois suivant la vente aura peu d'incidence à mon avis.

9) M'autorisez-vous à citer votre enseigne dans l'exploitation des informations fournies dans ce questionnaire ?

Je ne souhaite pas que vous citiez l'enseigne mais vous pouvez librement utiliser toutes les informations que vous trouverez sur [REDACTED].com site sur lequel vous pourrez notamment télécharger la version intégrale de notre contrat commercial.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

(Coll.), *Gestion immobilière, Memento pratique Francis Lefebvre*, 2014-2015, Levallois.

AJACCIO F.-X., CASTON A., PORTE R. et TENDEIRO M., *Traité de la responsabilité des constructeurs*, Référence juridique, Le Moniteur, 2013.

ANCEL P., *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2014.

ANCEL P. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de DIP*, Dalloz, 2006, Paris.

ANDRE M.-E., DUMONT M.-P., et GRIGNON Ph., *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005.

ANDREU L. et THOMASSIN N., *Cours de droit des obligations*, 2016-2017, Gualino.

AUGUET Y., *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2002.

ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5^e éd., 2010.

ATIAS Ch., *Le droit civil*, Coll. Que sais-je?, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 1984.

AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, Cosse, Marchal et Cie, t. 4, 4^e éd., 1871.

BAYLE (Abbé), *Le symbolisme du droit romain*, Libr. des Saints-Pères, 1908.

BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999.

BENABENT A.,

Droit civil, Les obligations, LGDJ, Montchrestien, 14^e éd., 2014.

Droit civil, Les obligations, LGDJ, Montchrestien, 15^e éd., 2016.

Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, Montchrestien, 16^e éd., 2017.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012.

BEUDANT Ch., *Cours de droit civil*, 2^e éd., par BEUDANT R. et LEREBOURS-PIGEONNIERE P., t. 8, 1951, par G. Lagarde.

BIN L., GUILLAUMOND R. et JIAN PING L., *Droit chinois des affaires*, préf. DELMAS-MARTY M., Larcier, 2013.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V.,

Droit civil, Les obligations, 19^e éd., Sirey Universités, 2016.

Droit civil, Les obligations, 13^e éd., Sirey Universités, 2012.

CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PETEL Ph.,

Droit des sûretés, 8^e éd., Litec, 2007.

Droit des sûretés, 10^e éd., Litec, 2015.

CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, Coll. Systèmes, 2^e éd., LGDJ, 2016, Issy-les-Moulineaux.

CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF, 2010.

CARBONNIER J.,

Droit civil, Introduction, PUF, 1990.

Les biens, PUF, 1995.

Droit civil. Les obligations, 21^e éd., PUF, 1998.

Droit civil, Les obligations, t. 4, PUF, 2000.

CARVAL S., *La construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001.

CASTON A., *La responsabilité des constructeurs*, éd. du Moniteur, 6^e éd., 2006.

CASTRONOVO C. et MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 2, Giuffrè Editore, 2007.

CENDON P. (dir.), *Commentario al codice civile. Art. 1703-1765: Mandato, Spedizione, Agenzia*, Giuffrè Editore, 2009.

CHAINAIS C., FERRAND F., GUINCHARD S., *Procédure civile*, Dalloz, 33^e éd., 2016.

CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

CHARBONNEAU C. et KARILA L., *Droit de la construction : responsabilité et assurances*, 3^e éd., Urbanisme et construction, Droit & Professionnels, LexisNexis, 2017.

COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUER Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2007.

CORDERO-MOSS G., *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press, 2014.

CORNU G., *Vocabulaire de l'association Henri Capitant*, PUF, 7^e éd., 2005.

- COUSY H., THEVENOZ L., TILLEMANN B., VERBEKE A., *Droit des contrats : France, Belgique*, Larcier, 2006.
- DEBARD Th. et GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2011.
- DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrats*, LexisNexis Litec, 5^e éd., Paris, 2010.
- DELPEUCH Th., DUMOULIN L., et GALEMBERT (de) C., *Sociologie du droit et de la justice*, Arman Colin, Paris, 2014.
- DEMOGUE R., *Source des obligations en général*, t. 2, Rousseau, Paris, 1923, n° 801
- DEMOLOMBE Ch., *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale*, t. 2, Auguste Durand et L. Hachette, 1869.
- DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2016.
- DOMAT J., *Les lois civiles*, P. Aubouïn, P. Emery et C. Clouzier, 1697.
- DROSS W., *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^e éd., 2011.
- DUPIN J.-J., EDOUARD R. et LABOULAYE L., *Institutes coutumière d'Antoine Loysel ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, t. 2, Durand Libraire, Paris, 1846.
- ENGEL P., *Traité des obligations en droit Suisse*, 2^e éd. Staempfli Editions S.A., Berne 1997.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010.
- FARJAT G., *Droit économique*, Thémis, 1982.
- FAUVARQUE-COSSON B. et MAZEAUD D. (dir.), *European contract law, Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*, Sellier, European law publishers, 2008.
- FAVA P., *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, Caratteri generali, adempimento, inadempimento*, t. 1, Giuffrè Editore, 2007.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.,
Le rapport d'obligation, t. 3, 8^e éd., Dalloz/Sirey, 2013.

Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 14^e éd., 2010 ; et *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, vol. 1, Sirey, 15^e éd., Paris, 2012.

FOELIX J.-J. G., *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Joubert, 1847.

FORD K. E., NOTESTINE K. E. et HILL R. N., *Fundamentals of employment law, Tort and insurance practice*, ABA, 2^e éd., 2000, p. 385.

FREEDMAN M. et alii, *The contract of employment*, Oxford University Press, 2016.

FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S., *Droit de la concurrence*, 1^{ère} éd., 2006, Dalloz, coll. Précis.

GABRIELLI E. et LENER R. (dir.), *I contratti del mercato finanziari*, UTET Giuridica, 2^e éd., Milanofiori, 2011.

GAGNON R. P., *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

GAMBINO F., *Trattato di diritto civile - Le obbligazioni*, Vol. 1 : *Il rapporto obbligatorio*, (dir.) SACCO R., UTET Giuridica, 2015, Milanofiori.

GENY F., *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1921.

GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 1993.

GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, t. 1, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, Paris.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994.

GHESTIN J., JAMIN C., et BILLAU M.,

Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ, 2^e éd., 1994.

Traité de droit civil, Les effets du contrat, LGDJ, 3^e éd., 2001.

GRYNBAUM L. et NICOD M. (dir.), *Le solidarisme*, coll. Etudes Juridiques, Economica, t. 18, 2004.

GUINCHARD S. et DEBARD Th. (dir.), *Lexique juridique Dalloz*, 2011, V^o « Recondution » (pour comparaison avec la définition après la réforme, cf. infra n^o 261).

GUYOT J. N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 26, Panckoucke, 1779.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., 1910.

HOLLAND J., BURNETT S., and MILLINGTON Ph., *Employment law 2016*, Oxford University Press.

HOUTCIEFFE D., *Droit des contrats*, Larcier, Paradigme, 2015.

JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, t. 1, 2^e éd. D. 2006, p. 205, n° 149.

KANT E., *Doctrine du droit*, Auguste Durand, 1853.

KELSEN H., *La théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

KNOWLES R., *200 contractual problems and their solutions*, Wiley-Blackwell, 3^e éd., 2012.

KOURGANOFF V., *La recherche scientifiques*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 165, Paris.

LARROUMET Ch., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^e éd., 2016.

LAURENT F., *Principes de droit civil : Volume 1*, Bruylant, 1869.

LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey Université, 2007.

LE TOURNEAU Ph., *Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2016/2017.

LEVY J.-Ph. et CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, Précis, Dalloz, 2^e éd., 2010.

LLUELLES D., *Précis des assurances terrestres*, 3^e éd., Montréal, Éd. Thémis, 1999.

MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, Cours, 10^e éd., 2016.

MALAUURIE-VIGNAL M.,

Droit de la distribution, LMD, Universités, Sirey, 2006.

Droit interne et communautaire de la concurrence, 6^e éd., Sirey Université, 2014.

Droit de la distribution, LMD, Universités, Sirey, 3^e éd., 2015.

MALAUURIE Ph. et AYNÈS L., *Les sûretés, La publicité foncière*, par AYNÈS L. et CROCQ P., 11^e éd., Defrénois, 2017.

MALAUURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph.,

Les obligations, Defrénois, 4^e éd., 2009.

Les obligations, Defrénois, 9^e éd., 2017.

MALINVAUD Ph. (dir.), *Dalloz Action Droit de la construction*, 2017/2018, n° 113.220.

MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D.,

Droit des obligations, Litec, 11^e éd., 2010.

Droit des obligations, Litec, 14^e éd., 2017.

MARTY G. et RAYNAUD P.,

Les sûretés, La publicité foncière, par JESTAZ P., Sirey, 2^e éd., 1987.

Droit civil, Les obligations, Les sources, t. 1, 2^e éd., Sirey, 1988.

MATTOUT J.-P.,

Droit bancaire international, 3^e éd., éd. Banque, 2004.

Droit bancaire international, 4^e éd., éd. Banque, 2009.

MAYNZ Ch., *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine*, 3^{ème} éd., t. 2, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, Bruxelles et Librairie de A. Durand et Pedone, Paris, 1870.

MAZEAUD A.,

Droit du travail, LGDJ, Lextenso, 2014.

Droit du travail, LGDJ, Lextenso, 2016.

MAZEAUD D. et FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), *European contract law, Materials for a common frame of reference: Terminology, guiding principles, model rules*, Association Henri Capitant et Société de législation comparée, Sellier European law publishers, Munich, 2008

MAZEAUD H. et L. et TUNC A.,

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 1, 6^e éd. Montchrestien, 1965.

Leçons de droit civil, t. 2, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

Sûretés et publicité foncière, par PICOD Y., Montchrestien, 7^e éd., 1999.

Mc MURRAY C., « Le louage : les règles générales applicables à tous les baux », Collection de droit 2003-2004, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999.

MOUSSERON J.-M., GUIBAL M., MAINGUY D., *L'avant-contrat*, Francis Lefebvre, 2001.

PIEDELIEVRE S. et PUTMAN E., *Droit bancaire*, PUF, 2011.

PIEDELIEVRE S., *Les sûretés*, Ellipses, 2^e éd., 2015.

PLANIOL M., RIPERT G., ESMEIN P.-E., *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, LGDJ, 1952.

ROCHFELD J.,

Les grandes notions de droit privé, Thémis Droit, PUF, 1^{ère} éd., Paris, 2011.

Les grandes notions de droit privé, Thémis Droit, PUF, 2^e éd., Paris, 2013.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005.

RUPERTO C., *La giurisprudenza sul Codice civile, coordinata con la dottrina, Libro IV delle obbligazioni*, t. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

SERRA Y., *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.

SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance*, t. 3, Sirey, 1991,
n° 1292.

SPENCER H., *Principes de sociologie*, t. 2, Alcan, Paris, 1898.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.,

Droit civil, Les obligations, 3. Régime général, 3^e éd., Litec, 1989.

Droit civil, Les obligations, 2. Le contrat, 6^e éd., Litec, 1998.

STRICKLER Y.,

Les biens, Thémis, PUF, 2006.

Procédure civile, Larcier, Paradigme, 6^e éd., 2015-2016

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.,

Droit civil, Les obligations, 9^e éd., Dalloz, 2008.

Droit des obligations, 10^e éd., Dalloz, 2009.

Droit civil, Les obligations, 11^e éd., Dalloz, 2013.

TEYSSIE B., *Les relations individuelles de travail*, Litec, 1992.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, GHESTIN J. (dir.), LGDJ 1995.

VILLEY M., *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001.

VOGEL L., *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006-2007.

WEBER M., *Sociologie du droit*, coll. Quadrige, PUF.

ZAVARO M., *La responsabilité des constructeurs*, Droit & Professionnels, LexisNexis, 2013.

ZENATI-CASTAING F. et REVET Th., *Cours de droit civil. Contrats Théorie générale. Quasi-contrats*, PUF, 2014.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

(Coll.), *French arbitration law and practice, A dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2009.

(Coll.), *Proceedings of the 20th international symposium on advancement of construction management and real estate*, Springer, 2017.

(Coll.), *La cessation des relations contractuelles d'affaires, actes du colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, 30 et 31 mai 1996*, PUAM, 1997.

(Coll.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du Vème colloque organisé par la Revue Droit et procédures - la Revue des huissiers de justice*, Paris, Cour de cassation, Première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, Collection Droit et procédures, EJT, 2007.

AL SURAIHY Y., *La fin du contrat de franchise*, th. Poitiers, 2008.

ALBARIAN A., *De la perte de la confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie*, th. Aix-en-Provence, 2010.

ALPA G., « Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale », in *Contratti*, 2001, 752 et s.

AMIC L., *La loyauté dans les rapports de travail*, th. Avignon, 2014.

AMIELCOSME M., *Les réseaux de distribution*, Préf. GUYON Y., LGDJ, 1995.

AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2002.

ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris I, 2000.

ANCEL M.-E., « La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel », in REVET Th. (dir.), *Code civil et modèles*, LGDJ, 2005, p. 285.

ANCEL M.-E., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

ANCEL P.,

« L'abus de droit : une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse*, PU Saint-Étienne, 2001.

« La responsabilité contractuelle », in RÉMY-CORLAY et FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, Dalloz, p. 243.

ANDERS G., *L'obsolescence de l'homme. Sur la destruction de la vie à l'époque de la troisième révolution industrielle*, t. 2, Fario, Paris, 2011.

ANTONINI-COCHIN L. (dir.),

La résolution amiable des différends dans le contentieux familial, Bruylant, Bruxelles, 2014.

Les enjeux patrimoniaux de la séparation, Questions récurrentes, L'Harmattan, Paris, 2016.

ANTONINI-COCHIN L. et COURTIN Ch. (dir.), *Le prix de la rupture : au cœur des contentieux familiaux*, L'Harmattan, Paris, 2012.

APPAIX S., *Les incidences de la qualification juridique des travaux de rénovation sur la détermination du régime applicable en droit de la responsabilité contractuelle et en droit de la vente d'immeuble à rénover*, th. Dijon, 2010.

ARBANT-MICHEL (G.), *Les relations entre les clauses et le contrat*, Th. Montpellier I, 2001.

ARCELIN-LECUYER L., *De la difficulté d'appréhender l'opportunisme commercial : l'exemple de l'ambush marketing*, Rec. D. 2008, p. 1501.

ARSAC-RIBEYROLLES A., *Essai sur la notion d'économie du contrat*, th. Clermont I, 2005.

AUBERT J.-L., *Le droit de disposer de l'immeuble*, Études Flour, Defrénois, 1979.

AZEMA J., *La durée des contrats successifs*, th. LGDJ, Paris, NERSON R. (Préf.), 1969.

BAILEY F. G., *The saving lie: truth and method in the social sciences*, University of Pennsylvania press, Philadelphia, 2003.

BARASNEVICIUS QUAGLIATO P., « The duty to negotiate in good faith », in *International Journal of Law and Management*, vol. 50, n° 5, 2008, pp. 213-225.

- BARBIER H.**, *La liberté de prendre des risques*, préf. MESTRE J., PUAM, 2010.
- BARTET J.**, *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1932.
- BAZZOLI L. et KIRAT Th.**, « A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons *versus* Williamson », *Economie appliquée*, t. 56, 2003, n° 3, pp. 171-179.
- BECQUET S.**, *Le bien industriel*, Préf. REVET Th., LGDJ, 2005.
- BEHAR-TOUCHAIS M.**, *Le décès du contractant*, *Economica*, 1988.
- BELLANTUONO G.**, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, University of Trento - Faculty of Law, 2000.
- BENAC-SCHMIDT F.**, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Préf. J. GHESTIN, th. Paris I, LGDJ, t. 177, 1983.
- BERGERON J.-G.**, *Les contrats d'assurance : lignes et entre-lignes*, t. 2, Sherbrooke, Éd. Sem Inc., 1992.
- BERRA D.**, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, 1969.
- BERTRAND F.**, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. Paris 2, 1979.
- BERTRAND N.**, *Terres agricoles périurbaines : Une gouvernance foncière en construction*, Coll. Update Sciences & technologies, éd. Quae, Versailles, 2013.
- BEYNEIX I.**, *Contribution à l'étude de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial*, th. Paris I, 2004.
- BISCHOFF J.-M.**, « La protection des engagements temporaires », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etude de droit privé, DURAND P. (dir.), LGDJ, 1960.
- BLANC-JOUVAN (G.)**, *L'après-contrat étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, 2003.
- BLOND C.**, *La protection de l'acheteur insatisfait de l'immeuble*, 1999, PUAM.
- BLOUD-REY C.**, *Le terme dans le contrat*, Préf. GAUTIER P.-Y., PUAM 2003.
- BOCQUE (Cl.)**, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemands, français et suisse*, th. Genève, 1978.

BOISMAIN C., *Les contrats relationnels*, PUAM, 2005.

BOUBLI B., *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, JNA, 1991.

BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence*, th. Nice, 2011.

BOULARD H., *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, th. Caen, 1927.

BOUVIER A., *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015.

BOYER H., *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Toulouse, 1932.

BRES A., *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Préf. RAYNARD J., Litec, 2009, n° 346.

BRETILLARD J., *Le pacte de préférence*, th. Paris, 1929.

BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001.

BUJOLI F., *La durée du contrat*, th. Nice, 2007.

BUYDENS M., *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 1999.

BUYDENS M., *La protection de la quasi-crétation*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

CADET I., *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Etude de la place du droit dans les organisations*, th. Paris, 2014.

CADIET L. et RICHER L. (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'Etat, Droit et Justice*, PUF, Paris, 2003.

CADIET L.,

« Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, CADIET L. (dir.), Economica, 1987, n° 30, p. 28.

Les Stratégies juridiques des entreprises en droit européen, Larcier, 2012.

CAFAGGI F., « Complementarità istituzionali e modelli organizzativi nella riforma del diritto societario », in *Mercato concorrenza regole*, v. 4, 2002, p. 34.

CARBONNIER J.,

Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, Paris, 1950.

Flexible droit, Anthologie du droit, LGDJ, Paris, 2013.

- CARON Ch., « La propriété littéraire et artistique et les successions *ab intestat* », Defrénois, 15 oct. 2001, n° 19, p. 1112.
- CARUSO D., *La cupla in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milan, Giuffrè, 1993.
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. VINEY G., LGDJ, 1995.
- CASEAU-ROCHE C., *Les clauses postcontractuelles*, th. Paris Panthéon-Sorbonne, 2001.
- CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, th. Avignon, 2010.
- CAYROL N., « Dommages-intérêts et abus du droit d'agir », 2013, HAL : n° 01017593, url : <https://hal-univ-tours.archives-ouvertes.fr/hal-01017593>.
- CHABAAN R., *La caducité des actes juridiques*, Préf. LEQUETTE Y., Bibl. de dr. privé, t.445, LGDJ, 2006.
- CHAMPAUD C., « Stratégie judiciaire », in CADIET L. (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Puf, 2004.
- CHAMPAUD C., DANET D., *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006.
- CHAPUT Y., « Les clauses de garantie », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence 17-18 mai 1990*, PUAM, 1990, p. 126 .
- CHARBONNEL L., *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, th. Avignon, 2010.
- CHASE S., *The tragedy of waste*, Library of the New York State College of home economics, Cornell University, Ed. The MacMillan Company, New York, 1929.
- CHENU D., *Les clauses contractuelles autonomes*, th. Tours, 2010.
- CLAM J. et MARTIN G., *Les transformations de la régulation juridique, Dr. et sociétés*, éd. LGDJ, 1998.
- COLONNA D'ISTRIA F., *Temps et concepts en droit des obligations, Essai d'analyse méthodologique*, th. Aix-Marseille III, 2009.
- CONTE Ph., « « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « sur-efficacité »... : variations pour droit pénal », in *Etudes P. CATALA*, Litec, 2001, p. 125.
- COQ V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan.

- CORENBLIT M.**, *Critique des distinctions des contrats à exécution instantanée et à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184*, th. Grenoble, 1940.
- CORNESSE I.**, *La proportionnalité en droit du travail*, Préf. ANTONMATTEI P.-H., Litec, 2001.
- COTTET M.**, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, th. Paris-Sud, Préf. ROCHFELD J., Bibl. de dr. privé, t. 544, LGDJ, 2013.
- COVIELLO L.**, *Die contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896.
- CRAHAY P.**, *La rupture du contrat d'agence commerciale* (Les dossiers du Journal des Tribunaux, 65), Larcier, 2008.
- CRAWFORD SPENCER E.**, *The regulation of franchising in the new global economy*, Bond University, Australie, Edward Elgar Pub., 2010.
- CRESP M.**, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Préf. HAUSER J., th. Bordeaux IV, 2010.
- CRISCUOLO F.**, « Adeguamento del contratto e poteri del giudice », in *Il nuovo diritto dei contratti, Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Jovene, Napoli, 2002.
- CROZIER M.**, *Le mal américain*, Fayard, 1980.
- DARTIGUELONGUE J.-P.**, *Le secret dans les relations juridiques*, th. Bordeaux, 1968.
- DAUTRICHE J.-R.**, *La promesse unilatérale de vente en droit français*, th. Paris, Ed. Bossuet, 1930.
- DAVID R.**, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.
- DEFFAINS (B.) et LANGLAIS (E.) (dir.)**, *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, Ouvertures économiques, De Boeck Université, 2009.
- DEGENKOLB H.**, *Der Begriff des Vorvertrages, Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, (Zur Lehre vom Vorvertrag)*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Freiburg, 1887.
- DEHARO G.**, « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats » : http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/64/91/07/PDF/ingenierie_contractuelle_et_performance_de_l_entreprise.pdf.
- DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D.**, « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation et clauses pénales », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, Bruylant, LGDJ, p. 361 s.

- DELFORGE C.**, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in *Actualités de la rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, n° 11.
- DELMAS-MARTY M.**, *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, vol. 1, Seuil, 2004.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE Ph.**, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etude de droit privé, DURAND P. (dir.), Paris, LGDJ, 1960.
- DELOMMEZ P.-M.**, *Des promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Lille, 1947.
- DEPREZ J.**,
La rétroactivité des actes juridiques, th. Rennes, 1953.
« Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 27, Librairie Dalloz, 1968, Paris, p. 29
- DESCHAMPS J.**, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914.
- DESGORCES R.**, *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992.
- DESHAYES O. (dir.)**, *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008.
- DESIDERI J.-P.**, *La préférence dans les relations contractuelles*, Préf. J. MESTRE, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1997.
- DEUMIER P.**, *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Préf. JACQUET J.-M., Economica, 2002.
- DIBAS-FRANCK E.**, *Le renouvellement du contrat*, th. Sceaux, 1998.
- DIESSE F.**, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Arch. Philo. Droit*, t. 43, 1999, p. 302.
- DISSAUX N. et LOIR R. (dir.)**, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle*, L'Harmattan, 2009.
- DOGUE K. O. C.**, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, th. Montréal, 2013.
- DREIFUSS-NETTER F.**, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, Paris, 1985.

- DROUOT G.**, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, th. Paris 2, 2014.
- DUCLOS J.**, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Bibl. de dr. privé, t. 179, LGDJ, 1984.
- DULOUM B.**, *La succession de contrats entre les mêmes parties*, th. Toulouse, 2007.
- DUPEYRON C.**, *La régularisation des actes nuls*, Préf. HEBRAUD P., LGDJ, 1973.
- DUPICHOT J. D.**, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*, Etudes FLOUR, Defrénois, Paris, 1979.
- DUQUENNE C.**, *L'autonomie de la clause compromissoire en droit international*, Faculty of Law, McGill University, th. Montréal, 2000.
- DURAND P.**, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960
- DURANTE D.**, *Le renouvellement des contrats de durée, Solutions légales et contractuelles*, Coll. Genevoise, Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, 2016.
- DURKHEIM E.**, *De la division du travail social*, PUF, Paris, 1998.
- EISENBERG M. A.**, « *Why there is no law of relational contracts* », in 94 Nw. U. L. Rev. 805 (1999), Berkeley Law Scholarship Repository, p. 807, p. 812 et s.
- ELRAJAB (D.)**, *L'opposabilité des droits contractuels. Etude de droit comparé français et libanais*, th. Paris 1, 2013.
- ETIENNEY A.**, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. de dr. privé, t. 475, LGDJ, 2008.
- FAGES B.**, *Le comportement du contractant*, Préf. MESTRE J., PUAM, 1997.
- FAGGELLA G.**, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, t. 3, Luigi Pierro Tip. Editore, Naples, 1906.
- FALCO G.**, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Orientamenti di merito, Giuffrè éd., 2010.
- FARJAT G.**, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963.
- FAURE-ABBAD M.**, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, Préf. REMY Ph., LGDJ, 2003.

- FESSARD B.**, *Les obligations non matérialisées dans les contrats*, th. Montpellier, 2015.
- FIESCHI-VIVET P.**, *La promesse de contrat*, th. Lyon II, 1975.
- FIN-LANGER L.**, *L'équilibre contractuel*, Bibl. de dr. privé, t. 366, LGDJ, 2002.
- FOISSIN P.**, *Des promesses de vente*, th. Toulouse, 1924.
- FONTAINE M.**,
« *Naissance, vie et survie du contrat : quelques réflexions libres* », in *Festschrift für KARL H. NEUMAYER*, Nomos, Baden-Baden, 1985, p. 217.
« *Les contrats internationaux à long terme* », in *Etudes offertes à Roger Houin. Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, Paris, 1985.
Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses, Paris, FEC, 1990.
- FOREST G.**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz 2012.
- FORTUNATO A.**, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, th. Lille II, 2016.
- FRICERO N.**, *La caducité en droit judiciaire privé*, th. Nice, 1979.
- FRISON-ROCHE M.-A.**, « *Usage stratégique des droits et abus de droit dans l'application du droit de la concurrence au secteur du médicament* », in **FRISON-ROCHE M.-A.** (dir.), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, coll. « *Droit et Économie* », LGDJ, 2010, p. 371 et s.
- GAILLARD E.**, « *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence* », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, International Chamber of Commerce, nov. 2005, iccbooks, disponible sur [https:// http://www.shearman.com](https://http://www.shearman.com).
- GANIR.**, *La clause de limitation des bénéficiaires dans la convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*, OREF, Haupt, 2008.
- GARINOT J.-M.**, *Le secret des affaires*, LexisNexis 2013, Préf. **LOQUIN E.**
- GAUDEMET S.**, *La clause réputée non écrite*, Préf. **LEQUETTE Y.**, Economica, coll. *Recherches juridiques*, 2006.
- GAUMONT-PRAT H.**, *Le pacte de préférence dans le contrat d'édition en droit français*, th. Paris II, 1993.
- GAVALDA Ch.**, « *Le temps et le droit* », in *Etudes offertes à B. Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002.

- GENICON Th.**, *La résolution du contrat pour inexécution*, Préf. LEVENEUR L., Bibl. de dr. privé, t. 484, LGDJ, 2007.
- GENY F.**, *Science et technique en droit privé positif*, Soc. du Rec. Sirey, 1913.
- GHELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Bibl. de dr. privé, t. 218, LGDJ, 1992.
- GHESTIN J.**, *Garantie et conformité dans la vente*, LGDJ, 1983.
- GILLET J.-L.**, « La contractualisation de la Justice », in PIGACHE Ch., *Les évolutions du droit, Contractualisation et procéduralisation, Université d'été du Barreau de Rouen, 2001-2002*, Publication de l'Université de Rouen, 2004.
- GOBERT M.**, « La publicité foncière française, cette mal-aimée », in *Études offertes à Jacques Flour, Defrénois*, 1979, p. 207.
- GODE P.**, *Volonté et manifestations tacites*, Préf. PATARIN J., PUF, 1977.
- GODIN R. P.**, « Le bail commercial. Articles 1851 à 1891. Code civil du Québec », in *La réforme du Code civil, Québec*, PUL, 1993
- GODIN R. P.**, « Le bail commercial. Articles 1851 à 1891. Code civil du Québec », in *La réforme du Code civil, Québec*, PUL, 1993.
- GOMY M.**, *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, Préf. SERRA Y., PUP, 2014.
- GOUBEAUX G.**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. TALLON D., Bibl. de dr. privé, t. 93, LGDJ, 1969,
- GOUT O.**, *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. ANCEL P., th. Saint-Etienne, PUAM, 1999.
- GRAIGNIC A.**, *À propos des vices intermédiaires, garantie décennale et responsabilité de droit commun en matière de construction*, th. Paris Nanterre, 1982.
- GRANIERI M.**, *Il tempo e il contratto: Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Univ. Foggia-Fac. di giurisprudenza, Giuffrè, 2007.
- GRARA C.**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Préf. LEQUETTE Y., Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005.
- GRAS N.**, *Essai sur les clauses contractuelles*, th. Clermont-Ferrand I, 2014.
- GRIMALDI C.**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, Préf. LEQUETTE Y., collection de Thèses, t. 23, Defrénois, 2007.

- GROSS B.**, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Bibl. de dr. privé, LGDJ, 1964.
- GROSSER P.**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000.
- GUELFUCCI-THIBIERGE C.**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. GHESTIN J., LGDJ 1992.
- HACHEZ I. et al. (dir.)**, *Les sources du droit revisitées, Normativités concurrentes*, vol. 3, Limal, Anthémis, Publications de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2013.
- HAMMER B. et DUSS S.**, « *The "Hand Rule" as a standard of care in Swiss Tort Law* », in *Law and Economics in Europe : Foundations and Applications*, Université de Lucerne, MATHIS K., Springer, 2014, p. 86, 87 et 178.
- HART O. et HOLMSTROM B.**, *The theory of contracts*, 1985, version dactyl. corrigée 1986, Massachusetts Institute of technology, Yale School of organization and management and graduate School of business, Stanford University.
- HASCHER D.**, « L'autorité de la chose jugée dans les sentences arbitrales », *Travaux du comité français de droit international privé*, Droit international privé 2000-2002, Ed. Pédone, Paris, 2004, p. 17.
- HELLERINGER G.**, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, Th. Paris I, LGDJ 2012
- HOCHART C.**, *La garantie d'éviction dans la vente*, LGDJ, 1993.
- HOUIN B.**, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. Paris II, 1973.
- HOUTCIEFF D.**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. Paris XI, 2000.
- HOUX N.**, *L'extinction du contrat par les tiers*, th. Rouen, 2000.
- HUET J.**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th. Paris II, 1978.
- IGALENS J. et JORAS M.**, *La sûreté éthique. Du concept à l'audit opérationnel*, Questions de société, EMS, 2010.
- IHERING (Von) R.**, « De la faute "in contrahendo" ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies, traduction Meulenaere*, t. 2, Paris, 1893, pp. 1-100
- JAMIN Ch.**,
« Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 76.

JAROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

JAULT A., La notion de peine privée, Préf. CHABAS F., *Bibl. de dr. privé*, t. 442, LGDJ, 2005.

KOLB R., *La bonne foi en droit public international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Publications de l'Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales - Genève, PUF, 2001.

KOSTIC G., *L'intuitus personæ dans les contrats de droit privé*, th. Paris V, 1997.

KRAJESKI D., *L'intuitus personæ dans les contrats*, La Mouette, 2001.

L'HUILLIER L., *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947.

LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit*, th. Saint-Étienne, 2016.

LARRIBAU-TERNEYRE V., « Le cadre juridique général de la médiation familiale », in ANTONINI-COCHIN L. (dir.), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 9-30.

LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, PUAM, 2000.

LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, Préf. THIBIERGE C., *Bibl. de dr. privé*, t. 447, LGDJ, 2005.

LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. MUIR-WATT H., *Bibl. de dr. privé*, t. 335, LGDJ, 2000.

LE TOURNEAU Ph.,

La règle « Nemo auditur... », LGDJ, 1970.

Les contrats de franchisage, Litec, 2^e éd., 2007.

LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques, Outils de gestion des risques*, Lamy Conformité, 2012.

LICARI F.-X., *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n° 58, Litec, 2002.

LIGOT J., BATTARD O. et VANBOSSELE F., *Les pratiques loyales*, Larcier, Bruxelles, 2012.

LITTMAN M.-J., *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969.

LITTY O., Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels, *Bibl. de dr. privé*, t. 322, LGDJ, 1999.

LOCHOUARN D., *La profession, Approche juridique de la notion*, Lyon III, 1998.

LOISEAU G., « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 579.

LOQUIN E., *Normalisation agricole et arbitrage de qualité, La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Litec, 1983.

MAGERAN B., *Les relations d'affaires en droit des obligations*, Préf. LOQUIN E., PUAM, 2003.

MAGRI M., *Le vendite aggressive*, CEDAM, Lavis, 2011.

MALAURIE-VIGNAL M., *Les restitutions en droit civil*, th. Cujas, 1991.

MALET-VIGNEAUX J., *L'intégration du droit de l'environnement dans le droit de la concurrence*, th. Nice, 2014.

MARCEAUX E., *Les défis de l'éthicisation du droit : validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois*, th. Sherbrooke, 2015.

MARMAYOU J.M. et RIZZO F.,

Contrats de sponsoring sportif, Lamy, Coll. Axe droit, 2010.

Contrats de sponsoring sportif, Les Intégrales, LGDJ, 2014.

MARTIN A.-C., *L'imputation des risques entre contractants*, Préf. FERRIER D., *Bibl. de dr. privé*, t. 508, LGDJ, 2009.

MARTIN DE LA MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Préf. RAYNAUD P., Sirey, 1951.

MARTIN G., « Problématiques contemporaines autour de la propriété des déchets », in *Volonté et biens. Regards croisés*, L'Harmattan, 2013.

MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P., *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987.

MASSON A., *Lobbying et procès orchestrés*, Larcier, 2011.

MAZEAUD D.,

La notion de clause pénale, Préf. CHABAS F., *Bibl. de dr. privé*, t. 223, LGDJ, 1992.

« Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993.

McGUIGAN J. R., MOYEN R. Ch. et HARRIS F. H. B., *Managerial Economics : Applications, Strategies and tactics*, South-Western College Pub., 13^e édition, 2013.

McMURRAY C., « Le louage : les règles générales applicables à tous les baux », Collection de droit 2003-2004, École du Barreau du Québec, vol. 5, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

MEKKI M.,

L'intérêt général et le contrat (Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé), Préf. GHESTIN J., Bibl. de dr. privé., t. 411, LGDJ, 2004.

« Les clauses aménageant la phase post-contractuelles », in *Remédier aux défaillances du contrat. Acte du colloque à l'Université de Lille en novembre 2008*, Larcier, 2010, p. 151.

MELIN-SOUCRAMANIEN B., *Le juge des référés et le contrat*, Préf. MESTRE J., PUAM, 2000.

MERCOLI S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Préf. GOUBEAUX G., PUAM, 2001.

MESTRE J.,

« L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986.

MESTRE J. et RODA J.-Ch. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Les Intégrales, Lextenso, 2011.

MESTRE J. et LAUDE A., « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p.9s.

MEURISSE P., *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*, th. Paris, Jouve, 1925.

MONTCHRESTIEN A., *Traicté de l'oeconomie politique*, 1615, Genève, Droz, 1999.

MOUBERI A., *La responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie biennale*, th. Paris Nanterre, 2000.

MOUIAL-BASSILANA E., *Du renouveau de la cause en droit des contrats (Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat)*, th. Nice, 2003.

MUIR WATT H., « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, TAHC, LGDJ, 2001.

NANA G.-J., *La réparation des dommages causés par les vices de la chose*, LGDJ, 1982.

NEYRET L., *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préf. THIBIERGE C., Bibl. de dr. privé, t. 468, LDGJ, 2006.

ORTOLAN M., *Généralisation du droit romain, L'explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 11^e éd., 1840.

OST F. et VAN HOECKE M. (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

OST F.,

« Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, Troisième colloque de l'Association française de philosophie du droit, PUF, Paris, 1985.

Le temps du droit, Odile Jacob, 1999.

Temps et contrat, critique du pacte faustien, in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. Henri Capitant, t. 4, Nantes, 1999, LGDJ, 2000.

OTRI Z., *La promesse unilatérale de contrat*, th. Strasbourg, 1994.

OVERSTAKE J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, Préf. BRETHER DE LA GRESSAYE J., LGDJ, 1969.

PAGET M., *De la tacite reconduction*, th. Paris, 1926.

PANCRAZI-TIAN M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

PELLE S., *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles contractuels*, th. Paris II, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 64, Dalloz, 2007.

PETEL I., *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier I, 1984.

PETIT E., *Traité élémentaire de droit romain*, 4^e éd., Libr. Nouv. de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau éd., 1903.

PETIT F., *L'après-contrat de travail*, th. Bordeaux I, 1994,

PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, Doctorat et Notariat, t. 35, Defrénois, Lextenso, 2009.

PICHONNAZ P. et WERRO F., *La pratique contractuelle 4, Symposium en droit des contrats*, Schulthess Editions Romandes, Genève/Zurich, 2015.

PIEDELIEVRE S.,

Droit bancaire, PUF, 2003.

Les sûretés, Armand Colin, 4^e éd., 2004.

- PLOUVIEZ M.**, « Le contrat comme institution sociale. La notion de solidarité contractuelle chez Emile Durkheim », *in* (dir.) LEWKOWICZ G. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009.
- PORTALIS J.-E.-M.**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1844, p. LXVI.
- PORTUESE A.**, *Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, Droit et Sciences Politiques - Droit international, Editions Publibook Université.
- POSNER R.**, *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, 1990.
- POTHIER R. J.**,
Œuvres contenant les traités de droit français, vol. 7, H. Tarlier, Bruxelles, 1833.
Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, t. 3, Cosse - Delamotte - Videcoq, 1847.
- RAFFI R.**, *L'obligation de garantie du constructeur immobilier*, th. Bordeaux I, 1994.
- RAYNAUD B.**, *La stipulation d'indisponibilité*, th. Clermont-Ferrand, Préf. CHAPUT Y., PU Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003.
- REIFEGERSTE S.**, *Pour une obligation de minimiser son dommage*, th. Paris, 1999.
- REIS P.**, « Déséquilibres économiques et relations entre la grande distribution et ses fournisseurs » *in* colloque « Déséquilibres économiques et droit économique » sous la direction de L. BOY et de MENETREY S., Ed. LARCIER 2015 Chapitre 3, p. 51-65.
- REVERCHON-BILLOT M.**, *La question litigieuse en matière contractuelle, Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 169, Dalloz, 2017.
- REZGUI M.**, *La continuation du contrat*, th. Paris XI, 2010.
- RIGALLE-DUMETZ C.**, *La résolution partielle du contrat*, Préf. JAMIN Ch., Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003,
- RINGLER S.**, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, th. Toulouse I, 2010.
- RIPERT G.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 2000.
- ROLAIN M.**, *La limitation du droit de propriété en matière immobilière*, th. Nice, 2015.
- ROMANO S.**, *L'ordre juridique*, 2^e éd., coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 1975, rééd. 2002.

- ROUBIER P.**, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911.
- ROUHETTE G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBEE M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, Préf. HEBRAUD P., LGDJ, 1974.
- ROUVIERE F.**, *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005.
- SABATIER P.**, *La promesse de contrat dans le droit du patrimoine*, th. Montpellier, 1936.
- SAINT-ALARY-HOUIN C.**, *Le droit de préemption*, Bibl. de dr. privé, t. 164, LGDJ, 1979.
- SALACUSE W.J.**, *The three laws of international investment, National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University press, 1^{ère} éd., 2013.
- SALEILLES R.**,
De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, Paris, 1901.
Étude sur la théorie générale de l'obligation, LGDJ, 3^e éd., 1925.
- SAPONE N.**, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè ed., 2008.
- SARVARY-BENE P.**, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, th. Montpellier, 2015.
- SAVATIER R.**, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3^e éd., Dalloz, 1964.
- SERIAUX A.**, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Paris, PUF, 1985.
- SERINET Y.-M.**, « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles, Colloque de la Faculté de droit de l'Université de Rennes, le 30 septembre 2005*, (dir.) COLLART-DUTILLEUL Fr. et COULON C., Études juridiques, t. 28, Economica, 2007.
- SEUBE J.-B.**, *L'indivisibilité des actes juridiques*, Préf. CABRILLAC M., t. 40, Litec, 1999.
- SEVELY-FOURNIE C.**, *Essai sur l'acte extinctif, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. ROZES L., Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010
- SIMLER Ph.**, *La nullité partielle des actes juridiques*, Préf. WEILL A., Bibl. de dr. privé, t. 101, LGDJ, 1969.
- SIMON F.-L.**, *Théorie et pratique de la franchise*, Joly éd., Lextenso, 2009.

- SIRENA P. et FARACE D.**, « I contratti bancari del consumatore », in CAPOBIANCO E. (dir.), *I contratti bancari*, UTET Giuridica, Milanofiori, 2016.
- SIRI A.**, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, th. Aix Marseille 3, 2011.
- SLADE G.**, *Made to Break. Technology and Obsolescence in America*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 2006.
- SMITH A.**, *Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Thomas Nelson, Edinburg, 1838.
- SOINNE B.**, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, contribution à l'étude de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun*, th. Lille, 1968.
- STARCK B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, Rodstein, 1947.
- STERLIN C.**, *L'essor de la protection accordée au franchisé dans ses relations avec le franchiseur aux stades de l'exécution du contrat et de sa rupture*, th. Lille 2, 2003.
- STOFFEL-MUNCK Ph.**, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Préf. BOUT R., Bibl. de dr. privé, t. 337, LGDJ, 2000.
- STRICKLER Y. et RACINE J.-B. (dir.)**, *L'arbitrage, questions contemporaines*, L'Harmattan, Paris, 2012.
- STRICKLER Y.**, *Le juge des référés, juge du provisoire*, th. Strasbourg III, 1993.
- SUPIOT A.**, « La fonction anthropologique du droit », in *Entre la loi et le contrat*, Esprit, févr. 2001, p. 151 et s.
- TAFANELLI O.**, *Le temps et le contrat d'assurance*, th. Nice, 2002.
- TASCHER M.**, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, th. Besançon, 2011.
- TEYSSIE B.**,
Les groupes de contrat, Préf. MOUSSERON J.-M., Bibl. de dr. privé., t. 139, LGDJ, 1975.
Les relations individuelles de travail, Litec, 1992.
La loyauté dans les relations individuelles du travail, th. Paris, 1997.
- THOMAS G.**, *De la prorogation volontaire tacite en droit français, Tacite reconduction*, th. Poitiers, 1929, Ed. Guillemot et Lamothe, Limoges, 1929.

- TOULLIER M.**, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie et la pratique*, t. 3, 1837, Bruxelles, p. 203, n° 723 et s.
- TRIVELLIN M.**, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè éd., 2009.
- TURNER Ch.**, *Unlocking employment law*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2013.
- VALCAVI G.**, « Avoidability of the greater damage under Art. 1227, section 2, Civil Code, and replacement of the non-fulfilment », in *Selected legal writings*, Fondazione Giovanni Valcavi, url : <http://valcavi.it/en/selected-legal-writings.htm>.
- VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B.**, « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in **GILSON S.**, *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed. Anthémis, 2008, p. 162.
- VAN MEERBEEK J.**, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la CJUE*, Bruxelles, Anthémis, Public. De l'Université Saint Louis, 2014.
- VECCHI P. M.**, « Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio », in **AA. VV.**, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, IV*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 353-401.
- VERHAGEN R.**, « La responsabilité civile dans le code civil néerlandais », in *Les métamorphoses de la responsabilité : Sixième journées René Savatier*, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, t. 32, PUF, Paris, 1997.
- VIDAL C.**, *Les accidents subis par les clients dans les enceintes réservées à leur accueil*, th. Montpellier, 1976.
- VINCENT K.**, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », in *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 41, n° 3, 2000, p. 467.
- VINEY G. et JOURDAIN P.**, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2011.
- VIVANT M.**, « Les clauses de secret », in *Les principales clauses conclues par les professionnels, Colloque de l'IDA*, PUAM, 1991, p. 101.
- VOGEL J. et VOGEL L.**, *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Bruylant, 2^e éd., 2017.
- VOIRIN P.**, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th. Nancy, 1922.
- VON JHERING R.**,

Culpa in contrahendo, oder Scahdensersatz bei nitchtigen oder nicht zur Perfektion glangten Vertägen, 4 Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Rômischen un Deutschen Privatrechts 1, 1861.

L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 1886- 1888, Forni editore, réimpression 1969, t. 4.

« De la faute “in contrahendo” ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies*, traduction Meulenaere, t. 2, Paris, 1893, pp. 1-100.

VOUIN R., *La bonne foi. Notions et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1939.

VUILLEMIN J., *Essai sur la signification de la mort*, Paris, PUF, 1948.

WANDJI KAMGA A.-D., *Le droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, th. Limoges et Yaoundé II, 2009.

WANTIEZ Cl., VOTQUENNE D., *Le licenciement pour motif grave*, Larcier, Bruxelles, 2005.

WEILLER L., *La liberté procédurale du contractant*, th. Aix en Provence, PUAM, 2005.

WESNER P., *La responsabilité fondée sur la confiance : une fausse bonne idée en droit suisse*, éd. Thémis, Montréal, 2009.

WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. Ghestin, Bibl. de dr. privé, t. 426, LGDJ, 2004.

XIFARAS M. et LEWKOWICZ G. (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009.

III. MÉLANGES

ANCEL J.-P., « La Cour de Cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 161 et s.

« Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mél. D. Tricot*, Dalloz Litec, 2011, p. 61.

ANDRE M.-E., « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. 2, 1992.

ANDRE M.-E., « L'intuitus personæ dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges Cabrillac*, Litec Dalloz, 1999, p. 23.

ATIAS Ch., « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 339.

- BEAUCHARD J.**, « La nécessaire protection du concessionnaire et du franchisé à la fin du contrat », in *Libre droit, Mélanges. Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 37 et s.
- CABANIS A.**, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges Pierre Hébraud*, 1981, p. 171.
- CADIET L.**, « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges G. Cornu*, Paris, PUD, 1994, p. 29 et s.
- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Mélanges G. Farjat*, Frison-Roche, 1999, p. 23 et s.
- « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009.
- CORRIGNAN-CARSIN D.**, « Loyauté et droit du travail », in *Mélanges Blaise*, 1995, *Economica*, p. 125.
- COURBE P.**, « Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence », in *Mélanges A. Colomer*, Litec 1993, Paris.
- DELVOLVE P.**, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats », in (Coll.), *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 88-99.
- DIDIER P.**, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *Mélanges Terré*, Dalloz-Puf-J.-Cl., 1999, 635.
- FOUCHARD Ph.**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux, Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 95 et s.
- GUYON Y.**, « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de M. Vasseur*, éd. Banque, 2000, p. 75 et s.
- HAUSER J.**, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à J. Ellul*, PUF, 1983.
- HEBRAUD P.**,
« La notion de temps dans l'œuvre de Maurice Hauriou », in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, éd. Pédone, coll. Philosophie, Coll. Philosophie comparée du droit et de l'Etat, Paris, 1969.
« Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979.
- JAMIN Ch.**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.

LIBCHABER R., « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, Paris, 2005, p. 226.

MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999.

MESTRE J., « Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 439.

« Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz 1999, p. 689.

PIEDELIEVRE A., « Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum producit effectum" », in *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, LGDJ, 1967.

REMY Ph., « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges Couvrat*, PUF, 2001.

REMET Th., « La clause légale », in *Mélanges Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277.

ROLAND H., « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966.

SÉRINET Y.-M., « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 789.

TALLON D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Mélanges G. Cornu*, PUF, 1995, 429.

TERNEYRE P., « Les rapports hiérarchiques entre Constitution, loi et contrat en droit positif français, in *Renouveau du droit constitutionnel, in Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007.

TROCHU M., « L'intervention de la notion de temps dans les contrats internationaux à exécution successive », in *L'internationalisation du droit, in Mélanges offerts à Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 377.

VINEY G.,

« La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 921.

« Pour ou contre un principe général de responsabilité pour faute », in *Mélanges P. Catala*, LexisNexis, 2001.

« Cessation de l'illicite et responsabilité civile », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 561 et s.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, OBSERVATIONS ET NOTES

ADAM P., « Mon traître, ce héros », *Rev. trav.* 2016. 566, obs. sous. Soc. 30 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 15-10.557.

AJACCIO F.-X. et CASTON A., « L'administrateur judiciaire doit s'assurer de l'efficacité de l'assurance de responsabilité décennale », *Gaz. Paz.*, 3 mars 2015, n° 62, p. 15.

ALBARIAN A.,

De la perte de la confiance légitime en droit contractuel : essai d'une théorie, th. Aix-en-Provence, 2010.

« Le fidéisme contractuel », *RIDC*, vol. 4, 2011, p. 601.

« La perte de confiance, "marqueur" de la gravité du comportement du contractant légitimant la rupture unilatérale du lien contractuel », *LPA*, 18 oct. 2013, p. 6.

ALFANDARI E., « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971. I. 2395.

AMAR-LAYANI B., « La tacite reconduction », *D.* 1996. 143, p. 147.

AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B., obs. sous, *Civ.*, 20 janv. 2010, *Bull. civ. III*, n° 14, pourvoi n° 09-65.272, *D.* 2011. 472.

AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., obs. sous *Ch. mixte*, 17 mai 2013, *Bull. Ch. mixte* n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, *D.* 2014. 630.

AMSELEK P., « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *in Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 3/1990, p. 380.

ANCEL P.,

« La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979. 203.

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771.

ANGUS D., « Abuse of rights in contractual matters in the province of Quebec », *McGill Law Journal, Case and comment*, n° 2, vol. 8, 1962, p. 157, URL: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5911502-angus.pdf>.

ANQUETIL, « Le nouveau visage de la justice civile », *JCP E* 1972, IV, 6150, n° 21.

ANSAULT J.-J., note sous, *Com.* 29 sept. 2015, n° 14-17.343, *Rev. sociétés* 2016. 228.

ARCELIN-LECUYER L., « De la difficulté d'appréhender l'opportunisme commercial : l'exemple de l'ambush marketing », *D.* 2008. 1501

ARHEL P., « L'influence de la réforme communautaire des restrictions verticales sur le droit national », LPA, 30 nov. 2001, n° 239, p. 23.

ARONICA Ch., « La clause du client le plus favorisé, AJCA 2014. 69.

ARSEGUEL A. et AMAUGER-LATTÈS M.-C., « L'obligation de non-concurrence et les relations de travail », RF compt. 1994. 50.

ASFAR-CAZENAVE C., « Le nouveau droit français des contrats », *La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, n° 49-3, p. 717.

ASSELAIN M.,

« Responsabilité du dirigeant social en cas de manquement à l'obligation d'assurance décennale », RGDA, 1^{er} mai 2016, n° 5, p. 255, obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 2016, pourvoi n° 14-15326.

« La clause de cessation des garanties à la date de mise en retraite de l'assuré », EDA, 1^{er} janv. 2017, 1, p. 5.

ASTAIX A., Clauses abusives : publication des listes « noire » et « grise », D. 2009. 797.

ASTRUCJ.-F., « La clause de non-concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier », D. 2002. 908.

ATIAS Ch.,

« Les promesses implicites de stabilité (crédit et emploi) », D. 1995. 125.

« Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation », D. 2003. Chron. 2620.

« Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? », D. 2010. 2536.

« L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », D. 2013. 1765, n° 6 : « *La sécurité due aux autres, la cohérence ou la loyauté excluent un retour sur ce qui a été fait et ne peut être défait, sur ce qui vaut, sur la situation créée* ».

« Exécution et efficacité des actes juridiques », D. 2013. 2288.

AUBERT J.-L., obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, Defrénois 2005. 1247.

AUGUET Y.,

« La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », LPA 1998, no 75, p. 17.

obs. sous Soc. 13 janv. 1998, pourvoi n° 95-41.467, D. 1999. 103.

AUQUE F., note sous, Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, JCP 1993. II. 22089.

AUZERO G., « La distinction entre clause pénale et clause de garantie d'emploi », RDT 2008. 304.

AVENA-ROBARDET V.,

obs. sous Versailles, 4 févr. 2004, RG n° 2004-232683, D. 2004. 635.

obs. sous Civ. 2^e, 18 juin 2009, Bull. civ. II, n° 165, pourvoi n° 08-10.843, D. 2009, AJ 1769.

obs. sous Civ. 2^e, 9 sept. 2010, Bull. civ. II, n° 149, pourvoi n° 09-16.538, D. 2010. 2073

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-13.658, D. 2015. 1837.

AVOUT (d') L. et BOLLEE (S.), « Droit du commerce international », D. 2014. 1973.

AYNES L.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, pourvoi n° 01-03.662, RDC 2004. 273.

« La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », Dr. et patr. nov. 2003. 28.

obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, Dr. Et patr. 2006, p. 144, p° 144, p. 87.

« *Rapport introductif* », *L'anéantissement rétroactif du contrat*, RDC 1^{er} janv. 2008, p. 9.

AZÉMA J., *Le droit français de la concurrence*, 2^e éd., 1989, PUF, coll. Thémis, n° 84

AZZI T. et AUGER S., « Les nouvelles règles de dévolution successorale du droit de suite (ou comment transformer une bonne idée en un mauvais texte) », D. 2016. 2416, n° 5.

AZZI T., « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », D. 2008. Dossier 700.

BAHUREL C., obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvois n° 12-22.846 et 12-22.948, D. 2013. 2622

BAHUREL C., obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvoi n° 12-22.846, D. 2013. 2622.

BAHUREL Ch., « Clause de non-concurrence : refus d'une contrepartie financière réclamée au nom de la cause », D. 2013. 2622.

BAKER L. A. & EMERY R. E., « When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage », *Law & Human behavior*, vol. 17, 1993, p. 439.

BALAT N., « Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme », RDA, févr. 2006, p. 61.

BALDIN L., « Respect du principe d'unicité de la réception dans un même lot de travaux », L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme, 1^{er} mai 2017, n° 5, p. 2.

BANDRAC M., « Cautionnement. Prorogation tacite d'une ouverture de crédit. Incidence sur l'engagement de la caution », RTD civ. 1998. 150.

BARBIER H.,

« *Partir c'est revenir un jour* », in Lamyline Dr. et patr. 2003, p. 119, obs. sous Civ. 3^e, 12 juin 2003, Bull. civ. III n° 128, p. 114, pourvoi n° 01-17.692.

obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, RTD civ. 2013. 597.

« Les clauses et actions dans les chaînes de contrats circulent mieux en France qu'en Europe ! », RTD civ. 2013. 839.

obs. sous, Com. 6 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.349, RTD civ. 2014. 642.

« La traque judiciaire des abus de prérogatives unilatérales, jusqu'aux plus dissimulés », RTD civ. 2015. 123.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-17.772, AJCA 2015. 469.

« Grief de déséquilibre encore, à l'encontre d'une clause attributive de juridiction », RTD civ. 2015. 607, note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, pourvoi n° 13-27.264.

obs. sous Com. 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, Cah. arb. 2016. 49.

obs. sous Com. 24 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-14924, RTD civ. 2016. 98.

obs. sous Soc. 2 déc. 2015, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 14-19.029, RTD civ. 2016. 98.

« Les nouveaux ressorts normatifs de l'exigence de détermination du contenu contractuel », RTD civ. 2016. 98.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, pourvoi n° 14-25.080, RTD civ. 2016. 118

« Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016. 247.

« La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de l'équilibre général du contrat », RTD civ. 2016. 614.

BARLOW D., « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », D. 2012. 1502.

BARRIERE F., « Les lanceurs d'alerte », Rev. sociétés 2017. 191.

BATIFFOL H., « La crise du contrat et sa portée », APD, t. 13, Sirey, 1968.

BAUDOUIN L., « La notion de garantie en droit des contrats par Bernard Gross », Librairie générale de Droit et de Jurisprudence (1964), *McGill law journal*, vol. 11.

BAUGARD D. et **BORGAN N.**, note sous, Com. 7 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 14-17.978, D. 2016. 2042.

BAZIN E., « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000, p. 1381 et s.

BAZZOLI L. et KIRAT Th., « Deux regards non hayekiens sur l'efficience et la sélection des règles juridiques », *APD*, t. 42, 1997, p. 265.

BEAUGENDRE S., obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18.033, *Bull. civ. III*, n° 221, *AJDI* 2004. 204.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

« L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 nov. 2002. 36.

obs. sous Com. 6 mai 2002, *Bull. civ. IV* n° 81, n° 99-14093, obs., *RDC* 1^{er} déc. 2003, n° 1.

obs. sous Com. 14 janv. 2003, inédit, pourvoi n° 00-11.781, *RDC* déc. 2003, n° 1 p. 159.

obs. sous Com., 14 janv. 2004, pourvoi n° 02-15.541, *Stés Prodim et Logidis c/ M. X, liquidateur de la société Evolys*, *RDC* 1^{er} oct. 2004, n° 4, p. 1008.

« “Chat échaudé craint l'eau froide” : le fournisseur peut refuser d'agréer l'ancien distributeur dont le contrat de distribution a été résilié pour inexécution », *RDC* 2007, p. 417.

obs. sous Com. 21 oct. 2008, inédit, pourvoi n° 07-12.336, *RDC* 2009. 197.

« Le projet de réforme tendant à l'encadrement des contrats d'affiliation pour faciliter le changement d'enseigne et le rapport Fasquelle », *RDC* 1^{er} oct. 2011, n° 4, p. 1274.

Les obstacles à la sortie du franchisé », *RLDA* 2012, n° 4180.

« Le contenu du contrat », *RDC* avr. 2013, p. 756 et s., spéc. n° 10 et s.

« De Lefebvre à Macron : la valse des contrats d'affiliation devant l'Assemblée nationale et le Sénat », *RDC* 1^{er} sept. 2015, n° 3, p. 532.

« Les clauses de parité tarifaire en péril dans la réservation hôtelière », *RDC* 1^{er} déc. 2015, n° 4, p. 931.

BELLEY J.-G., « Une philosophie de l'aspiration juridique : l'art de bien se contraindre », *in APD*, *L'obligation*, t. 44, *Dalloz*, 2000, p. 324.

BENABENT A. et DUBARRY J.-Cl., obs. sous Com. 21 mars 1984, *Bull.*, n°115. *RTD. com.* 1985, p. 91.

BENABENT A.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *D.* 1996.121.

« L'anéantissement rétroactif du contrat », *La révision du passé contractuel entre les parties*, *RDC* 1^{er} janv. 2008, p. 15.

« La prolongation du contrat », *RDC*, 2004, n° 1, p. 117.

BENET A., « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », *JPC* 1987. I. 3274.

BENSAUDE D.,

obs. sous Paris, P. 1, ch. 1, 15 oct. 2013, *RG* n° 12/03016, *Gaz. Pal.*, 11 janv. 2014, n° 11.

« Extension du délai pour rendre la sentence par l'arbitre », *Gaz. Pal.*, 14 mars 2015, n° 73, p. 6, obs. sous Paris, P. 1, ch. 1, 4 nov. 2014, RG n° 13/22288.

BERAUD R., « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », *JCP*, 1952, I, 1029.

BERHHEIM-DESVAUX S., « La clause d'inaliénabilité d'un bien », *CCC* 2013, n° 5.

BERLAUD C., « Clause de non-garantie des vices cachés : une solution sévère pour le vendeur », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 27, p. 43, obs. sous Civ. 3^e, 29 juin 2017, à paraître, pourvoi n° 16-18.087.

BERLIOZ G., « Les garanties dans les relations économiques internationales », *JCP CI* 1980. II. 13324.

BERLY J.-M., « Désordres évolutifs, état de la jurisprudence », *RDI*, 2000, p.115.

BERNHEIM-DESVAUX S., « Favoriser les MARD », *CCC* n° 2, Févr. 2017, repère 2.

BERR C.-J., obs. sous Civ. 1^{ère}, 26 juin 1984, *Bull. civ. I*, n° 207, pourvoi n° 83-12.219, *D.* 1985. 192.

BERTREL J.-P., « Liberté contractuelle et société (essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés) », *RTD com.* 1996. 595.

BEYNEIX I. et LEMMET L.-Cl., « La négociation des contrats », *RTD com.* 2016. 1.

BIGOT J., obs. sous Civ. 1^{ère}, 26 juin 1984, *Bull. civ. I*, n° 207, pourvoi n° 83-12.219, *RGAT* 1985. 361.

BIZIÈRE P., « Les clauses de non-concurrence », *Inf. chef entrepr.* 1960. 1087.

BLAISE H., « La révision judiciaire des indemnités contractuelles de licenciement », *Dr. soc.* 1980. 365.

BLAISE J.-B. et JENNY F., « Le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse », *RID éco* 1995, *De Boeck Supérieur*, n° 1, p. 91, cité *in* **BOY L.**, « Réflexion sur le droit de la régulation », *D.* 2001. 3031.

BLANCHET D. et MARIONI P., *L'activité après 55 ans : évolutions récentes et éléments de prospective*, *Économie et statistique*, Vol. 300, N° 1, 1996, pp. 105-119.

BLANC-JOUVAN G.,

obs. sous, *Soc.* 13 juin 2007, *Bull. civ. V*, n° 98, pourvoi n° 04-42740, *JCP S* 2007. 1674.

obs. sous *Com.* 21 oct. 2008, inédit, pourvoi n° 07-15.905, *NP, JCP S* 2009. 1115.

- BLIN-FRANCHOMME M.-P.**, « Prendre la RSE au sérieux ? L'obligation légale d'information sociale, environnementale et sur le développement durable en droit des sociétés », *Journ. sociétés*, juill. 2012, p. 44 s.
- BOCCARA B.**, note sous, Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, JCP E 1993, II, 460.
- BOILLOT Ch.**, « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.* 2010. 243, n° 1.
- BOITELLE A.**, « Donation de choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit », *JCP N* 1996. I. 1761.
- BOLLEE S.**, obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, Bull. Civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, *D.* 2007. 2077.
- BORE J.**, *Un centenaire: le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, *RTD Civ.* 1972. 249.
- BORONAD-LEDOIN.**, note sous, Com., 6 juin 2002, *JCP* 2002, II, n° 10008.
- BORRICAND J.**, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD Civ.* 1957, p. 453.
- BOUBLI B.**, « *Sur quelques difficultés de convergence entre l'assurance et la responsabilité dans la construction* », *RDI* 1997.
- BOUCHE N.**, « La protection du savoir-faire », *AJCA* 2015. 346.
- BOUCOBZA X. et SERINET Y.-M.**, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.* 2017. 1619.
- BOULOC B.**,
obs. sous Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044, *RTD com.* 1991. 440.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 1994, n° 92-14.346, Bull. civ. I, n° 234, *RTD com.* 1995. 184.
obs. sous Com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1998. 405.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 72, pourvoi n° 89-19.999, *RTD com.* 1999. 647.
obs. sous Com. 4 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 98, p. 107, pourvoi n° 00-14.688, *RTD com.* 2003. 159.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, Bull. civ. I n° 165, p. 146, pourvoi n° 02-19.236, obs., *RTD com.* 2006. 906.
obs. sous Com. 4 déc. 2007, Bull. civ. IV, n° 255, pourvoi n° 06-15.137, *RTD com.* 2008. 615.
obs. sous, Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, Bull. civ. I, n° 56, pourvoi n° 06-19.977, *RTD com.* 2008. 842.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, pourvoi n° 07-16876, *RTD com.* 2009.201.

- BOURDOISEAU J.**, « La “généralisation” de la complémentaire santé : un bilan », RDSS 2017. 436.
- BOUSSAGEON B.**, obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, AJDI 1993. 710.
- BOUTHINON-DUMAS H.**, « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », *Revue internationale de droit économique*, 3/2001(t.XV, 3), p. 339-373.
<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2001-3-page-339.htm>
- BOUTHINON-DUMAS H.**, « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* », RIDE, 2001/3, t. 15, 3, p. 339-373.
- BOUTON J.**, « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », Rev. trav. 2014. 471.
- BOUTONNET M.**,
obs. sous Civ. 3^e, 16 mars 2005, *Hydro Agri*, Bull. civ. III, n° 67, p. 60, pourvoi n° 03-17.875, D. 2006. 50.
obs. sous Civ. 3^e, 9 sept. 2009, pourvoi n° 08-13.050, D. 2009. 2976.
- BOUVIER A.**, *Regards sur le contrat de franchise*, th. Montpellier, 2015.
- BOY L.**, « Réflexions sur “le droit de la régulation” », D. 2001. 3031.
- BRACONNIER S., DOURLENS N. et LAVABRE Ch.**, « Résiliation - La contestation des décisions de résiliation des contrats administratifs », RCMP, n° 11, nov. 2015, 10.
- BRACONNIER S.**, obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, AJDA 2007. 1497.
- BRAUD F. et MOUSTARDIER A.**, obs. sous obs. sous CE 8 juill. 2005, *Alusuisse-Lonza-France*, req. n° 247976, D. 2005. 3075.
- BRAULT Ph.-H.**,
note sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, Loyers et copr. 1993. Chron. 8.
note sous Civ. 3^e, 15 mars 2000, inédit, pourvoi n° 98-16.771, Loyers et copr. 2000, comm. 141.
obs. sous Civ. 3^e, 12 juin 2003, Bull. civ. III, n° 123, p. 113, pourvoi n° 02-11.493, Loyers et copr., n° 7-8, juill. 2003, comm. 155 et chron. 7.
note sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, Gaz. Pal. 30 sept. 2004, p. 29.
note sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, Loyers et copr. 2012, n° 91.
- BRAY J.-E.**, « Du tout-Etat au tout-contrat ?, De l'entreprise citoyenne à l'entreprise du législateur ? », Dr. soc. 2000, p. 574.

BRETON A., « Théorie générale de la renonciation aux droits réels », RTD civ. 1928. 261.

BRETONNEAU A. et LESSI J.,

« Assurance d'un emprunt : clause de cessation de garantie », D. 2008. 2226.

« Limite d'âge des contrôleurs aériens et droit de l'Union : autorisation de vol », AJDA 2014. 1029.

BRIAND Ph., « L'indemnité d'occupation due par le locataire indûment resté dans les lieux n'incombe pas à son colocataire solidaire », AJDI 2001. 875.

BRIERE DE LISLE G. et DERRUPPE J.,

obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, RDI 1993. 276.

obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, RDI 1994. 511.

BRUN Ph., obs. sous Civ. 1^{re}, 21 mars 2006, Bull. civ. I n° 165, p. 146, pourvoi n° 02-19.236, RDC, 1^{er} oct. 2006, n° 4.

BRUNET P., « L'appréciation par le juge de cassation du pouvoir d'appréciation du juge du contrat », RDC 1^{er} janv. 2011, 1, p. 213, obs. sous CE, 9 avr. 2010.

BUCHER Ch.-E., « Légalité d'une disposition réglementaire de non-concurrence qui s'impose au vétérinaire salarié ou collaborateur, malgré l'absence de contrepartie financière », AJCA 2016. 294.

BUEB. R., « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », LPA 6 déc. 2007, n° 244, p. 4.

BÜHLER M., « Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux », RDAI 2002, n° 3, p. 359.

BUREAU D. et HORY A., obs. sous Paris 10 sept. 1997, Rev. arb. 1999. 121.

BUREAU D. et MUIR WATT H., obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. 2010, I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, Rev. crit. DIP 2010. 743.

BUREAU D.,

note sous Paris, 30 sept. 1993, Rev. arb. 1994. 359.

note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rothschild*, Bull. Civ. 2012, I, n° 176, pourvoi n° 11-26.022, Rev. crit. DIP 2013. 256.

BURST et KOVAR R., « La mariée est en blanc », Gaz. Pal. 1986. 1. Doctr. 392.

BUY F.,

obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, LPA 17 oct. 2007, n° 208.

obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, JCP 2013. 673.

« Loi “Macron” : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat », D. 2015. 1902.

CABRILLAC M., « Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente », D. 1964. 181.

CABRILLAC R., « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008. I. 190.

CADIET L.,

note sous Civ., 19 oct. 1988, JCP G 1989, II, 21279.

« Introduction », *in* RIDE, 1999-2, p. 143 et s.

CAFAGGI F., « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », RIDE, 2005/2 (t. 19, 2).

CALAIS-AULOY J., « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ. 2005. 701.

CANEDO-PARIS M., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, RFDA 2007. 935.

CANIVET G., *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, oct. 2004, p. 32.

CAPITANT D., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, AJDA 2007. 2500.

CARAMALLI D., « Remarques et mise en garde pour la rédaction des clauses de meilleure diligence », LPA, 11 juin 2003, n° 116, p. 4.

CARBONNIER J.,

Contrats spéciaux, RTD civ., t. 58, 1960, p. 494.

« De l'obligation de vider les lieux en fin de bail », RTD civ. 1960, t. 58, p. 494.

obs. sous Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° n° 87-17.044, Defrénois, 1991, art. 35102, p. 1025.

CARLI P., « L'insécurité tenant à la relativité d'une nullité ou d'une inopposabilité », RTD com. 1993. 255.

CARON C., « Secret et propriété intellectuelle », Dr. et patr. 2002, n° 102.

CARVALHO L., « Pas de caducité pour la clause de non-concurrence », *Rev. trav.* 2015. 181.

CASEAU-ROCHE C., « La clause de confidentialité », *AJ Contrats d'affaires Concurrence Distribution* 2014. 119.

CASTEL D., « Contrat aidé - Carence : requalification-sanction en CDI », *JA* 2015, n°521, p. 11.

CASTELS-RENARD C et HATANO H., « L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats », *RIDC*, vol. 62, n° 3, 2010, p. 713 et s.

CASTON A.,

« Réforme de la responsabilité et de l'assurance », *AJPI* 1978. 93.

« Garantie décennale et responsabilité de droit commun », *AJPI* 1993. 535.

CAYROL N., « Opposabilité et force obligatoire des clauses processuelles », *RDC* 1^{er} déc. 2014, n° 4, p. 704.

CEDRAS J., « L'obligation de négocier », *RTD civ.* 1985. 265.

CELAYA M., « Sur l'inexécution contractuelle justifiant une rupture sans préavis », obs. sous Paris, 5-4, 22 févr. 2017, n° 14/02772.

CÉLESTE P.-X., « L'obligation de non-concurrence supprime-t-elle l'obligation de fidélité ? », *Sem. soc. Lamy*, n° 489, 5 févr. 1990, p. 72.

Centre de recherche de droit privé de Nancy II, « Portée du cautionnement lorsque la caution s'engage jusqu'à l'extinction des obligations du locataire », *D.* 2002. 1723.

CERF-HOLLENDER A., « Harmonisation et réglementation de la protection du lanceur d'alerte », *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 1^{er} févr. 2017, n° 2.

CHABERT C., obs. sous Com. 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639, *Comm. com. électr.* 2006, n° 98.

CHAGNY M. et FOURGOUX J. L., « Les clauses de non-concurrence : approche pratique », *Rev. Lamy dr. des aff.*, 1^{er} févr. 2012, n° 68.

CHAGNY M.,

« La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles », *Revue Lamy Droit de la concurrence*, août-oct. 2005, n° 4, p. 186 s.

« La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G* 2006. I. 149.

« Un an de droit des contrats de distribution », *Journ. sociétés* 2008, n° 51, p. 60 s.

« Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2016. 719.

CHALTIEL F., « À la recherche d'un statut pour les lanceurs d'alerte », *LPA* 9 mars 2017, n° 049, p. 4.

CHAMPAUD C. et **DANET D.**, obs. sous Civ. 3^e, 3 mars 1993, *Bull. civ. III*, n° 28, pourvoi n° 91-15.613, *RTD com.* 1993. 665.

CHANTEPIE G.,

« L'efficacité attendue du contrat », *RDC*, 1^{er} janv. 2010, 1, p. 347.

« La précarité des relations commerciales », *JCP E* 2012, 1605.

« L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC*, 1^{er} juill. 2012, p. 989.

« La gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016. 130.

CHAPPUIS C., « Les clauses de best efforts, reasonable care, dure diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux », *RDAL*, 2002, n° 3, p. 281.

CHAPUT Y., « Les sûretés négatives », *in Ann. Fac. droit Clermont-Ferrand*, 1974.

CHARBONNEAU A., « La contrepartie financière d'une clause de non-concurrence : indifférence du mode de rupture du contrat quant à son montant », *D.* 2012. 443, obs. sous Soc. 25 janv. 2012, à paraître, pourvoi n° 10-11.590.

CHARBONNEL L., obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, *Bull. Civ. I*, n° 240, pourvoi n° 09-12.442, *LPA* 29 juin 2011, p. 11.

CHASSAGNARD-PINET S., « Le vocabulaire », *RDC*, 1^{er} sept. 2016, 3, p. 581.

CHAUCHARD J.-P., « Les équivoques de l'assurance maladie complémentaire en entreprise », *RDSS* 2016. 149.

CHAUVIRE Ph., « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n° 120, p. 29.

CHENU D.,

Les clauses contractuelles autonomes, th. Tours, 2010.

« Confirmations et précisions en droit de la rupture conventionnelle du contrat de travail », *Dr. soc.* 2015. 941.

CHÉRON A., « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », *RTD civ.* 1906. 339.

CHEVALIER P., obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, Bull. Civ. I, n° 240, pourvoi n° 09-12.442, JCP G 2010, n° 52, 1307.

CHEVRIER E.,

obs. sous Com., 22 févr. 2000, Bull. civ. IV, n° 35, p. 29, pourvoi n° 97-17.020, D. 2000.153.

obs. sous Com. 4 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 98, p. 107, pourvoi n° 00-14.688, D. 2002. 2328.

obs. sous Com. 4 déc. 2007, Bull. civ. IV, n° 255, pourvoi n° 06-15.137, D. 2008. 10.

obs. sous Com. 28 sept. 2010, Bull. 2010, IV, n° 145, pourvoi n° 09-13.888, D. 2010.2357.

CHIFFLOT N., « Création de l'Agence française anticorruption et d'un statut du lanceur » d'alerte, Procédures 1, janv. 2017. 32.

CHOLET D., « La novation du contrat », RTD civ. 2006. 467.

CLARET G., « La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », JCP 2005. I. 140.

CLARKE R., « The Impact of a Groceries Ombudsman on Consumers' Best Interests », Cardiff Business School, URL: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/registered-org/traidcraft-15a_en.pdf.

CLAUX J.-P.,

« Lutter contre l'égoïsme d'un époux », AJ Famille 2009. 436.

« Transparence et loyauté dans le divorce : liquidation et partage », AJ Fam. 2009. 439.

CLAY Th.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, Bull. Civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, D. 2008. 180.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, D. 2010. 2933.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, Bull. Civ. I, n° 240, pourvoi n° 09-12.442, D. 2010. 2933.

obs. sous Paris, pôle 1, ch. 1, 18 mars 2014, RG n° 12/13601, *Sarl Sept de Coeur c/ Soc. Babyjorn AB*, D. 2014. 2541.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, pourvoi n° 14-25.080, D. 2015. 2588

« Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D. 2016. 2589.

« L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *in* JCP G, n° 48, 28 nov. 2016, doct. 1295.

COCHET F., « Incidences en matière de transactions immobilières », AJDI 2016. 324.

COHEN D.,

obs. sous Paris, 20 sept. 1995, Rev. arb. 1996. 82.

note sous Civ. 2^e, 20 déc. 2001, Bull. civ. 2001 II, n° 198, p. 139, pourvoi n° 00-10.806, Rev. arb. 2002, p. 379.

COHEN-TRUMER D. et LEVY L., note sous Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, JCP 1994, éd. N, II, p. 239.

COLLART-DUTILLEUL F. et DERRUPPE J.,

« Portée d'une stipulation conventionnelle de solidarité entre les cotitulaires d'un bail », RDI 1996. 285.

« La solidarité des époux n'est pas atteinte par le congé adressé au bailleur par l'un d'eux », RDI 1998. 425.

CONCHON H., « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », LPA 2002, n° 75, p. 6.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

« La contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence », RJS oct. 1992. 587.

« Validité de la clause de non-concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise », Dr. soc. 1992. 967.

CORVEST H., « L'inaliénabilité conventionnelle », Defrénois 1979, art. 32126, p. 1377.

COSSALTER Ph., « Une décision de résiliation d'un contrat administratif peut faire l'objet d'un recours en reprise des relations contractuelles accompagné d'une requête en référé suspension », RJEP, 1^{er} oct. 2011, n° 690, comm. 44.

COUPET C.,

« Les normes d'origine privée », RTD com. 2015. 437.

obs. sous Com. 7 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 14-17.978, AJCA 2016. 391.

COUSTET Th., Civ. 1^{ère}, 19 févr. 2014, Bull. civ. I, n° 26, pourvoi n° 12-15.520, Dalloz Actu., 25 févr. 2014.

CRESSARD B., « Contrat de franchise et bonne foi », AJ contrat 2017.163.

CREVEL S., « Le régime du bail environnemental », JCP Droit rural n° 352, Avril 2007, comm. 134.

CROCQ P., « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du code civil) », D. 2005. 2025.

CROSS J. T., « Trade secrets, confidential information, and the criminal law », McGill Law Journal, 1991, vol. 36, p. 525.

D'AVOUT L. et BOLLE S. obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. 2010, I, n° 131, pourvoi n° 07-17788 D. 2010. 2323.

DAGORNE-LABBE Y.,

obs. Sous Civ. 3^e, 19 janv. 2005, Bull. civ. III, n° 12, pourvoi n° 03-16.623, D. 2005. 2439.

« La fraude du vendeur n'ouvre pas droit à l'attribution de sa commission à l'agent immobilier », D. 2011. 62, obs. Civ. 3^e, 8 juin 2010, pourvoi n° 09-14.949.

DAGOT M., « Loyer minimum renouvelé d'un bail avec clause-recettes », JCP G 1996, n° 41, doct. 3966.

DAIGRE J.-J., « Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie. La revanche de la liberté », Cah. dr. entr. 1992, n° 6, p. 4..

DAMAS N., « Solidarité des copreneurs et résiliation du bail », AJDI 2010. 26.

DAOUD E. et SFOGGIA S., « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II » », AJ pénal 2017. 71.

DAVIS T., *UCC Breach of warranty and contract claims: Clarifying the distinction*, Wake Forest University, 2010, http://works.bepress.com/timothy_davis/1.

D'AVOUT L., note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rothschild*, Bull. Civ. 2012, I, n° 176, pourvoi n° 11-26.022, D. 2013. Pan. 2293.

DE BERMOND DE VAULX M., « Les problèmes juridiques posés par l'expiration des contrats de concession exclusive », JCP CI 1984, I, 14246.

DEBAURAIN J., *Guide des baux commerciaux, Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, nov.-déc. 2006, n° 11-12, Edilaix, p. 2148, n° 190.

DEGENKOLB H., « Der Begriff des Vorvertrages, Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, (Zur Lehre vom Vorvertrag) », in *Archiv für die zivilistische Praxis*, Freiburg, 1887

DEGOS L., « La Cour de cassation consacre l'autonomie de la clause compromissoire en droit français de l'arbitrage interne », D. 2003. 1117.

DEHARO G., « Opportunité économique et légitimité judiciaire. Jalons pour une analyse heuristique des stratégies d'action en justice », Droits, n° 57, 2013/1, PUF.

DEL SOL M., « Les conséquences de la résolution de la vente sur le contrat de crédit-bail », Rev. Jur. de l'Ouest, 1993, vol. 6, n° 1, pp. 1-28.

DELAPORTE V., « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », Bull. info. C. Cass., Hors-série « La procédure civile », 23 janv. 2004.

DELEBECQUE Ph.,

« Les parties peuvent-elles renoncer aux conséquences de l'interdépendance reconnue entre deux contrats ? », D. 2000. 364.

note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, *Banque Rothschild*, Bull. Civ. 2012, I, n° 176, pourvoi n° 11-26.022, RTD Civ. 2013. 383

obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, Bull. Civ. I, n° 240, pourvoi n° 09-12.442, RTD com. 2011, p. 667.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 511, pourvoi n° 05-10.783, RDC 2007. 392.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. 2010, I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, D. 2011. 667.

note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, n° 11-26.022, RTD Civ. 2013. 383.

DELPECH X.,

« Consécration de l'autonomie de la clause pénale », Dalloz actu. 30 mars 2011.

obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, D. 2013. 1658

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, Dalloz actu. 20 juill. 2010.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, D. 2007. 2077.

DÉMARET P., « L'arrêt Pronuptia et les contrats de franchise en droit européen de la concurrence : innovation et tradition », JCP E 1986. II. 14816.

DEPINCE (M.), « La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives », RTD com. 2009. 259.

DEPREZ J., « Sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles », Trav. Assoc. Henri Capitant, t. 17, 1964, 28.

DERREZ P., « Du congé donné par un seul des copreneurs solidaires et ses effets », Ann. loyers juillet 1992, p. 884.

DERRUPPE J.,

« Fonds de commerce. Location-gérance, Durée, Renouvellement, Tacite reconduction, Promesse de vente, Maintien (non) », RTD com. 1997. 228.

note sous, Civ. 3e, 15 mars 2000, inédit, pourvoi n° 98-16.771, D. 2000. 497.

DESHAYES O.,

« Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011. 726.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, Bull. civ. I, n° 123 pourvoi n° 10-15.811, CCC 2011, n° 230, obs. sous RDC 2011. 1183.

DESSUET P.,

« La responsabilité des notaires en matière d'assurance », *RGDA* 2011. 379.

« L'article 95 de la loi Macron sur la modélisation des attestations en assurance construction : de Charybde en Scylla ? », *RDI* 2015. 427

« L'obligation de conseil du notaire en matière de contrôle d'assurance », *RDI* 2016. 552.

« Publication de l'arrêté sur les mentions minimales de l'attestation d'assurance RC décennale », *RDI* 2016. 133.

DEUMIER (P.),

obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, *RTD Civ.* 2007. 531.

« Clause attributive de juridiction : les spécificités du droit commun et du droit de l'Union européenne réunies par la spécificité d'une adhésion peu conventionnelle », note sous Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2010, pourvoi n° 08-12.749, *in RDC* 1^{er} janv. 2010, n° 3, p. 965.

« Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *in Les codes d'éthique, Prémices d'une gouvernance d'entreprise transnationale*, Cah. dr. ent. 2014, n° 4, p. 37.

DI MATTEO L. A., « Equity's modification of contract: an analysis of the twentieth century's equitable reformation of contract law », *New England Law Review*, 1998-1999, vol. 33, p. 265

DIDRY (Cl.), « Emmanuel Lévy et le contrat, la sociologie et le droit des obligations », *Droit et Société*, 56-57, 2004, p. 155.

DIESSE F., « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *APD*, vol. 43, 1999, p. 301.

DISSAUX N.,

« L'article L. 442-6 du Code de commerce et son juge...arbitral », *D.* 2015. 2537.

« Les conventions relatives à la rupture d'une relation commerciale », *RTD com.* 2015. 783

« L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur », *RDC*, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1072.

DONDERO, « L'exclusion d'un associé, les droits de la défense et le régime restrictif des nullités du droit des sociétés », *D.* 2010. 2880.

DORANDEU N., « La transmission des clauses de compétence en droit international privé », *in JDI* 2002. 1001.

DREYFUS J.-D., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, *RDI* 2007. 429.

DROIN N., « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas », D. 2015. 931.

DUBARRY J.-C. et LOQUIN E., note sous Paris, 30 sept. 1993, RTD Com. 1994. 703.

DUCHEMIN W.,

« La directive communautaire sur le droit de suite », *RIDA* 2002, n° 191, p. 3.

« Le droit de suite », *RIDA* 1974, n° 80, p. 5.

DUMONT M.-P.,

« Requalification d'un contrat de location-gérance en sous-bail commercial », *AJDI* 2005. 833, obs. sous Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, *Andréozzi c/ Le Saint Jean (Sté)*, Bull. civ. I, n° 110, p. 101, pourvoi n° 04-11.835.

obs. sous Civ. 3^e, 14 juin 2006, Bull. civ. III, n° 147, pourvoi n° 05-14.614, *AJDI* 2006. 905.

DUMONT-LEFRAND M.-P.,

« Baux commerciaux », D. 2017. 1572.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.433, *Gaz. Pal.* 6 mai 2010, n° 126.

DUMOULIN L.,

« Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. sociétés* 2006. 1.

« Droits de la personnalité et droit à la vie privée des personnes morales », *Rev. sociétés* 2016. 594.

DUPICHOT Ph.,

« *L'efficacité économique du droit des sûretés réelle* », *LPA* 16 avr. 2010, n° 76, p. 7.

« Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, p. 387 et s.

DYENS S.,

« Le lanceur d'alerte dans la loi « Déontologie », un traitement toujours insuffisant », *AJCT* 2016. 301.

« Le lanceur d'alerte dans la loi « Sapin 2 » : un renforcement en trompe-l'œil », *AJCT* 2017. 127 ;

EIDENMULLER H. et al., « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen », *RTD eur.* 2008. 761.

EISENBERG M. A., « *Why there is no law of relational contracts* », in 94 *Nw. U. L. Rev.* 805 (1999), *Berkeley Law Scholarship Repository*, p. 807, p. 812 et s.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « Menace sur les clauses ayant vocation à survivre à la résolution du contrat », D. 2012. 1719.

FABRE-MAGNAN M., « Un projet à refaire », *in* « Pour une réforme ambitieuse de la responsabilité contractuelle », RDC 2016, 4, p. 782

FAGES B. et BARBIER H., « La tentative de renégociation du contrat n'est pas une inexécution ; la tentative de ne pas exécuter n'en est pas une non plus ! », RTD civ. 2013. 371.

FAGES B. et MESTRE J., obs. sous Civ. 3e, 4 mai 2006, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 04-10.051, RTD civ. 2006. 554.

obs. sous Com. 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639, RTD civ. 2006. 554.

FAGES B.,

« L'importance de l'indemnité d'immobilisation n'enlève rien au caractère unilatéral de la promesse » RTD Civ. 2011. 346.

« La caducité de la promesse n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance de l'une des parties, RTD civ. 2011. 345.

« L'option de l'article 1184, alinéa 2, du code civil, érigée au rang de choix définitif », RTD civ. 2011. 762.

« L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », RTD civ. 2013. 109, obs sous. Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, Bull. civ. I, n° 222, pourvoi n° 11-15.529 et Civ. 3^e, 18 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-28.251

obs. sous Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, Bull. civ. I, n° 5, p. 7, pourvoi n° 95-19.199, JCP 1998. II. 10066.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, RTD civ. 2007. 568.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, pourvoi n° 09-10.086, RTD Civ. 2010, p. 554.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, Bull. civ. I, n° 127, pourvoi n° 09-14.633, RTD civ. 2010. 557

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. 2010, I, n° 131, pourvoi n° 07-17.788, RTD Civ. 2010. 780, obs.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69.928, RTD civ. 2010. 781.

obs. sous, Civ. 2e, 8 sept. 2011, pourvoi n° 09-13.086, Bull. civ. II, n° 163, RTD civ. 2011. 762.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, Bull. civ. I, n° 72, pourvoi n° 11-13.000, RTD civ. 2012. 528.

FASQUELLE D. et MESA R., La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, D. 2005. Point de vue 2666.

FASQUELLE D.,

« La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », RTD com. 1998.763.

« Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », Rev. conc. consom., mai-juin 2000, n° 115, p. 14.

« L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, 20 nov. 2002. 27.

FAUVARQUE-COSSON B.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, D. 2007. 2966.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 févr. 2006, D. 2006. 2638.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69.928, D. 2011. 472.

FEINMAN J. M., « *Relational contract theory in context* », *Academic Journal article, Northwestern University Law Review*, vol. 94, n° 3.

FENOUILLET D., obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, pourvoi n° 08-11.596, RDC 2009. 1426.

FERRIER D.,

obs. sous Com. 4 déc. 2007, Bull. civ. IV, n° 255, pourvoi n° 06-15.137, D. 2008. 2193.

obs. sous Com. 9 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 05-14.118, obs., D. 2008. 388.

« L'obligation d'informer le futur franchisé », RDC, 1^{er} juill. 2012, n° 3, p. 1068.

FILLION-DUFOULEUR B., obs. sous, Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, Bull. I, n° 347, p. 243, pourvoi n° 93-16.869, D. 1996. 486.

FONTAINE M.,

« Les obligations « survivant au contrat » dans les contrats internationaux », DPCI, 1984, p. 7.

« Best efforts, reasonable care, dure diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux », RDAI, 1988, n° 8, p. 983.

FONTMICHEL (de) M., obs. sous Com. 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, AJCA 2016. 43.

FONTMICHEL M. (de), « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016. 1665.

FOREST G., obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, Bull. civ. I, n° 127, pourvoi n° 09-14.633, D. 2010. AJ 1554.

FOUCHARD Ph., note sous Com. 9 juill. 1974, Bull. civ. IV, n° 232, p. 181, pourvoi n° 73-12.679, Rev. arb. 1976. 107.

FOULON M. et STRICKLER Y.,

« Conséquences d'une requête mal rédigée et pouvoir du juge saisi », Gaz. Pal. 25 mai 2013, n° 145, (II-B).

« Clauses conventionnelles de médiation hors instance », JCP G 2014, doct., 1128, p. 1982.

FRAIGNEAU B., *L'argent et la gestion des incertitudes*, Arch. Phil. Droit 42, 1997.

FRANCILLON J., « Appréciation de la bonne foi en matière de diffamation. Non prise en compte des éléments postérieurs à la publication des propos incriminés », RSC 2015. 884.

FRANÇOIS B., « Rapport parlementaire sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises », *Rev. sociétés* 2013, p. 249.

FRANCOIS L., « Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui. La recherche d'un « juste équilibre » par le juge européen », *D.* 2006. 2953.

FRICERO N.,

« Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux », *AJ fam.* 2013. 540, pp. 69-81.

« Panorama », *Pr. Civ.*, *D.* 2016. 422.

obs. sous *Civ.* 2^e, 9 sept. 2010, *Bull. civ. II*, n° 149, pourvoi n° 09-16.538, *D.* 2011. 265.

obs. sous, *Com.* 8 mars 1994, *Bull. civ. IV*, n° 105, *D.* 1995, *somm. comm.*, p. 108.

FRIEDMANN D., « Does the dead contract rule the restitution from its grave ? », *Boston University Law review*, 2012, vol. 92, p. 811.

FRIGUL N., Parcours de précarité et couverture sociale. *in* Santé, Société et Solidarité, n°2, 2004. Inégalités sociales de santé. pp. 125-136 ; doi : 10.3406/oss.2004.1003 ; url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/oss_1634-176_2004_num_3_2_1003).

FRISON-ROCHE M.-A.,

« Vers le droit processuel économique ? », *Justices*, 1995, n° 1, p. 91 et s.

« Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD Civ.* 1998, n° 16, p. 49.

« Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004, p. 451.

GAILLARD E.,

« Sociologie de l'arbitrage international », *Journal du droit international*, 4, 2015, p. 1089 et s.

« L'arbitrage international », *Rev. Commentaire*, n° 158, 2017/2, p. 333 et s.

GALLOIS-COCHET D., « Le droit des sociétés appliqué aux associations : lorsque l'emprunt, a priori banal, se révèle banal », *D.* 2017. 743.

GALLOUX J.-Ch.,

« La protection du savoir-faire », *RTD com.* 2007. 529.

« La procédure dans les droits de propriété intellectuelle », *RIDE*, 2015/4, t. 29, p. 469.

- GARCIA F.**, « Une chape est un élément dissociable : exclusion de la garantie décennale », *Dalloz Actu.* 7 janv. 2016, obs. sous Civ. 3^e, 26 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-19.835.
- GARDNER D. et MOORE B.**, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 48, 2007, p. 543.
- GARRAUD A.**, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », *LPA* 16 janv. 2017, n° 11, p. 5.
- GARRIGUES B.**, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.*, 1991. 459.
- GAUDEMET Y.**, « Exécution forcée et puissance publique : Les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », *RDC*, 1^{er} janv. 2005, 1, p. 133.
- GAUDU F.**, « De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, Formation emploi », *Rev. fr. aff. soc.*, 2008. 71
- GAUMONT-PRAT H.**, « Le pacte de préférence en droit d'auteur », *LPA*, 20 mars 1995, n° 34, p. 12.
- GAUTIER P.-Y.**,
« Articulation des garanties légale et contractuelle d'éviction dans les ventes d'universalités : le cas du fonds de commerce », *RTD civ.* 1993. 150.
« Restitution de la chose prêtée au fils de famille (marié), dans le commodat à terme indéterminé », *RTD civ.* 1994. 125.
« Que peut-on bien acquérir avec un franc (suite) ? La cession de parts sociales au conjoint ayant renoncé à s'acheter une moitié de caramel mou », *RTD civ.* 1995. 914, obs. *Rappr. ibid* 1992. 777 et 1994. 124.
obs. sous Civ. 3^e, 8 janv. 1992, n° 90-12.141, *Bull. civ. III*, n° 9, *RTD civ.* 1992. 777.
obs. sous Civ. 3^e, 3 mars 1993, *Bull. civ. III*, n° 28, pourvoi n° 91-15.613, *RTD civ.* 1994. 124.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 33, pourvoi n° 93-10.462, *RTD civ.* 1995. 914.
« Du terme judiciaire : la Cour de cassation unifie le régime de l'obligation de restitution, dans les deux sortes de prêt, à usage et de consommation, lorsqu'ils sont à durée indéterminée », *RTD civ.* 1999. 128.
« L'utilité limitée des garanties conventionnelles d'éviction », *RTD civ.* 2001. 611.
obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, *Bull. civ. I*, n° 34, pourvoi n° 01-00.004, *RTD civ.* 2004. 312.
« La tacite reconduction reçoit ses titres de noblesse, via l'obligation légale d'information », *Rev. Lamy dr. aff.* 2005.
obs. sous Com. 9 oct. 2007, inédit, pourvoi n° 05-14.118, *RTD civ.* 2008. 119.
« Fonction normative de la responsabilité », *D.* 2008. Dossier 727.
« *La garantie des vices cachés n'est pas seulement rédhibitoire ou estimatoire* », *RTD Civ.* 2012, p. 741.

« Où la Cour européenne des droits de l'homme commet une iniquité, en consacrant l'effet pervers de jurisprudences associées : non restitution d'un bien prêté il y a 55 ans », *RTD civ.* 2015. 638.

GEIGER Ch., « Droit des marques et liberté d'expression », *D.* 2007. 884.

GENICON Th.,

RDC 2008. 255, obs. Sous Com. 30 oct. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 231

« Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option... mais jusqu'à quand ? », *RDC* 1^{er} juill. 2009, 3, p. 1004.

obs. sous Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, *Bull. Civ. III*, n° 144, pourvoi n° 07-15.338, *RDC* 2009. 70.

« *Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable* », *RDC*, 1^{er} juill. 2010, 3, p. 825.

Civ. 3^e, 19 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 98, pourvoi n° 09-13.296, *RDC* 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215.

note sous Civ., 20 janv. 2010, *Bull. civ. III*, n° 14, pourvoi n° 09-65.272, *RDC* 2010. 825.

obs. sous Civ. 3^e, 19 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 98, pourvoi n° 09-13296, *RDC* 1^{er} oct. 2010, n° 4, p. 1215.

obs. sous Soc. 16 mai 2012, *Bull. civ. V*, n° 153, pourvoi n° 11-10.760 *RDC* 2013. 74.

« Des dangers de la rupture unilatérale du contrat : résolution sur résiliation extrajudiciaire ne vaut ! », *RDC*, 1^{er} oct. 2010, 4, p. 1215.

GEOFFROY R., « Le juge des référés en droit du travail : un juge de l'illicite ? », *JCP S* 2005, 1316.

GERGEN M. P., « A defense of judicial reconstruction of contracts », 71 *ind. L.J.* 45, 1995, p. 47 et 77.

GERGEN P., « The use of the open terms », *Berkeley Law, Colum. L. Rev.*, 1992, p. 1069.

GHESTIN J.,

« L'utile et le juste dans les contrats », *APD* 1981, p. 35.

« L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 379.

« La notion de contrat », *D.* 1990. 147.

« Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'éco. Ind.*, 2000.

GILETTE C. P., « Commercial rationality and the Duty to Adjust Long-Term », *Minn. L. Rev.*, p. 521, Feb. 1985, vol. 69, spec. p. 556.

GINON A.-S., « Vers un paramétrage économique de l'assurance maladie complémentaire ? », *RDSS* 2017. 456.

GOETZ C. J. et SCOTT R. E., « Principles of relational contracts », vol. 67, *Va. L. Rev.*, 1981, p. 1089.

GOLDBERG V. P., « Relational exchange. Economics and complex contracts », *American behavioral scientist*, vol. 23, n° 3, jan./feb. 1980, p. 337 et s.; p. 341

GOLECKI (J. M.), « *Homo economicus versus homo iuridicus* », in *Law and Economics in Europe : Foundations and Applications*, Université de Lucerne, MATHIS K., Springer, 2014, p. 86, 87 et 178.

GOMY M.,

obs. sous Soc. 7 mars 2000, Bull. civ. V, n° 80, pourvoi n° 98-40.659, D. 2002.

obs. sous Soc. 12 févr. 2002, inédit, pourvoi n° 99-46.067, D. 2003. 968.

« Renonciation d'un commun accord à la clause de non-concurrence », D. 2003. 968.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, D. 2008. 247.

obs. sous Com. 4 déc. 2007, Bull. civ. IV, n° 255, pourvoi n° 06-15.137, D. 2008. 247.

« L'autonomie de la clause de non-concurrence postcontractuelle en droit du travail », *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 199 ; CDC Yves Serra, « Concurrence interdite - Concurrence déloyale », D. 2015. 2526.

GOUT O., obs. Sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, Bull. civ. I, n° 209 pourvoi n° 10-19.090, D. 2013. 40.

GRATTON L., « La clause de confidentialité sans contrepartie financière, un horizon indépassable ? », Rev. trav. 2015. 39.

GRATTON L., « Le dommage déduit de la faute », RTD Civ. 2013. 275.

GRIDEL J.-P. et LAITHIER Y.-M., « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *in* JCP G 2008, I, n° 143.

GRIGNON Ph., obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, Bull. civ. I, n° 127, pourvoi n° 09-14.633, JCP E 2010, nos 51-52, Chron. 2134, n° 4.

GRIMALDI C. et DESHAYES O., « Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence », RDC, 1^{er} mars 2017, n° 1, p. 170.

GRIMALDI C.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.433, RDC 2010. 1325.

« De quelques précisions relatives à la validité des clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-réaffiliation », RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 70 ;

GRIMALDI M., obs. sous Civ. 2^e, 29 mars 1995, Bull. civ. II, n° 115, pourvoi n° 93-18.76, D. 1995. 330, obs., RTD civ. 1996. 420, obs. ZENATI F.

GRIMONPREZ B., « La fonction environnementale de la propriété » RTD civ. 2015. 539.

GROUDEL H.,

obs. sous Civ. 3^e, 14 déc. 2005, Bull. civ. III, n° 245, pourvoi n° 04-15.756, *Société Euroflash c/ MMA IARD et autre*, Resp. civ. et assur. 2006. comm. 92.

obs. sous Civ. 2^e, 20 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-12.845, Resp. civ. Et assur. 2008, comm. 208.

GRYNBAUM L., « Proposition de loi "Chatel" : pour une tacite reconduction éclairée », Communication Commerce électronique n° 2, févr. 2004, comm. 18.

GUETTIER Ch., « L'anéantissement du contrat administratif », RDC, 1^{er} janv. 2008, 1, p. 81.

GUILLAUMONT O., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, Gaz. Pal., 8 sept. 2007, n° 251.

GUINARD D., « À propos du *soft law* en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique », Rev. UE 2013. 609.

GUIOMARD F., « La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion », RDT 2013. 616.

HAMOUDI L., « Lanceurs d'alerte : quelle protection ? », in *Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} févr. 2017, n° 293, p. 66.

HAUSER J. obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 févr. 2009, inédit, pourvoi n° 07-19.761, RTD Civ. 2009. 306.

HAUSER J., obs. sous Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, RTD civ. 2003. 58.

HAUTECLOCQUE (de) S. et CHARBIT N., « L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles », D. affaires 1999, n° 168, art. p. 1063.

HELLERINGER G., « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », D. 2010. 2413.

HENRY L.-C., note sous Civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, préc., in GP 21 juill. 2007, n° 202, p. 36.

HENRY M., « La responsabilité de l'arbitre pour reddition de sentence tardive », Cah. de l'arb., 1er juill. 2015, n° 2, p. 313.

HERINCKX Y., « Liability for inappropriate interim measures in commercial arbitration », Cahiers de l'arbitrage, 1er juin 2014, n° 2, p. 243.

HEUZE V., note sous Paris, 30 sept. 1993, Rev. crit. DIP 1994. 349.

HOEPFFER, « La garantie décennale suit la propriété », *Contrats-Marchés publ.* n° 8-9, août 2015, comm. 213.

HONTEBEYRIE A., « La clause pénale et la caducité du contrat », *D.* 2011. 2179.

HOONAKKER Ph.,

obs. sous Civ. 2^e, 21 sept. 2000, *Bull. civ. II*, n° 130, pourvoi n° 98-14.151, *Dr. et procéd.* 2001, p. 118.

obs. sous Civ. 3^e, 23 mars 2005, pourvoi n° 03-19.071, *Dr. et procéd.* 2006, p. 88.

obs. sous Civ. 2^e, 9 sept. 2010, *Bull. civ. II*, n° 149, pourvoi n° 09-16.538, *Dr. et proc.* 2010. 325.

HOUTCIEFF D.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69.928, *Gaz. Pal.*, 31 oct. 2010, p. 18.

obs. sous Soc. 16 mai 2012, *Bull. civ. V*, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, *Gaz. Pal.* 2012, n° 285, p. 17.

HUET J., D. 1986, RTD civ. 1986. 364, obs. sous Ass. plén., 7 févr. 1986, bull. A. P. n° 2, p. 2, pourvoi n° 84-15.189

HUGON C., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP* 1994. I. 3790.

HUMBLOT-GIGNOUX B., note sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, *Rev. loyers* 2004. 296.

ICARD J.,

« La contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de discrétion », *Les Cah. Soc.*, 1^{er} déc. 2014, n° 269, p. 686.

« Protection des lanceurs d'alerte », *in Les Cahiers Sociaux*, 1^{er} oct. 2016, n° 289.

« L'alerte individuelle en droit du travail », *Droit social* 2017. 545.

IDOT L., « La régulation communautaire des réseaux de distribution », *LPA* 6 mars 1996, n° 29, p. 35.

IGNATOFF M., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies », *AJ contrat* 2017. 203.

IZORCHE M.-L., « Le vendeur professionnel entre vices cachés et jurisprudence hermétique (à propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1999) », *D.* 2000, chron. 407.

JACQUIN A., « Loyers binaires et droit d'option », *GP* 2003, doct. p. 7.

JAEGER L. et RAMBAUD MARTEL O., « La preuve de la prorogation du délai d'arbitrage », *Cahiers de l'arb.*, 1^{er} avr. 2011, n° 2, p. 453, obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2010, *Bull. civ. I*, n° 175, pourvoi n° 08-21.313

JAMIN Ch. et BILLIAU M., obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286, pourvoi n° 99-18.576, D. 2001, Jur. p. 256.

JAMIN Ch.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, JCP 1996. I. 3914, n° 5.

obs. sous Com., 30 janv. 1996, JCP G 1996, 1, 3929.

« Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *in* Dr. et patr. mars 1998, n° 58.

« Pour en finir avec la formation du contrat ! », *in* *Le contrat : Liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^e congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, LPA 6 mai 1998, n° 54, p. 25.

« L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », D. 2001. 1568.

« Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », D. 2005. 2343.

JAPPONT F., « La dualité égalité - équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, 2006/2 (t. 10, 2).

JARDAT R. et SAUREL P., « Procédure judiciaire interentreprises et liaisons/déliasions paradoxales : le cas des contentieux informatiques », *Management et avenir* 2009/9 (n° 29), p. 132.

JARROSSON Ch.,

note sous Paris, 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993. 645

« Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RID Comp.*, 1997. 325.

« Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 27, 4 Juil. 2001, doct. 333.

« Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », 1^{er} oct. 2016, *Rev. Arb.*, p. 1007 et s.

JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 nov. 2002. 8.

JAULT-SESEKE F.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 16 oct. 2001, Bull. civ. I n° 264 p. 160, pourvoi n° 99-19319, *Rev. Crit. DIP* 2005. 555.

« Validité de la clause attributive de juridiction : un revirement attendu tempéré par de nouvelles exigences », D. 2015. 2620.

JOSSERAND L.,

« Le contrat dirigé », D. 1933, chron., p. 89.

« Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé) », D. 1940 », chron. I, p. 5.

JOURDAIN P.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 118, pourvoi n° 87-11.493, RTD civ. 1989. 548.
RTD civ. 1990. 287, obs. sous Civ. 3e, 7 mars 1990.

note sous Com. 25 nov. 1997, Bull. civ. IV, n° 318, pourvoi n° 95-14603 ; RTD civ. 1998, p. 386.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, Bull. civ. I, n° 242, pourvoi n° 97-10.268, RTD civ. 1999. 843.

« Réparation des dommages post-contractuels : fondement de la responsabilité de l'ancien sous-locataire en cas d'incendie du bien sous-loué », RTD civ. 2006. 561, obs. sous Civ. 3^e, 14 déc. 2005, *Société Euroflash c/ MMA IARD* et autre, Bull. civ. III, n° 245, pourvoi n° 04-15.756.

obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18.033, Bull. civ. III, n° 221, RTD civ. 2004. 295.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, RTD civ. 2005. 600.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, RTD civ. 2007. 776.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, Bull. civ. I, n° 123 pourvoi n° 10-15.811, RTD civ. 2011. 772.

obs. Sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, Bull. civ. I, n° 209 pourvoi n° 10-19.090, RTD civ. 2012. 119.

JULIEN F., « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques », Gaz. Pal., 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 53.

JUNILLON, obs. sous Civ. 2^e, 6 mai 2010, Bull ; civ. II, n° 66, pourvoi n° 09-14.737, *Procédures* n° 7, juill. 2010, comm. 283.

KARILA J.-P., « Le préjudice subi par un Syndicat des Copropriétaires, privé de la garantie de l'assureur par suite de la faute de son avocat qui avait omis de solliciter la condamnation de l'assureur dont la garantie était pourtant acquise à titre de sanction, est intégralement consommé et ne doit pas, en conséquence, être apprécié par référence à la notion de perte de chance », *RGDA* 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 432.

KAYER P.,

« Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », RTD civ. 1971, p. 445.

« Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.* 1989, chron. 11.

KELSEN H., « La théorie de la convention », *APD*, 1940, pp. 33-76.

KENDERIAN F., « Bail commercial et droit de l'environnement : conditions de l'engagement de la responsabilité du propriétaire-bailleur à raison des déchets abandonnés sur son site par le locataire-exploitant », *RTD com.* 2013. 59.

KENFACK H.,

obs. sous Com. 14 janvier 2003, inédit, pourvoi n° 00-11.781, *D.* 2003. 2304

obs. sous Com. 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639, *D.* 2006. 1901.

KIRAT Th., *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*, Texte de la communication à la journée d'étude « *Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?* », IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005, <halshs-00004517>.

KLEIN J., « Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental », *Defrénois* 2006, art. 38384, p. 695.

KLEINER C. et PORCHERON D., « Ce que la caution doit savoir avant de garantir un emprunt étranger », *JCP E* 2015. 1587.

KOHL B., « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAI*, 2002/3-4, p. 443

KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison », *RTD eur.* 1987. 237.

KRAUSS O., « The enforceability of escalation clauses providing for negotiations in good faith under english law », *McGill Journal of dispute resolution*, vol. 2, 2015-2016, p. 161, URL: <http://mjdr-rdm.ca/law/wp-content/uploads/2014/09/10.Krauss.pdf>.

KULLMANN J., « L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout », *RGDA* janv. 2014, p. 8, n° 110d3.

KULLMANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993. 59.

LA VAISSIERE F. de,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15.433, *AJDI* 2010. 376.

« Durée d'engagement de la caution », *AJDI* 2010. 376.

« Comodat et restitution », *AJDI* 2015. 38.

LAFOND J.,

« Problèmes posés par le renouvellement des baux commerciaux comportant une clause-recettes : recherche de solutions », *JCP E* n° 8, 20 févr. 1997, 630.

« Le déplafonnement conventionnel des loyers commerciaux », *JCP N* 2004. 1242.

LAGARDE X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017. 715.

LAITHIER Y.-M.,

« À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006. 1003.

obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, *Bull. civ. III*, n° 166, pourvoi n°04-10.856, *RDC* 2006. 314.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, *RDC* 2007. 1118.

obs. sous Com. 23 janv. 2007, *bull. IV*, n° 12, pourvoi n° 05-13.189, *RDC* 1^{er} juill. 2007, n° 3, p. 697.

RDC 2008, p. 243, obs. sous Ch. Mixte, 9 nov. 2007, pourvoi n° 06-19.508, *Bull. civ. ch. Mixte*.

obs. sous Com. 13 juill. 2010, inédit, pourvoi n° 09-14.985, RDC 2011. 51.

« L'inopposabilité du contrat serait-elle une sanction de son inexécution ? », RDC, 1^{er} janv. 2013, n° 1, p. 83 et s..

« Les clauses dérogatoires au droit commun dans les conditions générales », RDC 1^{er} mars 2017, 1, p. 17.

LAMAZEROLLES E., obs. sous Com. 7 juin 2016, à paraître, pourvoi n° 14-17.978, D. 2016. 2365.

LANDAIS C. et LENICA F., obs. sous CE 8 juill. 2005, *Aluisse-Lonza-France*, req. n° 247976, D. 2005. 3075.

LANDEL J., obs. sous Civ. 2^e, 20 mars 2008, inédit, pourvoi n° 07-12.845, RGDA 2008. 317.

LANGEVIN L., « Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 4, 2008, p. 521.

LAROCHE M.,

« L'action en restitution s'étend aux choses fongibles », *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 15 oct. 2012, n°9.

« Précisions sur l'action en restitution », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} nov. 2012, n° 6, p. 372.

« Cession de biens susceptibles de restitution : mise en demeure impérative du propriétaire », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1^{er} sept. 2015, n°5.

LARRIBAU-TERNEYRE V.,

« Demande en partage complémentaire de biens omis après homologation de la convention définitive et responsabilité du notaire », *Droit de la famille*, n° 2, févr. 2013, comm. 27, sous Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2012, pourvoi n° 11-19.098.

« Éléments caractérisant la poursuite de la collaboration entre époux », *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2013, comm. 4, sous Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, pourvoi n° 11-30.522.

« Procédure - Les conventions de rupture - Etat des lieux », *Droit de la famille*, n° 3 et 4, mars 2015, dossier 4.

LARRIEU J., LE STANC Ch. et TREFIGNY P., obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, D. 2013. 2487.

LARROUMET Ch., obs. sous Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044, D. 1991. 121.

LASSERRE-KIESOW V., « L'aléa », JCP G 2009. I.

LASSNER M. et **VALLEE P.**, « Loyers binaires et application du statut des baux commerciaux », *AJDI* 2003. 242.

LATINA M.,

« Non-transmission de la clause d'*electio fori* dans les chaînes communautaires de contrats », *L'essentiel Droit des contrats*, 6 nov. 2013, n° 10, p. 1, obs sous Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, pourvoi n° 09-12.442.

« La clause “d'annulation des contrats précédents” est efficace », *L'essentiel Droit des contrats*, 12 juin 2014 n° 6, p. 3, obs. sous Soc., 2 avr. 2014, pourvoi n° 11-25.442.

« La clause pénale et la rémunération de l'agent immobilier », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 7 oct. 2014, n° 9.

« La prohibition des engagements perpétuels », *L'essentiel Droit des contrats*, 9 mars 2015, n° 3, p. 1, obs. sous Civ. 3^e, 28 janv. 2015, pourvoi n° 14-10.013.

« La transmission de la clause attributive de compétence », *L'essentiel Droit des contrats*, 13 mai 2015, n° 5, p. 3, obs. sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, pourvoi n° 13-24.796.

« De la distinction entre restitutions et responsabilité », *L'Essentiel Droit des contrats*, 9 juin 2015, n° 6, p. 1, note sous Com. 5, pourvoi n° 14-11.148.

« Délai d'accomplissement de la condition et perpétuité : nouveau temps de la valse », *RDC* 1er déc. 2015, n° 4, p. 867, obs. sous Civ. 3^e, 20 mai 2015, pourvoi n° 14-11851

« Articles 1304 à 1304-7 : contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires », *RDC*, 2015, 3, p. 796.

« La responsabilité des parties au contrat annulé est extracontractuelle », *L'essentiel Droit des contrats*, 1^{er} juill. 2017, n° 7, p. 4.

LATREILLE A., « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA* 7 août 2006, n° 156, p. 4.

LAVABRE Ch., « Éléments de la problématique de l'après-contrat : les clauses de négociation, de prorogation et de reconduction », *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 2003, pp. 411-415.

LE BARS B., « La résiliation du contrat pour cause d'intérêt légitime », *D.* 2002. 381.

LE GAC-PECH S.,

« Rompre son contrat », *RTD civ.* 2005, p. 223.

obs. sous Soc. 16 mai 2012, *Bull. civ. V*, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, *Gaz. Pal.* 2012, n° 201, p. 14.

note sous Com. 19 mars 2013, *Bull. civ. IV*, n° 45, pourvoi n° 11-26566 ; *JCP E* 2013, p. 1309.

« La force de l'engagement de non-concurrence ou précisions utiles sur la dette de non-concurrence », *D.* 2014. 349.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-13.658, *JCP E* 2015. 1548, note

LE CORRE P.-M. et **LUCAS F.-X.**, *Redressement et liquidation judiciaires*, *D.* 2005. 292, II-B.

LE CORRE P.-M., « *Le droit de suite hypothécaire et la procédure collective du tiers détenteur* », D. 2004. 2146.

LE STANC Ch., « Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle ? », JCP, éd. C.I., 1978. II, 12735, pp. 289-300.

LEBLOND N., « La prévision en droit des affaires : utopie ou nécessité ? », Gaz. Pal., 30 déc. 2010 n° 364, p. 4.

LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », Droit social, Librairie technique et économique, 2005, pp.173-180, HAL : n° 00337692, url : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00337692>.

LECORRE-BROLY E.,

« La résolution du conflit entre propriétaires revendiquant des choses fongibles », Gaz. Pal. 10 janv. 2017, n° 2.

« La revendication de biens fongibles : mode d'emploi », Gaz. Pal. 10 janv. 2017, n° 2.

LECOURT B., « Droit à l'oubli des personnes inscrites au RCS », RTD com. 2017. 379.

LECUYER H.,

obs. sous Com. 14 mars 2006, pourvoi n° 03-14.639, Comm. Com. Electr. 2006, n° 99.

« Jeu contrarié d'une clause pénale stipulée au profit de l'agent immobilier en cas de non-réalisation de la vente : la réécriture de l'article 6 de la loi Hoguet par la Cour de cassation », Defrénois, 1^{er} oct. 2014 au 15 oct. 2014, n°19.

LEDUC F., « Contrat d'assurance - La résiliation de l'assurance « emprunteur » sous les feux de l'actualité », RDC, 15 sept. 2017, 3, p. 475.

LEGEAIS D.,

obs. sous Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044, JCP 1991. II. 21642.

obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, RTD com. 2013. 569

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-17.772,

LEGUAY G. et DUBOIS P., « *La cour de cassation contre le pouvoir législatif ? Tentatives pour combattre la position adoptée par la Cour de cassation, en matière de maintien des garanties pour des réclamations survenues après résiliation d'un contrat mais résultant de faits générateurs intervenus pendant la période de validité de ce contrat* », RDI 1995.

LEGUAY G., « *Le maintien dans le temps des garanties d'assurance de responsabilité* », RDI 2003.

LEMAIRE M. et DIDRICHE O., « Ouvrages des collectivités - Le point sur... la garantie décennale (1^{ère} partie) », *AJCT* 2017. 267.

LEROUGE L., « Rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée : quelle protection pour le salarié en situation de vulnérabilité psychologique ? », *Dr. Soc.* 2015. 406.

LETOURNEAU Ph., obs. sous *Com.* 8 juill. 2014, pourvoi n° 13-11.208, *AJCA* 2014. 335.

LETURMY L., « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998. 839.

LEVENEUR L.,

obs. sous *Com.* 4 juin 2002, *Bull. civ. IV*, n° 98, p. 107, pourvoi n° 00-14.688, *CCC* 2002. *Comm.* 153.

obs. sous *Civ. 3^e*, 2 oct. 2002, *CCC* 2002, *comm.* n° 23.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 28 oct. 2003, *Bull. civ. I*, n° 211, p. 166, pourvoi n° 01-03.662, *CCC* 2004, n° 4.

obs. sous *Ch. Mixte*, 9 juill. 2004, *Bull. civ. I*, n° 74, pourvoi n° 02-16.302, *CCC* 2004, *comm.* 168.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, *CCC* 2005. 184.

note sous *Com.* 18 mai 2005, *Bull. civ. 2005, IV*, n° 102, *CCC* 2005, *comm.* 162.

obs. sous *Civ. 3^e*, 14 sept. 2005, *D.* 2006, p. 761.

obs. sous *Civ. 1^{ère} civ.*, 15 nov. 2005, *Bull. civ. I*, n° 413, p. 345, pourvoi n° 02-21.366, *CCC* 2006, *comm.* 43, p. 11.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 21 févr. 2006, *CCC* 2006, *comm.* n° 99.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 27 mars 2007, *Bull. Civ. I*, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, *CCC* 2007. *Comm.* 166.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 23 juin 2011, *Bull. civ. I*, n° 123 pourvoi n° 10-15.811, *CCC* 2011, n° 230.

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 1^{er} déc. 2011, *Bull. civ. I*, n° 209 pourvoi n° 10-19.090, *CCC* 2012, n° 59.

LIBCHABER R.,

« Une clause de non-concurrence consentie par le cédant d'un fonds de commerce lors de sa cession, est-elle transmise aux sous-acquéreurs en cas de nouvelle cession après partage ? », *D.* 1998. 111, obs. sous *Com.* 1^{er} avril 1998, pourvoi n° 95-12.025.

« Réponses ministérielles, pratiques administratives et sources du droit », *RTD com.* 1998. 216.

Defrénois 2006. 1236 et s.

obs. sous *Civ. 3^e*, 1^{er} oct. 2008, *Bull. Civ. III*, n° 144, pourvoi n° 07-15.338, *Defrénois* 2008. 2499.

« Les habits neufs de la perpétuité », *RDC*, 1^{er} avr. 2013, n° 2, p. 584, obs. sous *Civ. 3^e*, 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.304.

obs. sous *Civ. 2^e*, 3 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-20.431, *JCP G* 2015.

« Incertitudes et portée d'une renonciation, à propos d'une clause compromissoire », *RDC* 15 sept. 2017, 3, p. 441.

LICARI F.-X.,

obs. sous Com. 4 juin 2002, Bull. civ. IV, n° 98, p. 107, pourvoi n° 00-14.688, JCP G, n° 42, 15 oct. 2003, II, 10164.

« La rupture d'une relation commerciale établie relève de la matière contractuelle », Rev. crit. DIP 2016. 703.

LICHERE F., « La fin des contrats administratifs : la fin de la dialectique légalité/stabilité », Contrats publ., avr. 2015, p. 3.

LIEBER S.-J. et BOTTEGHI D., « Le contrat public aurait-il enfin trouvé son juge ? », AJDA 2010. 142

LIEBOWITZ S. J. et MARGOLIS S. E.,

« Path dependence, lock-in and history », Journal of Law, Economics, and Organization, 1995, 11: 205-226.

« "Path Dependence" entry in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law », MacMillan, 1998.

LIENHARD A.,

« Fonds commun de placement : obligation de restitution des instruments financiers », D. 2010. 1207.

obs. sous Com. 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, D. 2015. 2439.

obs. sous Com. 17 nov. 2015, *Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, pourvoi n° 14-16012, à paraître, RTD com. 2016. 696.

LINDON R., « Pauvre droit de suite », JCP 1976, I, 2779.

LISANTI C., obs. Sous Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, Bull. civ. I, n° 212, pourvoi n° 05-19.978, D. 2007. 2784.

LLUELLES D., « Le renouvellement unilatéral et automatique, fondés sur une clause du contrat », *in Revue du Barreau*, t. 64, 2, 2004, p. 151.

LOISEAU G.,

obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n°04-10.856, JCP 2005. II. 10173.

« Réflexion sur la nature juridique du paiement », *in* JCP G, n° 39, 27 sept. 2006, I, p. 17.

« Des droits humains pour personnes non humaines », D. 2011. 2558.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvois n° 12-22.846 et 12-22.948, JCP S 2012, n° 30, 1329.

« La discrétion n'a pas de prix », RDC, 31 mars 2015, n° 1, p. 123.

LOKIEC P. et PORTA J., « Droit du travail : relations individuelles de travail », D. 2017. 840.

LONDON B. et DAVID Ch., « En finir avec la crise grâce à l'obsolescence planifiée », *Rev. Ecologie & politique*, 2012/1, n° 44, pp. 167-179.

LOQUIN E. et DUBARRY J.-Cl., « Arbitrage international. Arbitrage de qualité, Nature, Principe du contradictoire, Aménagement », *RTD com.* 1997. 238

LOQUIN E.,

note sous Paris, 19 mai 1993, *RTD Com.* 1993. 494

« Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Paz.* 06 juin 2002, n° 157, p. 7.

« L'institution d'arbitrage doit-elle notifier aux parties sa décision de proroger le délai de l'arbitrage ? », *RTD com.* 2003. 479.

« Errare persevere diabolicum est : une nouvelle affirmation de la prétendue nullité de la clause donnant au président du tribunal arbitral mandat pour proroger le délai d'arbitrage pour une durée déterminée », *RTD com.* 2006. 760.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Bull. Civ. I*, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, *RTD com.* 2007. 677.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bull. civ.* 2010, I, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, *D.* 2011. 667.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, *Bull. civ. I*, n° 156, pourvoi n° 09-67.013, *RTD com.* 2012. 525.

« La confirmation de la validité des clauses d'arbitrage optionnelles bilatérales », *RTD com.* 2013. 478.

« Le contentieux de la rupture abusive de relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture », *RTD com.* 2012. 525

obs. sous Paris, pôle 1, ch. 1, 18 mars 2014, *RG* n° 12/13601, *Sarl Sept de Coeur c/ Soc. Babyjorn AB*, *D.* 2014. 2541, *RTD com.* 2015. 57.

obs. sous Com. 17 nov. 2015, *Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, pourvoi n° 14-16012, à paraître, *D.* 2015. 2439.

« Arbitrage et procédure collective : l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire à l'action en nullité du liquidateur sur le fondement de l'article L. 632-1, I, 2° du code de commerce », *RTD com.* 2016. 696.

« Arbitrage et rupture abusive de relations d'affaires établies », *RTD com.* 2016. 693.

LUCAS DE LEYSSAC C.,

« La réparation du dommage à l'économie », *Rev. conc. consom.*, 1995, n° 86, p. 67.

« Clause de reprise des invendus », *CCC* n° 5, Mai 2014, form. 5.

LUCAS-PUGET A.-S., « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », *LPA*, 14 nov. 2016, n° 226-227, p. 50.

LUCET F. et VAREILLE B., « Régime primaire : la solidarité des dettes ménagères et les dépenses de logement », *MEYER Ch.*, « Les effets de la solidarité des copreneurs », *AJDI* 1994. 1068.

MACARIO F., « Rischio contrattuale e rapport di durata del nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare », *Rivista di diritto civile*, 2001, I, p. 63.

MACNEIL I. R., « *Relational contract: what we do and we do not know* », in *HeinOnline* 1985, *Wis. L. Rev.* 1985, not. p. 487.

MAGAR F., « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010. 1959.

MAHINGA J.-G., « Les conditions d'opposabilité à un sous-acquéreur, dans l'ordre international, de la clause attributive de juridiction », note sous *Civ. 1^{re}*, 11 sept. 2013, *Bull.* 2013, I, n° 162, pourvoi n° 09-12.442, in *LPA*, 22 janv. 2014, n° 16, p. 9.

MAINGUY D.,

« Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2009. 308.

« 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 *Ch. mixte*, 17 mai 2013, *Bull. Ch. mixte* n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, *JCP E* 2013, n° 1403.

MALAURIE Ph., « L'accident de quai : obligation de sécurité pendant le transport », *D.* 1991. 1.

MALAURIE-VIGNAL M. et MATHEY N., « *Précision sur la date de rupture effective du contrat d'agent commercial* », *Contrats, Conc. Consum.* 03/2011, comm. 58.

MALAURIE-VIGNAL M.,

obs. sous *Douai*, 15 mars 2001, *SA Auchan c/ SA PBC*, *CCC* 2001, n° 125.

obs. sous *Com.*, 24 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 112, pourvoi n° 02-19.704 *CCC* 2005, comm. n° 135.

obs. *Com.* 6 fév. 2007, *Bull. civ. 2007, IV*, n° 21, pourvoi n° 04-13.178, *CCC* 2007, comm. 91.

Rennes, 19 oct. 2010, *RG* n° 09/5428, *JurisData* n° 2010-031184, *CCC*, 2012, comm. n° 68.

MALHERBE N., « La liberté d'expression protectrice des salariés lanceurs d'alerte de bonne foi », *LPA*, 17 nov. 2016, n° 230.

MALINVAUD Ph. et JESTAZ R., « *La loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction* », *JCP* 1978, I, p. 2900.

MALINVAUD Ph., « L'anéantissement rétroactif du contrat », *Observations conclusives*, *RDC* 1^{er} janv. 2008, p. 101.

MALLET-BRICOUT B., « Loi « Chatel » : de nouvelles avancées dans la protection du consommateur », *Dr. & patr.* 2005, n° 140, p. 38.

MANDARD M., « Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises, Autour de l'œuvre de Ian MacNeil », *Annales des Mines, Gérer et comprendre*, 2012/3, n° 109, p. 13,

MARAIS A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA* 2 oct. 2002, n° 197, p. 7.

MARCINKOWSKI M.,

« La clause de non-concurrence post-contractuelle dans le contrat de franchise », *AJCA* 2016. 16.

« Les récentes évolutions réglementaires et jurisprudentielles concernant la clause du client le plus favorisé ou clause de parité », *AJCA* 2016. 378.

MARGUENAUD J.-P.,

« L'apothéose du droit à la réputation », *RTD civ.* 2008. 648

« La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.* 2012. 279.

« Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », *RTD civ.* 2016. 297.

MAROT Y., « Les relations franchiseur-franchise : au-delà du droit, la recherche d'une parfaite moralisation », *LPA* 5 févr. 1999, n° 26, p. 16.

MARTIN A.-C., « *Le délit d'obsolescence programmée* », *D.* 2015, p. 1944.

MARTIN D. R., note sous, *Civ. 1^{ère}*, 17 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 33, pourvoi n° 93-10.462, *D.* 1995. 401.

MARTIN G., « Les risques tenant à la pollution des sols », *RDI* 1997. 559.

MARTIN R., « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », *D.* 1998.272.

MARTIN-SERF A., obs. sous *Com.* 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, *RTD com.* 2016. 334.

MASCALA C., « Accidents de gare : le "déraillement" de l'obligation de sécurité », *D.* 1991. 80.

MASSON A. et BOUTHINON-DUMAS H., « L'approche Law et Management », *RTD com.* 2011. 233.

MATHEY N.

obs. sous *Com.* 13 janv. 2009, *Bull. civ.* 2009, *IV*, n° 3, pourvoi n° 08-13.971, *CCC* 2009, comm. 72.

obs. sous *CA Rennes*, 2^e ch., *CCC* 2009, comm., 245, 03 déc. 2008, *JurisData* n° 2008-007856.

obs. sous *CA Douai*, 2^e ch. 2, 5 mai 2009, *CCC* 2009, comm. 268.

obs. sous *Com.* 9 mars 2010, inédit, pourvoi n° 09-10.216, *CCC* 2010, comm. 180.

obs. sous Com. 28 sept. 2010, inédit, pourvois n° 09-16.424 et 09-16.753, CCC déc. 2010, comm. 273.

obs. sous Com. 23 nov. 2010, CCC fév. 2011, comm. 27.

obs. sous Com. 18 janv. 2011, Bull. 2011, IV, n° 9, pourvoi n° 10-11.885, CCC, mars 2011, comm. 64.

obs. sous CJUE, 1^o ch., 28 oct. 2010, CCC Mars 2011, comm. 65.

obs. sous Paris, Pôle 5, ch. 4, 16 juin 2010, RG n° 08/04444 , CCC janv. 2011, comm. 11.

« *Droit à indemnité de l'agent commercial* », CCC avr. 2011, comm. 90.

MATHIEU C. et TERRY F., « Le statut du lanceur d'alerte en quête de cohérence », *Rev. trav.* 2016. 159.

MATOUSSI S. M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, t. 15, 2001/3, p. 251 et s.

MAURICE R., obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, Bull. civ. I, n° 87, p. 67, pourvoi n° 92-10.796, RGAT 1994. 458.

MAURIN L.,

« Bail commercial : la solidarité des copreneurs ne s'étend pas au paiement de l'indemnité d'occupation », *L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme*, 1^{er} juin 2009, n° 6, p. 6.

« Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2015. 517.

MAYAUX L., « L'étendue de la garantie dans le temps dans l'assurance "Loyers impayés" : la Cour de cassation est trop favorable à l'assureur », *RGA*, 1^{er} avr. 2017, p. 284.

MAZEAUD.,

obs. sous Civ. 1^o, 4 janv. 1995, bull. I, n° 14, pourvoi n° 92-17.858, Defrénois 1995, p. 1408.

obs. sous Com. 3 juin 1997, *D.* 1998. 113.

« Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », *Defrénois*, 30 mars 1999, n° 6, p. 371, obs. sous com., 24 nov. 1998, Bull. IV, n° 277, p. 232, pourvoi n° 96-18.357.

« Responsabilité civile et précaution », *RCA* juin 2001, hors-série, p. 72 s.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 286, pourvoi n° 99-18.576, *D.* 2001. 1137.

obs. sous Com., 25 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 98-22.199, *D.* 2001.3237.

« Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat », *D.* 2002. 2842.

Le nouvel ordre contractuel, *RDC*, 01 déc. 2003.

« Durées et ruptures », *RDC*, 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 129.

« La durée des promesses de contrat », *in Durées et contrats*, *RDC* 2004. 15.

obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18.033, Bull. civ. III, n° 221, *D.* 2004. 395 et 185.

« La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005, n° 129, p. 4.

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, pourvoi n° 04-15.808, RDC 2006. 312.
- obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, CCC 2006, comm. n° 1.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 févr. 2006, RDC 2006. 704.
- « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006. 761, n° 5.
- obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, D. 2006. 761.
- « Observations conclusives », RDC 2006, p. 177.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, RDC 2006. 326.
- « Bonne foi », RDC 1^{er} oct. 2007, n° 4, p. 1110.
- « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution, Rapport conclusif », RDC 2010, p. 1076, n° 15.
- obs. sous Com. 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115, pourvoi n° 09-11.841, D. 2010. 1832.
- « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », D. 2010. 2178.
- obs. sous Ch. mixte, 17 mai 2013, Bull. Ch. mixte n° 1, pourvois n° 11-22.927 et 11-22.768, D. 2013. 1658
- « Un tout petit éclair solidariste dans le ciel de la rupture des contrats de distribution... », D. 2013. 2617.
- « Le rayonnement des clauses processuelles », D. 2014. 121.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-13.658, AJCA 2015. 469.
- « Observations conclusives », *in* RDC, Hors-série (relatif à la réforme du droit des contrats), 2016, p. 53.
- MCGUIGAN J. R., MOYEN R. Ch. et HARRIS F. H. B.**, « Nouvelles approches du conflit, de l'emploi des femmes et du salariat : Le modèle suédois », *in* *Economies et Sociétés*, vol. 24, 1990, p. 184.
- MEKKI M. et BOUTONNET M.**, « Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière », D. 2013. 1290.
- MEKKI M.**,
- « Contrat à durée déterminée et tacite reconduction », D. 2006. 785.
- « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », RDC 2006. 297.
- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1ère partie) », RDC, 1er oct. 2006, n° 4, p. 1051.
- « Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles : l'efficacité des clauses contractuelles », RDC 1^{er} avr. 2007, n° 2, p. 239.
- obs. sous Civ. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, p. 345, pourvoi n° 02-21.366, D. 2006, p. 587.
- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC, 1^{er} janv. 2010, 1, p. 383.
- obs. Sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, Bull. civ. I, n° 209 pourvoi n° 10-19.090, Gaz. Pal. 2011. 1. 19.
- obs. sous Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, Bull. civ. III, n° 79, pourvoi n° 10-11.721, Gaz. Pal. 6 oct. 2011, n° 279, p. 13.

- « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 2 févr. 2012, n° 40, p. 11.
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816.
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.* 2016. 608.
- « Le volet « sites pollués » de la loi « ALUR » n° 2014-366 du 24 mars 2014 et ses décrets d'application : la « substitution d'un tiers intéressé » (Décr. n° 2015-1004, 18 août 2015, et Arr. 29 août 2015) et la mise en place du secteur d'information sur les sols (Décr. n° 2015-1353, 26 oct. 2015) », *RDI* 2016. 68.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-17.772, *D.* 2016. 566.

« Panorama Droit des contrats », *D.* 2017. 375.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 janv. 2017, pourvoi n° 15-22776, *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 27.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 sept. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-13840, *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, n° 283j4, p. 31.

MESA R., « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012. 2754.

MESA R., « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012. 2754.

MESTRE J. et FAGES B.

« L'obligation de loyauté qui pèse sur le concédant décidant de ne pas renouveler le contrat doit le conduire à faciliter l'après-contrat du concessionnaire », *RTD Civ.* 2000. 114.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 75, pourvoi n° 97-20.858, *RTD Civ.* 2001, p. 132.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 286, pourvoi n° 99-18.576, *RTD civ.* 2001, p. 135, n° 5.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *Fanara c/ Société Europe Expertise*, à paraître au Bulletin, pourvoi n° 99-15.170, *RTD Civ.* 2001 p. 363.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *Clinique Auguste Renoir et autre c/ Presse*, inédit, pourvoi n° 99-12.478, *RTD Civ.* 2001, p. 590.

« Quelques groupes de contrats », *RTD civ.* 2002. 96, obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, *Bull. civ. I*, n°94.

« Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu », *RTD civ.* 2002. 99.

« Distribution de dividendes et obligation contractuelle de minimiser son propre dommage », *RTD civ.* 2002. 296.

« La potestativité est parfois prohibée », *RTD civ.* 2002. 511, note sous Civ. 3e, 13 mars 2002, *Bull. civ.* 2002, III, n° 61 p. 52, pourvoi n° 99-14.152.

obs. sous Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ. V*, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, *RTD civ.* 2002. 511.

« *Les conséquences de l'annulation* », *RTD Civ.* 2003.

- obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74 pourvoi n° 01-01.673, RTD civ. 2003. 501.
- note sous Civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-03.185, inédit, RTD civ. 2003.501.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 211, p. 166, pourvoi n° 01-03.662, RTD civ. 2004. 89.
- obs. sous Civ. 3^e, 13 nov. 2003, inédit, pourvoi n° 01-12.646, RTD civ. 2004. 506.
- obs. sous Civ. 3^e, 16 mars 2005, pourvoi n° 03-17.875, RTD civ. 2005. 389.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, RTD civ. 2005. 594.
- obs. sous Civ. 3^e, 14 sept. 2005, Bull. civ. III, n° 166, pourvoi n° 04-10.856, RTD civ. 2005. 776.
- « L'obligation de loyauté qui pèse sur le concédant décidant de ne pas renouveler le contrat doit le conduire à faciliter l'après-contrat, RTD civ. 2005. 863.
- « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », RTD civ. 2005. 389.
- « Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipulées en vue de faciliter la renégociation du contrat », RTD civ. 2006. 112.
- obs. sous Civ. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 413, p. 345, pourvoi n° 02-21.366, RTD civ. 2006. 114.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 21 févr. 2006, RTD civ. 2006. 314.
- « L'exigence d'une suffisante et objective précision des clauses contractuelles... sauf bienveillance appuyée de la Cour de cassation », RTD civ. 2007. 110.
- « L'après-contrat et les enregistrements de Johnny Halliday », RTD civ. 2007. 117.
- MESTRE J.,**
- « Des relations postcontractuelles », RTD civ. 1987, p. 311.
- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986. 101.
- obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 6, pourvoi n° 82-15.477, RTD civ. 1985, p. 157.
- obs. sous Com., 18 janv. 1984, Bull. Civ. IV, n° 24, RTD Civ. 1985. 162.
- « De la pérennité du lien contractuel », RTD civ. 1986. 105
- obs. sous Ass. plén., 7 févr. 1986, bull. A. P. n° 2, p. 2, pourvoi n° 84-15.189, RTD civ. 1986. 594.
- obs. sous Com., 25 févr. 1986, RTD. civ. 1987, p. 85.
- obs. sous Civ. 3^e, 4 juin 1986, Bull. civ. III, n° 86, p. 68, pourvoi n° 85-10.136, RTD civ. 1987.
- obs. sous Civ. 3^e, 16 avr. 1986, Bull. II, n° 41, p. 32, pourvoi n° 84-14.782 ; RTD Civ. 1987, p. 316.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 mars 1988 et 21 juin 1988, RTD civ. 1988. 741.
- obs. sous Com., 13 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 77, p. 52, pourvoi n° 88-18.251, RTD civ., 1990, p. 464.
- « Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut », RTD civ. 1990. 473.
- obs. Ch. Mixte, 23 nov. 1990, Bull. Ch. Mixte, n° 2 et 3, pourvoi n° 87-17.044, RTD civ. 1991. 360.
- « Tacite reconduction et sort du cautionnement », RTD civ. 1992. 556.
- « Le juge peut-il compléter le contenu du contrat... lors de sa rupture ? », RTD civ. 1992. 390, obs. sous. Com. 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 236, p. 165, pourvoi n° 89-20.506.

obs. sous Com., 15 déc. 1992, Bull. civ. IV, n° 415, p. 293, pourvoi n° 90-19.608, RTD civ. 1992. 577.

« Une limite à l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », RTD civ. 1993. 577.

« Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD civ. 1993. 124.

note sous Paris, 30 sept. 1993, RTD civ. 1994. 96.

RTD civ. 1996. 906, obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1996, Bull. I, n° 415 p. 288, pourvoi n° 94-13.468, RTD Civ. 1997. 429.

obs. sous Com. 3 juin 1997, RTD civ. 1997. 935.

« Où l'après-contrat est nettement distingué de l'après-contrat », RTD civ. 1999. 399.

« La période précontractuelle et la formation du contrat », in *Le contrat, questions d'actualité*, LPA 5 mai 2000, p. 7.

« Nul contractant ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas informé l'autre partie de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle », RTD civ. 2000. 565.

« De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », RTD civ. 2002. 93.

obs. sous Com., 25 avr. 2001, inédit, pourvoi n° 98-22.199, RTD civ. 2002. 99.

« Le droit du créancier d'une obligation contractuelle de somme d'argent demeurée inexécutée de faire valoir sa préférence », RTD civ. 2003. 709.

« Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, n° 1, p. 99.

MICHINEAU M., note sous Com. 6 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.349, Rev. sociétés 2015. 36.

MODERNE F., « L'irrecevabilité d'une action en garantie pour non-respect d'une procédure de conciliation préalable ne peut être opposée que si cette procédure couvre expressément les dommages relevant de la garantie décennale », RDI 2001. 262.

MODERNE F., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, RFDA 2007. 917.

MONEGER J., « L'après bail commercial », Loyers et copropriété n° 11, nov. 2006, étude 23.

MONEGER J.,

note sous Civ. 3^e, 15 mars 2000, inédit, pourvoi n° 98-16.771, JCP G 2000, II, 10302.

obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, RTD com. 2005. 256.

MONGE A.-C., GUILLAUDIEV. R. et GOANVIC I., obs. sous Civ. 3^e, 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.318, D. 2012. 736 et 1208.

MONSALVE CABALLERO V., « *A Approach legal history of culpa in contrahendo of preliminary negotiations* », Revista Brasileira de Direito Constitucional, janv-juin 2011, n° 17.

MORANÇAIS-DEMEESTER M.-L., « La responsabilité des personnes obligées à restitution », RTD Civ. 1993 .757.

MOREAU F., « Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords de distribution et d'après-vente de véhicules automobiles », D. 2002. 2725.

MOREAU M.-A., « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité », dr. et patr. 1999, n° 69, p. 56.

MORIN G.,

« Vers un ordre juridique nouveau de la vie économique », Revue de Métaphysique et de Morale, t. 44, N° 4 (Octobre 1937), pp. 781-791.

«Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratique», DPCI, 1980, t. 6 p. 9 et s.

MORIN M., « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », Defrénois 1971. 1184.

MOTA M., « The post-effectiveness of obligations revisited », *Revista Quaestio Iuris*, vol. 4, n° 1, p. 351.

MOULIN J.-M., obs. sous Com. 6 mai 2014, inédit, pourvoi n° 13-17.349, AJCA 2014. 231.

MOULY J.,

obs. sous, Soc. 13 juin 2007, Bull. civ. V, n° 98, pourvoi n° 04-42740, Dr. soc. 2007. 1052.

Soc. 13 juill. 2010, Bull. civ. V, n° 174, pourvoi n° 09-41.626, Dr. soc. 2010. 1118.

Soc., 22 juin 2011, Bull. civ. V, n° 159, pourvoi n° 09-71.567, D. 2011. 1120.

« La seule tentative de violation d'une clause de non-concurrence n'engage pas la responsabilité du salarié », Dr. soc. 2013. 859.

MOURY J.,

« Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », D. 2002. 2744.

obs. sous Soc. 13 mars 2013, Bull. civ. V, n° 72, pourvoi n° 11-21.150, D. 2013. 778.

« Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », D. 2014. 1950.

MOUSSA T., « Exigibilité d'une clause pénale en cas de vente directe ou assimilée à un acheteur présenté par l'agent immobilier », AJDI 2012. 369.

MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », RTD civ.1988. 481.

MOUSSERON P.,

« Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.*, 1998. 243.

« Un euro : prix vil, symbolique ou forfaitaire ? », *Bulletin Joly Société*, 1^{er} avr. 2010, 4, p. 335.

MOUSSERON P.-H., « La fidélisation du personnel », *Dr. soc.* 1989. 479.

NACCACH R., « La clause de back catalogue sur le devant de la scène », *D.* 2006. 2404.

NEISS Ph., « Le juge des référés et la résolution du contrat », *LPA*, 18 nov. 2010, n° 230, p. 3.

NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », *RDI* 2010. 265, obs. sous CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802 et CE, 10 févr. 2010, *Sté Prest'Action*, n° 301116.

NOGUELLOU R., « La transformation du contentieux contractuel », *RDI* 2010. 265.

NORDEMANN W., « Dix ans de droit de suite en Allemagne Fédérale », *RIDA* 1977, n° 91, p. 3.

NORMAND J., « Référés. La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures », *RTD civ.* 2002. 137.

OPPETIT B.,

« Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974. 107.

« L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », *Rev. arb.*, 1979.83.

« Les modes alternatifs de règlement des litiges dans la vie économique », *Justices*, 1995, n° 1.

ORSONI G., « Contrats publics », *RTD com.* 2010. 548.

OSMAN F., « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois* 1993, p. 65.

PACKARD V., *L'art du gaspillage*, Calmann-Lévy, Paris, 1962.

PACLOT Y., « Secret et relations d'affaires, Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patr.* 2002, n°102.

PACTEAU B., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, *RFDA* 1994. 248.

PAGES de VARENNE L., « Chape et élément d'équipement », *Constr.-Urb.* n° 1, janv. 2016, comm. 11.

PAGNERRE Y., « Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ? », *D.* 2016. 2447.

PAILLUSSEAU J., « Les contrats d'affaires », *JCP G* 1987, I, 3275

PAISANT G.,

obs. sous Civ. 3^e, 8 janv. 1992, n° 90-12.141, Bull. civ. III, n° 9, D. 1993. 236.

« L'importance de l'indemnité d'immobilisation convenue transforme la promesse unilatérale de vente en promesse synallagmatique », D. 1993. 234.

PANCRAZI M.-E., « Les clauses de rétroactivité », RTD civ. 2011. 469.

PARACHKEVOVA I., « Le droit des contrats à l'épreuve de l'harmonisation européenne », RIDC 1-2009, p. 166 et s.

PARANCE B., « Comment concilier le droit des contrats avec les obligations environnementales poursuivant la satisfaction de l'intérêt général ? », D. 2013. 647.

PARLEANI G.,

« Actualité de la sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles », LPA 20 janv. 2005, n° 14, p. 3.

« Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », Gaz. Pal. 12 juin 2017, n° hors-série 3, p. 74.

PARMENTIER M., « Défaut de souscription d'une assurance de responsabilité décennale : la responsabilité personnelle du dirigeant social engagée ! », Gaz. Pal., 10 mai 2016, n° 17, p. 75, obs. sous Com., 28 sept. 2010, Bull. civ. IV, n° 146, pourvoi n° 09-66.255.

PATARIN J., « La validité de la clause d'inaliénabilité n'est pas affectée par la disparition de l'intérêt sérieux et légitime qui a justifié cette stipulation », RTD civ. 2000. 148.

PECNARD Ch. Et ROBIC G., « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission européenne à la lumière de l'expérience française », AJCA 2014. 338.

PEDAMON M., obs. sous, Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, Bull. civ. III, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, RTD com. 1993. 638.

PELLE S., « La réception des correctifs d'équité par le droit... », D. 2011. 1230.

PENIN O., « Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction », RTD civ. 2015. 45.

PENNEAU J., « Fixation par le juge de la date d'effet de la résiliation d'un contrat à compter du moment où les parties ont cessé de remplir leurs obligations. Une partie ne peut demander l'exécution d'aucune des stipulations d'un contrat mis à néant », D. 1997. 321.

PEREIRA-OSOUF P., « Sur l'exercice du droit d'option en présence de baux comportant une clause recette », Loyers et Copropriété, 3, Mars 2006, comm. 56.

PÉRINET-MARQUET,

« La réception des travaux, état des lieux », D. 1988. Chron. 287.

« Remarques sur la force de la garantie des constructeurs », JCP 1992.

Nuovi profili del contratto, in rass. Dir. Civ., 2000, p. 545.

PERRIER J.-B. et al., « Chronique Ethique de l'entreprise (novembre 2012 - mars 2014) (1ère partie) », LPA 18 août 2014, n° 165, p. 6.

PERRIN L., obs. sous Soc. 13 juill. 2010, Bull. 2010, V, n° 174, pourvoi n° 09-41.626, D. 2010. 1885.

PERROT R., « La réforme des procédures civiles d'exécution », propos recueillis par Marie MIGNON-GARDET, LPA, 6 janvier 1993, n°3, p. 7.

PERROT R.,

obs. sous Cass., 16 juin 1995, avis n° 09-50.008, Bull. civ. avis, n° 9, RTD civ. 1995. 691.

obs. sous Civ. 3^e, 23 mars 2005, pourvoi n° 03-19.071, Bull. civ. III, n° 72, Proc. 2005, comm. n° 129.

« Juge de l'exécution : compétence sur les incidents relatifs aux actes notariés », RTD civ. 2009. 577.

obs. sous Civ. 2^e, 9 sept. 2010, Bull. civ. II, n° 149, pourvoi n° 09-16.538, *Procédures* 2010, n° 373.

obs. sous, Civ. 2^e, 6 mai 2010, Bull ; civ. II, n° 66, pourvoi n° 09-14.737, RTD Civ. 2010. 615.

PETEL Ph., *L'exercice du droit de suite à l'encontre d'un tiers détenteur placé sous procédure collective*, LPA, 11 févr. 2011, n° 30, p. 54.

PETIT F., « La Commission d'examen des pratiques commerciales : un nouveau cadre juridique pour les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs », RRJ 2002-1, p. 339.

PFERSMANN O., « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », RRJ, 1994-1, p. 223.

PICARD M. et PRUD'HOMME A., « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », RTD civ. 1912. 104.

PICOD Y.,

« Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I, 3318.

obs. sous Soc. 29 juin 1999, Bull. civ. V, n° 309, pourvoi n° 97-40.082, D. 2000. 318.

« Validité des clauses de non-concurrence des agents commerciaux », D. 2003. 904.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, Bull. Civ. I, n° 195, pourvois n° 12-22.846 et 12-22.948, D. 2013. 2812.

PIERRE-MAURICE S., « L'indemnité d'occupation due par un ancien locataire incombe à son copreneur solidaire, ayant quitté le local », D. 2003. 732.

PIETTE G., « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », RLDA 2008, n° 24, p. 116.

- PIGNARRE G.**, « À la redécouverte de l'obligation de praestare », *RTD civ.* 2001. 41.
- PILLEBOUT**, note sous TGI Vannes, 7 juill. 1976, *JCP* 1977. II. 18638
- PISSALOUX J.-L.**, « De l'office du juge saisi d'un recours contre une mesure de résiliation », *Gaz. Pal.* 21 mai 2011, n° 141, p. 25, obs. sous CE 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*.
- PIWNICA D.**, « Les méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire », *JCP G*, 2011, p. 68.
- PLANCKEEL F.**,
« Les atteinte au droit du renouvellement du bail commercial », *AJDI* 2009. 769.
« Le grand retour du loyer binaire dans le giron du statut des baux commerciaux », *AJDI* 2017. 36.
- PLANTAMP D.**, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *Dalloz Affaires* 2000. 243.
- POCHARD M.**, obs. sous CE, 1^{er} oct. 1993, n° 54660 (arrêt *Société Le Yacht Club International de Bormes-les-Mimosas*), *AJDA* 1993. 810.
- POLLAUD-DULIAN F.**, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD Com.* 1997/3.351.
- PORTA J.**, obs. sous Soc. 15 oct. 2014, *Bull.* 2014, V, n° 240, pourvoi n° 13-11.524, *D.* 2014. 2118, et 2015. 829.
- POSEZ A.**, « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », *D.* 2015, p. 2609
- POUGHON J.-M.**, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits*, vol. 12, 1990, p. 47.
- POUSSON A.**, « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », *RRJ* 1996. 697.
- PRAUD J.-L.**, « Les motifs légitimes de résiliation dans les contrats à durée déterminée », *RTD com.* 2017. 257.
- PRIVES P. G.**, « Evergreen clauses: be aware of the pitfalls », *in Business Law and Governance, A publication of the American Health Lawyers Association, Business Law and Governance practice group*, Vol. 6, Issue 1, avr. 2013, p. 1.
- PUIG P.**, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA* 2009, n° 46, p. 93.
- PUIGELIER C.**, obs. Soc. 12 févr. 2002, *Bull. civ.* V, n° 62, pourvoi n° 00-41.765, *D.* 2002. 2011.
- QUIRINY B.**, obs. sous CE 8 juill. 2005, *Aluisse-Lonza-France*, req. n° 247976, *D.* 2005. 3075.

RACINE J.-B.,

Paris 1^{er} mars 2001, Rev. arb. 2001. 584.

« Le caractère potestatif d'une clause attributive de juridiction internationale conduit à son inefficacité », *in* RDC 1^{er} avr. 2013, 2, p. 661.

RADE Ch.,

obs. sous Soc. 12 mai 2004, Bull. civ. V, n° 133, pourvoi n° 02-40.490, Dr. soc. 2004. 911.

obs. sous Soc. 16 mai 2012, Bull. civ. V, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, Dr. soc. 2012. 784.

RAINIERI F., « Bonne foi et exercice du droit en civil law », RIDC, 4-1998, p. 1066.

RAKOTOVAHINY M.-A.,

« La portée de l'absence d'assurance en garantie décennale de l'entrepreneur », D. 2000, p. 783.

« Retour sur un cas d'extension de la responsabilité des constructeurs au delà du délai décennal : le désordre évolutif », LPA 10 juin 2002, n° 115, p. 13.

note sous Com. 28 sept. 2004, n° 02-11.210, Bull. civ. IV, n° 167, D. 2005. 302.

RANDOUX D., « Droit d'agréer et liberté contractuelle », Rev. sociétés 2010. 511.

RAVEL D'ESCLAPON Th., « Enrichissement sans cause : caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* » D. actu. 26 mai 2017, obs. sous Civ. 1^{ère} 4 mai 2017, à paraître, pourvoi n° 16-15.563.

RAY J.-E.,

« Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. Soc. 1991, n°5, p. 376.

« Protéger l'information, aujourd'hui et demain », Dr. soc. 2013, p. 111.

RAYNAUD P., « La renonciation à un droit (sa nature et son domaine en droit civil) », RTD civ. 1936. 736 et s.

REBUT D., « Le secret des affaires », *in* « Le secret à l'ère de la transparence », JCP G 2012, suppl., p. 20.

REMY Ph.,

obs. sous Civ. 3^e, 7 juin 1989, Bull. civ. III, n° 134, p. 74, pourvoi n° 87-14.083, RTD civ. 1990. 100.

« La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997. 323.

RENAULT Ch.-E., « Les clauses particulières des contrats d'adaptations des bandes dessinées au cinéma », Gaz. Pal., 8 mai 2004, n° 129, p. 18.

RENUCCI J.-F., « L'identité du contractant », RTD com. 1993. 362.

REVET Th.,

« Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier », RTD com. 1996. 724.

« Servitude de non-concurrence », RTD civ. 2002. 125.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 3, pourvoi n° 99-15.547, RTD civ. 2002. 542.

« La prise d'effet du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, n° 1, p. 29.

RICATTE J., « La clause du client le plus favorisé », Gaz. Pal. 24 oct. 1991

RIPERT G., « Le droit de ne pas payer ses dettes », DH 1936, chron., p. 57.

RITLENG D., obs. sous CE 16 juill. 2007, *Société tropic travaux signalisation*, n° 291545, RTD eur. 2008. 835.

ROBINNE S.,

obs. sous Soc. 12 févr. 2002, inédit, pourvoi n° 99-41.538, D. 2003. 969.

obs. sous Soc. 16 mai 2012, Bull. civ. V, n° 153, pourvoi n° 11-10.760, D. 2012. 1409, 2760.

« Précisions jurisprudentielles sur la renonciation à la clause de non-concurrence en droit du travail », AJCA 2014, p. 74.

ROCHFELD J.,

obs. sous Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, RDC 1^{er} déc. 2003, n° 1, p. 17.

« Contrat et libertés fondamentales », RDC 2003, p. 17.

« Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 1^{er} janv. 2004, 1, p. 47, n° 31.

« Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 60 et s.

« L'obligation transversale ? », D. 2007. 2068.

« *Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français* », RDC 1^{er} oct. 2013.

RODIERE R., « Voyageurs, veillez sur vous ! », D. 1971. 45.

RODRIGUEZ K., « Juridique - Liberté associative - L'adhésion, l'affirmation d'une liberté », JA 2011, n° 435, p. 34.

ROLLAND Ch., « Création de l'agence française anticorruption par la loi « Sapin 2 » : quels moyens pour quelle action ? », AJCT 2017. 124.

ROLLAND L., « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », RDUS 26, 1996.

ROQUILLY C., « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2009, dossier 34.

ROUQUET Y.,

obs. sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, *D.* 2004. 878.

« Bail professionnel et maintien dans les lieux du locataire », *AJDI* 2004. 33.

« Solidarité des copreneurs et paiement de l'indemnité en occupation », *AJDI* 2004. 449.

« Cautionnement sans indication de durée et renouvellement du bail », *AJDI* 2005. 908.

obs. sous Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, *Andréozzi c/ Le Saint Jean (Sté)*, *Bull. civ. I*, n° 110, p. 101, pourvoi n° 04-11.835, *D.* 2005, *AJ* p. 1556.

obs. sous Civ. 3^e, 4 mai 2006, à paraître au *Bulletin*, pourvoi n° 04-10.051, *D.* 2006.1454.

obs. sous Civ. 3^e, 19 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 98, pourvoi n° 09-13296, *Dalloz act.*, 9 juin 2010.

« Des limites à la perte de chance d'un agent immobilier », *AJDI* 2012. 370.

« Déspécialisation partielle : portée d'une clause de non-concurrence », *D.* 2012. 551, *Civ. 3^e*, 15 févr. 2012, *Bull. civ. III*, n° 29, pourvoi n° 11-17.213.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, *Bull. civ. I*, n° 72, pourvoi n° 11-13.000, *D.* 2012. 879.

« La question de la divisibilité de la dette locative », *AJDI* 2014. 515.

ROUSSEL GALLE P., obs. sous *Com.* 17 nov. 2015, à paraître, pourvoi n° 14-16.012, *Soc. Carrefour proximité France c/ Soc. Perrin Borkovia*, *Rev. sociétés* 2016. 198.

ROUVIERE J., « *L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente* », *in* *RTD Civ.* 2009.

ROY-LOUSTAUNAU., note sous *Soc.* 30 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 322, p. 321, pourvoi n° 00-45.572, *Dr. soc.* 2003. 465.

ROZES L.,

obs. sous *Civ. 3^e*, 10 mars 1993, *Théâtre Saint Georges*, *Bull. civ. III*, n° 30, pourvoi n° 91-13.418, *D.* 1994. 47.

obs. sous *Civ. 3^e*, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, *D.* 2004. 2005. 1090.

RUBELLIN-DEVICHI J., note sous *Angers*, 25 sept. 1972, *Rev. arb.* 1973. 164.

RUEGG. V. M., « France - Etats-Unis : évolutions du droit des affaires », *Revue des deux mondes*, juin 2000, p. 79.

RUET L., note sous *Civ. 3^e*, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, *Defrénois* 2004. 1325.

RUY B., obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 21 oct. 2015, pourvoi n° 14-25.080, *AJCA* 2015. 520.

SABATAKAKIS E., « Chronique de droit social européen (juin 2010 - juin 2012) », *Rev. UE.* 2013. 313.

SAENKO L., note sous *Civ. 1^{re}*, 20 févr. 2008, *Bull. civ. I*, n° 56, pourvoi n° 06-19.977, *D.* 2009. 276.

SAINTE-ROSE J., « Le régime de l'obligation de restituer en cas de commodat à durée indéterminée », *D.* 2002. 30.

SALEILLES R.,

« De l'abus de droit », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 335 et s.

« De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.*, 1907. 697.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.,

« Une nouvelle loi pour faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles », *RLDC* 2005/15, n° 603.

« Clauses abusives : les nouvelles clauses “noires” et “grises” », *JCP G* 2009, act. 168.

SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC* 1^{er} oct. 2014, 4, p. 1643.

SAVATIER J., « Le remboursement des prêts de l'employeur à un salarié en cas de rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 1994.

SAVATIER J., obs. sous *Soc.* 13 janv. 1998, pourvoi n° 95-41.467, *Dr. soc.* 1998. 278.

SAVATIER R., « L'ordre public économique », *D.* 1965, chr. 9.

SAVAUX E., « Les effets de la caducité du contrat sur la clause pénale », *RDC*, 1^{er} juill. 2011, n° 3, p. 826.

SAVOVA D. et KENNEDY A., « L'aménagement de la relation “post-contractuelle” », *AJ Contrat* 2016 p.470.

SCHILLER A. A., « Trade secrets and the roman law : The actio servi corrupti », *Columbia Law Review*, 1930, p. 837.

SCHMIDT J., « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, 45.

SCHMIDT-SZALEWSKI J.,

« Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989, I, 3397.

« La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 2-1990. p. 545. et s.

SCIARRIA-QUADRI A., « Le droit de suite en Amérique Latine », *RIDA* 1979, n° 102, p. 73.

SEIFERT E., « Clause de non-concurrence - Référé prud'homal et clause de non-concurrence illicite », *Resp. civ. et assurances* n° 11, nov. 2013, form. 10.

SEILLAN Y., « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966. 686.

SERINET Y.-M.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 74 pourvoi n° 01-01.673, *D.* 2003. 2522.

obs. sous Civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, inédit, pourvoi n° 07-14620, *RDC* 2008.1289.

note sous Civ., 20 janv. 2010, *Bull. civ. III*, n° 14, pourvoi n° 09-65.272, *RDC* 2010. 935.

SERRA Y.,

obs. sous Civ. 3^e, 18 mars 1987, *Bull. civ. III*, n° 59, pourvoi n° 85-16171, *D.* 1988, somm., p. 177.

« Compétence du juge des référés en matière de concurrence déloyale », *D.* 1990. 80.

« La violation d'une clause de non-concurrence se résout en dommages et intérêts et non en une interdiction d'exercer une profession », *D.* 1990. 335, obs. sous Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1989.

obs. sous Paris, 5 avr. 1990, *D.* 1990. 335.

« Référé et clause de non-concurrence : trouble illicite, contestation sérieuse et dommage imminent », *D.* 1992. 57.

« La prohibition des clauses de non-concurrence dans la nouvelle profession d'avocat » *D.* 1992. 60.

obs. sous Versailles, 14 juin. 1991, *D.* 1992. 349.

« Le contrat de travail d'un avocat salarié ne doit pas comporter de clause de non-concurrence portant atteinte à sa liberté d'établissement ultérieur », *D.* 1992. 522.

obs. sous Soc. 17 févr. 1993, *Bull. civ. V*, n° 57, pourvoi n° 89-43.658, *D.* 1993. Jur. 347.

« La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 1996. 245.

« Référé et clause de non-concurrence : la mesure tendant à mettre fin à un contrat de travail conclu en violation d'une clause de non-concurrence est soumise à l'appréciation du juge des référés », *D.* 1997. 103.

« Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence », *RTD. com.* 1998, p. 7.

obs. sous Soc. 18 déc. 1997, *Bull. civ. V*, n° 458, pourvoi n° 95-42.201, *D.* 1998, somm. 215.

obs. sous Soc. 26 févr. 1997, inédit, pourvoi n° 94-41.012, *D.* 1998. somm. 215.

obs. sous Paris, 2 févr. 2000, *D.* 2002. 1260.

« L'expiration de la clause de non-concurrence n'autorise pas le cédant à reprendre la clientèle du fonds cédé », *D.* 2001. 1312.

obs. sous Soc. 10 juill. 2002, *Bull. civ. V*, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334, *D.* 2002. 2491.

« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence », D. 2009. 1441.

obs. sous Soc. 13 mars 2013, Bull. civ. V, n° 72, pourvoi n° 11-21.150, D. 2013. 2812.

« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme - Centre de droit de la concurrence », D. 2016. 2484.

SERVERIN E., « La part du conflit dans le processus de rupture conventionnelle », Rev. trav. 2012. 110.

SEUBE J.-B.,

obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 221, pourvoi n° 02-18.033, RDC 2004. 359.

obs. sous Civ. 3^e, 2 mars 2005, Bull. civ. III, n° 55, p. 48, n° 01-15.298. RDC 1^{er} oct. 2005, n° 4, p. 1087.

SHIP A., « Common law treatment of renewal rights in commercial agreements: a special look at franchises, distributorships and the duty of good faith », in *Canadian Business Law Journal*, Vol. 54, p. 177.

SIMLER Ph., « Les clauses d'inaliénabilité », D. 1971. Comm. lég. 416.

SIMON H. A., « Rational Decision Making in Business Organizations », *American economic review*, vol. 69, 1979, p. 493.

SINDRES D., « La rupture du contrat international », AJ contrat 2016, p. 464.

SOUWEINE C., « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété », D. 2011. 2617.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

« La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires », LPA 21 nov. 2003, n° 237, p. 36.

obs. sous Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18.033, Bull. civ. III, n° 221, RDC 2004. 280.

« L'après-contrat », RDC 2004, 1, p. 159.

obs. sous Versailles, 4 févr. 2004, RG n° 2004-232683, CCE 2004, comm. 57.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74 pourvoi n° 01-01.673, RDC 2004. 265.

« La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », Contrat Commerce électronique, n° 3, mars 2005, comm. 45.

« L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel », JCP G 2005, I, n° 665.

obs. sous Ch. Mixte, 9 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 74, pourvoi n° 02-16.302, RDC 2005. 280.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, Bull. civ. I, n° 201, pourvoi n° 02-15.910, JCP 2006. I. 111, n° 3.

STORCK M., « Particularisme de l'obligation de restitution incombant au dépositaire », *RTD Com.* 2010. 573.

STRICKLER Y.,

« Les rapports d'affaires », *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse* 1995, pp. 27-57.

« Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. Procédures*, n° 2, Févr. 2017, étude 7.

SUTTERLIN O., « Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués », *D.* 2013. 676.

SUTTERLIN O., obs. sous *Civ. 3^e*, 16 janv. 2013, *Bull. civ. III*, n° 4, pourvoi n° 11-27.101, *D.* 2013. 676.

TADROS A., « "L'adhésion" du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », *D.* 2017. 171.

TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994. 223.

TEISSIER A., « La clause de non-concurrence en droit du travail : loyauté renforcée ou forcée ? », *JCP S* 2005, n° 1085.

TELLER M., « Les fonctions de la procédure en droit bancaire et financier », *RIDE*, t. 29, 2015/4, p. 503 et 512.

TERRE F., « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD*, t. 13., Sirey, 1968, 71.

TESTU F.-X., « Secret et relations d'affaires, La confidentialité conventionnelle », *Dr. et patr.*, 2002, p. 81, n° 102.

TETARD C., « Réflexions sur le régime de la renonciation à la clause de non-concurrence », *JCP S* 2006. 1185.

TETLEY W., « Good faith in contract particularly in the contracts of arbitration and chartering », *J. Mar. L. & Com.*, 2004, p. 561.

TEYSSIE B., « Florilège sur la loyauté », *TPS*, févr. 2000, p. 3.

THERON J., « Éthique de l'entreprise », *LPA* 3 juin 2013, p. 5.

THERY Ph.,

obs. sous *Civ. 1^{ère}*, 27 mars 2007, *Bull. Civ. I*, n° 129, pourvoi n° 04-20.842, *RTD civ.* 2008. 541.

« Clause attributive de juridiction et chaîne de contrats dans l'Union européenne : l'étrange figure de la clause attributive de juridiction conclue à titre principal », *in RTD Civ.* 2014, p. 436.

obs. sous Civ. 3^e, 3 nov. 2016, à paraître, pourvoi n° 15-16.826 et n° 15-16.827, RTD civ. 2017. 204.

THIBIERGE C., « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », RTD Civ., 2003. 599.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997. 362.

THIOYE M., « Agent immobilier : point de droit à rémunération par novation d'une obligation naturelle en obligation civile », AJDI 2011. 643.

THIOYE M., « Incompatibilité de la théorie de l'enrichissement sans cause avec la loi Hoguet ! », AJDI 2015. 136.

THIOYE M., obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, Bull. civ. I, n° 72, pourvoi n° 11-13.000, AJDI 2012. 613.

THIOYE M., obs. sous Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 52, AJDI 2001. 919.

TIQUANT O., « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », LPA, 22 juin 2010, n° 123, p. 11.

TIQUANT O., « Loi Doubin, le clair-obscur de la Cour de cassation », LPA, 22 juin 2010, n° 123, p. 11.

TISSEYRE S., Civ. 3^e, 12 janv. 2017, à paraître, pourvoi n° 16-10.324, D. 2017. 430.

TOMASIN D.,

obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1993, pourvoi n° 91-19.366, Bull. civ. I, n° 323, RDI 1994. 266.

« Effets du contrat d'entremise et droit à commission », RDI 1998. 280.

TOURNAFOND O.,

« Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente (erreur sur la substance, défaut de conformité, vice caché) », D. 1989, chron. 237.

« La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs. Commentaire de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », D. 2005, chron. 1557.

« Clause de renonciation et rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2013. 860.

TREBULLE G.,

« Validité de la clause exonératoire des vices cachés stipulée par un vendeur non professionnel de l'immobilier », RDI 2005. 261, obs. sous Civ. 3^e, 4 nov. 2004, inédit, pourvoi n° 03-12.499.

obs. sous Civ. 3^e, 16 mars 2005, *Hydro Agri*, Bull. civ. III n° 67, p. 60, pourvoi n° 03-17.875, JCP G 2005. II. 10118.

« Des limites à la vente d'un terrain pour un prix symbolique », *RDI*, 2008. 87 obs. sous civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-13.629.

obs. sous Civ. 3^e, 9 sept. 2009, pourvoi n° 08-13.050, D. 2010. 2468.

UBAUD-BERGERON M., « Référé-suspension contre une mesure de résiliation du contrat », *CMP* n° 1, janv. 2017, comm. 27.

ULEN S., « Cognitive Imperfections and the Economic Analysis of Law », *Hamline Law Review*, vol. 12, 1989, p. 385.

URBAN Q., « La « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles de travail, Le droit social - Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003.

USUNIER L., « Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques » *RTD civ.* 2015. 844, note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 13-27.264 et Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, à paraître au bulletin, pourvoi n° 14-16.898.

VAN DROOGHENBROECK J. et INGHELS B., « Lorsque tout est fini, le dit et le non-dit (des droits et obligations postcontractuels) », in *GILSON S., Quelques propos sur la rupture du contrat de travail*, Louvain-la-neuve, Ed.Anthémis, 2008, p.162.

VAN MEERBEEK J., « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *RIEJ*, 2016, p. 76

VAN WETTER P., *Les obligations en droit romain*, vol. 3, A. Host éd., 1886, p. 175.

VAREILLE B., obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 33, pourvoi n° 93-10.462, *RTD civ.* 1996. 459.

VARNEROT V., « Limites du droit à l'image », *JA* 2017, n°557, p. 25.

VASSEUR M., « Un nouvel essor du concept contractuel, Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *RTD civ.* 1964. 5.

VATINET R., « Clause de non-concurrence. Faculté laissée à l'employeur. Nullité de la clause », *Dr. Soc.* 2002. 468.

VERDUN F., « Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise », *Cah. dr. entr.* 2011/5, dossier 31.

VIAL-PEDROLETTI B.,

« Qui paie l'indemnité d'occupation ? », *Loyers et copr.* 2000, *Chron.* n° 9, p. 7.

« Indemnité d'occupation : nature et révision judiciaire », *Loyers et Copropriété* n° 6, Juin 2010, comm. 157, note sous Civ. 3^e, 8 avr. 2010, *Bull. civ. III*, n° 75, pourvoi n° 08-20.525.

VIGNEAU Ch., « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.* n° 718, p. 706.

VINCENT K., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent », in *Les cahiers de droit*, Université de Laval, vol. 41, n° 3, 2000, p. 435.

VINCKEL (F.), « *L'anéantissement d'un contrat après l'ouverture d'une procédure collective : vers un régime unitaire des créances de restitutions ?* », *LPA* 24 févr. 2006, n° 40, p. 6.

VINEY G.,

« Le domaine de la responsabilité contractuelle : le manquement à une obligation contractuelle », *RDC*, 1^{er} juill. 2006, n° 3, p. 811.

« Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007. 1542.

« Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944.

VIRASSAMY G.,

« Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », *RTD com.* 1988, p. 179.

« Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », *JCP* 1992, E, I, 137.

VIVANT M., « Prendre la contrefaçon au sérieux », *D.* 2009. Chron. 1839.

WALTZ-TERACOL B., « *Incertitude sur le fondement et le régime de l'action en réparation du fait d'un vice caché* », *D.* 2015, p. 1939, au sujet de Civ. 3^e, 24 juin 2015, *Bull. civ.* A paraître, pourvoi n° 14-15205.

WEINSTEIN N. D., « Unrealistic Optimism About Future Life Events », *J. Personality & soc. psychol.*, vol. 39, 1980, p. 806.

WERTENSCHLAG B. et GEIB Th., « Obligation de dépollution : mise en cause des propriétaires », *AJDI* 2012. 361.

WERTHE TALON S., note sous Civ. 3^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.998, *D.* 2004. 2221.

WHITTAKER S., « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », *D.* 2009. 1152.

WILLIAMSON O. E.,

« Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations », *Journal of Economic Perspectives*, 1993, 103-8 (Winter).

Economics and organization : A primer », *in California management review*, (winter 2016).

WINTGEN R., *Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution*, RDC 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 543.

ZALEWSKI V.,

« Sous-location, incendie et responsabilité du bailleur », *AJDI* 2006. 562.

obs. sous Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2008, Bull. civ. I, n° 56, pourvoi n° 06-19.977, *AJDI* 2008. 666.

ZENATI F., « Servitude de non-concurrence », *RTD civ.* 1999. 659.

V. COMMUNICATIONS, PROJETS ET RAPPORTS

ARAFER, *Etude thématique sur la gestion des gares ferroviaires de voyageurs en France*, juill. 2016,
URL : http://www.arafer.fr/wp-content/uploads/2016/07/0515_16_ARAFER_CAHIER_THEMATIQUE_DIGITAL.pdf.

Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport du Garde des Sceaux, 22 sept. 2005.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit projet Catala.

CHARPAIL C. et ZILBERMAN S.,

« Après un CES ou un SIFE, des trajectoires plutôt dans la ligne des parcours antérieurs », *Premières Synthèses*, n° 43-1, *DARES*, 1997.

« Diplôme et insertion professionnelle après un contrat de qualification », *Premières Synthèses*, n° 39-3, *DARES*, 1998.

CEDRAS J., « Liberté, égalité, contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *in Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 186 et s.

Commission européenne,

Communication 2005/C 56/03 du 5 mars 2005 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration.

Étude Trade secret, Ares(2016)98815, disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_executive-summary_fr.pdf.

DE MONTEYNARD G., « Le libre choix du juge par les commerçants », *in Etudes diverses pour rapport annuel de la Cour de cassation pour 2001*, disponible sur <https://www.courdecassation.fr>.

FLIESS B. et GORDON K., *Les codes de conduite des entreprises. Étude approfondie de leur contenu*, OCDE, juin 2000.

Projet de réforme du droit des obligations de l'Académie des sciences morales et politiques, dit projet Terré

Question écrite n° 22689 de M. Ph.François, JO Sénat du 03/09/1992 - p. 2001.
<http://www.senat.fr/questions/base/1992/qSEQ920922689.html>

Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2006.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/

Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2008.

http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf

Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2014. Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation:

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2014_7040.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sous-section 4.

Rapport BAO, Assurance emprunteur, Analyse de l'impact de la résiliation annuelle sur les marges des contrats emprunteurs, 21 janv.

Rapport CANIVET G., Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, oct. 2004, p. 32 : « Ces règles apparaîtraient alors comme le pendant des principes destinés à assurer la liberté de la concurrence ».

Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, enregistré le 19 oct. 2016 à l'AN, présenté par **ABAD D.** et **KEMEL Ph.**, p. 13 ; « Bilan de l'application des lois significatives du quinquennat au 31 décembre 2016 », <http://www.senat.fr/rap/r16-396/r16-3965.html>.

Rapport de l'IGF n° 2013-M-086-02, Assurance-emprunteur, délivré en novembre 2013 au Ministère de l'Économie et des Finances.

Rapport du sénat sur la transposition de la directive européenne relative à la garantie légale de conformité.

Rapport SPINETTA, *Proposition pour une réforme de l'assurance-construction, La documentation française*, 30 juin 1975.

Recommandations n° 91-01 CCA (BOCCRF 6 sept. 1991) concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement ; CCA (BOCCRF 27 juill. 1999) relative aux contrats de radiotéléphones portables ; CCA (BOCCRF 31 janv. 2003) relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet.

V. Dictionnaires spéciaux, œuvres philosophiques et littéraires

ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy.

Aristote, *Ethique à Nicomaque*.

ASSO F., *Rien n'est perdu*, Champ Vallon, Recueil, 2000.

BACHELARD G., *La dialectique de la durée*, 1950, Bibliothèque numérique « Les classiques des sciences sociales », <http://classiques.uqac.ca>.

BAILLY A., *Abrégé du dictionnaire grec français*, Hachette, 1901.

BERGSON H.,

L'Évolution créatrice, PUF, 1907.

Durée et simultanéité, [1922], Paris, PUF, 2009.

La Pensée et le Mouvant. Essais et conférences, PUF, 1934.

CAMUS A., *Le Mythe de Sisyphe*, Gallimard, 1942.

CLAUDEL P., *Commentaires et exégèses. 4 : Le Cantique des cantiques*, Gallimard, Paris, 1963.

COMTE-SPONVILLE A., *Petit traité des grandes vertus*, PUF, 1995.

CONCHE M., *Montaigne et la philosophie*, Mégare, 1987.

Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le petit Robert, 2011.

Dictionnaire de la philosophie, Coll. Les dictionnaires, Encyclopaedia Universalis France, 2016.

DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Alcan, Paris, 1911.

EMERY E., *Le temps et la musique, I. Temps et dialectique de la durée, II. Dialectique de la durée dans l'art musical*, L'Age d'Homme, Lausanne, 1998.

FENELON, *Traité de l'existence et des attributs de Dieu*, Impr. de J.-A. Lebel, Versailles, 1820.

GAUTIER Th., *España*, 1843, Gallimard, 1981.

GENETTE G.,

Figures III, Seuil, 1972.

Palimpsestes, la littérature au seconde degré, Points Essais, 1997.

GONCOURT E. (de) et GONCOURT J. (de), *Journal: mémoires de la vie littéraire*, t. 3 : 1879-1890, Fasquelle et Flammarion, 1890.

HUGO V.,

« La première égalité, c'est l'équité », in *Les Misérables*, Laffont, 2001.

« Liberté », in *La légende des siècles*.

HUSSERL E., *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, 1964, PUF-Epiméthée.

JAMMES F., Préf. **BOREL J.**, *De l'Angelus de l'aube à l'Angelus du soir*, Gallimard, Paris, 1971.

JANKELEVICTH V.,

L'irréversible et la nostalgie, Champs Essais, 1974.

Traité des vertus, Flammarion, 1986.

LA FONTAINE (de) J., *Les fables*.

LAMARCK J.-B., *Philosophie zoologique*, Boivin et Cie, Paris, 1833.

LAMARTINE A., *Correspondance générale : t. 1 : 1830-1833*, Droz, Paris, 1943.

LANTELME M., *Le roman contemporain : Janus postmoderne*, L'Harmattan, 2009

LEVI-STRAUSS Cl., *Anthropologie structurale*, Plon, 1963.

MARMONTEL J.-F., *Contes moraux*, t. 3, Dabo-Butschert, Paris, 1826.

MAURIAC Cl., *Le Temps accompli*, Grasset, 1991.

MOLIERE, *Amphitryon*, Hachette, Paris, 1881.

Ortolang (Outils et Ressources pour un Traitement Optimisé de la LANGue), Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, CNRS et ATILF : <http://www.cnrtl.fr>

QUENEAU R., *Le Vol d'Icare*, 1968, Gallimard, 1995.

ROUBAUD J., *Mathématique : récit*, Les Éditions du Seuil, 1997.

SAINT AUGUSTIN, *Confessions*, XI (trad. Trabucco, G.-F., 1964).

SERRES M., *Les lieux de mémoire, Petites chroniques du dimanche soir*, éd. Le Pommier, 2006.

WOLFE Th., *Le temps et le fleuve : chronique de la jeunesse et de sa faim*, L'Age d'Homme, 1984.

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abstention,

208, 428 et s., 630 et s., 643

Abus de droit,

272, 302, 319, 337 et s., 344, 594

Acte

abdicatif, 517, 526, 533,

administratif, 102, 218, **607,609,**

formateur, 70(nbp), 77, 78, 661

translatif, 81, 106, 109, 117, 169, 170, 186, 190, 510 et s.

Acte authentique,

106, 277, 445, 533, 622, 630

Acte extinctif,

13, 30, 56, 60, 68, 70, 72, 78, 132 et s., 153, 179, 268, 660, 664

Acte unilatéral,

53, 64, 114, 139, 264, 268, 274, 300, 305, 343, 377, 387 et s., 391 et s., 445, 471, 522 et s., 524, 529, 533, 549, 554, 560 et s., 582, 594, 622, 657

Action directe,

219, 460, 513, 617

Action interrogatoire,

304

Agent commercial,

54, 78, 295, 305, 408

Agent immobilier,

442 et s.,

Analyse économique du droit,

6, 14 et s., 83 et s., 91 et s., 161, 221, 228, 232, 296 et s., 301, 359 et s.

Animaux,

3, 225, **226,** 470

Anticipation,

2, 27, 67, 78, 93, 95, 126, 187, 273, 297, 312, 316, 350 et s., 360, 382, 387, 397, 404, 420, 425, 479, 480, 557, 564, 649, 654

Apparence,

172, 239, 248, 272,

Arbitrage,

23, 367, 377 et s., 383, 389, 390 et s., 392 et s., 397 et s., 411, 471 et s., 492 et s., 511, 514, 519,

Astreinte,

467, 475, 579, 583, 630

Attente légitime,

234, 272, 283, 375

Autonomie,

23, 135, 376 et s.

Autorisation,

175, 271, 299, 496, 537, 609 et s.

Autorité de la chose jugée,

173 et s., 574, 587 et s., 604, 609

Autorité de la concurrence,

298, 300 et s., 417 et 429

Avant-contrat,

3 et s., 8, 16, 19, 62, 65, 70, 84, 89, 199, 223, 253, 294, 314 et s., 317, 321, 323, 326, 332 et s., 344, 359, 397, 412 et s., 444, 449, 473, 546, 662 et s.

Avocat,

408, 473, 507 et s.

B

Bail,

4, 18, 64, 65, 81, 86 et s., 91, 104, 114 et s., 131 et s., 134, 161, 175, 234, 238 et s., 242 et s., 247 et s., 251 et s., 272, 275, 277, 304, 309, 335 et s., 341, 451 et s., 458 et s., 500, 502 et s., 517, 536 et s., 568 et s., 580, 594, 610, 621 et s., 641 et s., 647

Biens

fongibles, 439

incorporels, 302

immatériels, v. savoir-faire

Bonne foi,

5 et s., 63, 65, 71, 107, 162, 172, 176, 194 et s., 230, 283, 301 et s., **318 et s.**, **327 et s.**, 342 et s., 359, 362 et s., 385, 398, 422, 432 et s., 441, 449, 481, 503, 566 et s., 635, 672,

Breach of contract,

159, 201

C

Caducité,

3, 53, 76, 105, 135, 142, 151, 154, 157, 170, 378, 500

Capacité,

54, 93, 140, 161, 176

Carbonnier Jean,

4, 58 (nbp), 62 (nbp), 91, 126 (nbp), 156 (nbp), 212, 273, 316 (nbp), 320 (nbp), 360 (nbp), 399 (nbp), 413, (nbp)

Casier contractuel,

310 et s.

Cause,

100, 116, 123, 172, 174, 202, **216**, 224, 322, 333, 334, 368, 639

Caution,

110, 113, 192, 242, 248, 247, 452 et s., 608

Chaîne de contrat,

208, 375, 3966, 542, **510 et s.**, 657

Chronologie,

26, 42, 68 et s., 107, 125, 147, 163 et s., 177, 201, 204, 529, 537

Chronométrie,

69, 76

CJUE,

205, 295, 391, 502, 504, 510, 512, 614

Clause abusive,

24, 81, 217, 227, 403, 445, 452, 468, 496, 500, 505, 526, 545, 448, 626

Clause catalogue,

361 et s.

Clause d'inaliénabilité,

413 et s., 423, 437, 497, 533 et s.

Clause d'indexation,

647 et s.

Confidentialité,

5, 319, 323, 365, 369, **409**, 415, 473, 478.

Clause de discrétion,

v. Confidentialité

Clause de non-concurrence, 23 et s., 33, 134 et s., 193, 305 et s., 319, 323, 334, 349, 366 et s., 379 et s., 401 et s., 414 et s., 420 et s., 429 et s., 462 et s., 467 et s., 478, 500 et s., 507 et s., 525 et s., 539, 657

Clause de renégociation postcontractuelle, 359

Clause de reprise des stocks, 303, 468

Clause *evergreen*,

273, v. Reconduction

Clause *good or bad leaver*,

627

Clause pénale,

73, 298, 374, 412, 449, 476, **477 et s.**, **626 et s.**, 630

Clause processuelle,

367 et s., 377 et s., 396 et s., 411 et s., 592 et s., 510 et s., 518

Clause-recettes

648 et s.

Clause résolutoire,

106 et s., 285, 451, 560, 564, 566 et s., 581 et s., 599

Codes de bonne conduite,

541 et s., 658

Cohérence,

94, 98, 100, 126, 134, 150, 163, 166, 177, 248,

259, 281, 294, 299, 301, 334, 347, 383, 422, 430, 460, 491, 500, 541, 564, 574, 583, 591, 616, 620 et s., 673

Commerce international,
4, 378, 359, 398, 514

Compensation,
52, 112, 113 et s., 139, 155 et s., 182, 340, 644

Compétence,
217, 245, 300 et s., 377 et s., 391 et s., 397 et s., 411, 471, 492, 494 et s., 501, 510 et s., 519 et s., 583 et s., 648 *bis*

Condition résolutoire,
23, 76, 130, 141 et s., 181, 264, 268

Condition suspensive,
76, 89, 93, 264, 343

Confiance, 187, 189, 192, 197, 207, 223, 233, 270, 311, 314, 323, 334, 336, 347, 350, 360 et s., 409, 415, 449 et s., 473, 543, 564, 592, 658

Confidentialité, 5 et s., 23, 63, 319, 323, 333, 354, 365, 369, 379, 409, 415, 473, 478, 479

Confirmation,
105, 126, 392, 529, 534 et s.

Confusion,
52, 114 et s.

Congé,
v. Bail

Connaissance,
510 et s.

Consensualisme,
18, 21, 81, 263, 276, 367, 388, 405, 518, 529, 560, 375

Consommation (Droit de la),
15, 25, 62, 78, 92, 189, 207, 210, 222 et s., 252 et s., 270 et s., 307, 311, 322, 392, 542, 563, 614, 626

Contenu du contrat,
v. Cause

Contrat à exécution instantanée,
15, 50, 61, 81, 138 et s., 190, 360, 590

Contrat à exécution successive,
81, 139, 140, 156, 190, 458, 626

Contrat d'adhésion,
445, 450, 627, rappr. Consommation et clause abusive

Contrat d'assurance,
54, 78, 89, 104, 201, 208 et s., 211 et s., 220, 230, 232, 234, 271 et s., 279, 296

Contrat en cours, 4, 65, 81, 99, 104, 201 *bis*, 216, 242, 247, 260, 263, 318, 385, 570

Contrat relationnel, 186, 297 et s., 301, 311, 314 et s., 344, 359 et s., 367

Coopération,
14, 297, 301, 323, 326, 357 et s., 366 et s., 385, 420, 542 et s., 655 et s.

Créance,
52, 80, 86, 102, 104, 109 et s., 113 et s., 172, 174, 198, 208, 307, 340, 607 et s.

D

Date,
41, 51, 58, 60, 64, 68, 69 et s., 77 et s., 110, 113, 126, 161, 166, 214, 220, 226, 228, 250 et s., 270, 272, 277, 302, 307, 362, 399, 411, 453, 527, 563, 577, 625

Décès,
3, 20, 54, 307, 498, 499, 632

Délai de grâce,
113, 582 et s.

Demolombe Charles,
136, 147, 148

Déontologie,
408, 409, 473 et s., 541 et s., 550, 658, 663, rappr. Code de bonne conduite

Dépendance,

298, 338, 352, 408, 468, 507, 621, v. ég. *Lock-in effect*

Déséquilibre significatif,

v. *Clause abusive*

Distributeur,

58, 97, 223, 282, 296, 298, 301, 303, 305, 310 et s., 313 et s., 396 et s., 403, 406, 408, 416, 427, 440, 468, 505, 542, 544, 571, 657

Divorce,

3, 54, 62, 583

Dol

100, 134, 162, 195, 228, 319, 333, 397, 438, 478, 483, 546, 588, 605

Dommage,

imminent, 483, 580

8, 95, 199, 201, 203, 216 et s., 219, 228, 230 et s., 334, 398, 431, 432, **466 et s., 471 et s., 477 et s., 482 et s.,** 536, 541, 568, 580, 601, 602 et s., 633 et s.,

Donation,

437, 497 et s., 533 et s., 536, 622, 647

Droit allemand,

140, 159, 168, 333, 415, 563, 595

Droit - *Common law*,

4, 6, 140, 159, 334, 415, 469, 567, 568

Droit belge,

5, 407, 415, 542

Droit chinois,

323, 407, 595

Droit comparé,

4, 5, 6, 63, 140, 159, 168, 240 (nbp), 322, 323, 324, 325, 333, 334, 370 (nbp), 407, 415, 469, 470 (nbp), 542, 562, 563, 567, 568, 591, 592, 595

Droit disciplinaire,

v. *Déontologie*

Droit international,

v. *Commerce international*

Droit italien,

4, 6, 63, 322, 325, 415, 562, 591, 592

Droit suisse,

140, 325, 326, 514, 595

Droit russe,

140, 325

Droit québécois,

240 (nbp), 324,

Durée,

déterminée, 21, 50, 61, 64, 76, 78, 119, 186, 234, 238 et s., 246 et s., 248, 254, 257 et s., 261, 266 et s., 273 et s., 289, 301, 307, 343, 345, 382, 412, 549, 624 et s.

indéterminée, 50, 53, 59, 61, 76, 77, 119, 186, 248, 252, 258, 270, 274, 275, 282, 289, 293, 299, 305, 625

longue durée, 212, 257, 298, 301, 338, 359, 363

E

Echange économique,

15, 85, v. *Analyse économique*

Effectivité,

80, 86, 92, 93, 108, 113, 135, 142, 187, 192, 196, 199, 206, 211 et s., 229, 232, 270 et s., 308, 372, 485, 517, 523, 564, 613, 614, 616, 657

Effet relatif,

96, 103, 110, 114, 179, 510, 512 v. ég.

Opposabilité

Efficacité,

23, 36, 74, 78, **83, 85 et s., 88 et s., 92 et s., 95 et s., 100 et s.,** 121, 126, 135, 142, 156, 168, 170, 180, 199, 204 et s., 207, 211, 219, 224, 229, 230, 268, 274, 304, 308, 314, 336, 344 et s., 364, 367, 370, 374, 377 et s., 382, 415, 425, 432, 473 et s., 478, 480, **486 et s., 500 et s., 508 et s., 514 et s., 532, 536,** 538, 542, 546, 547 et s., 558, 575, 626, 628 et s., 632, 635, 649, 656 et s.

Engagement perpétuel,

21, 53, 56, **57** et s., 76 (nbp), 77, 119, 184, 353, 361, 413, 660

Enrichissement injustifié,

151, 306, 448, v. ég. *Quasi-contrat*

Ensemble contractuel,

94, 170, 356, 382 et s., 509, 513, 514 et s.

Entreprises en difficulté,

v. *Procédures collectives*

Environnement,

15, 22 (nbp), 162 (nbp), 199, 308, 470

Équité,

155, **158**, **182**, 228, 295, 299, **300** et s., **307** et s., 324, 344, 347, 352, 385, 387, 407, 430, 452, 453, 469, 542, 566, 567, **568**, 573, 656, 664

Erreur,

90 (nbp), 104 (nbp), **136**, 169 (nbp), **172**, 174 (nbp), 191 (nbp), **575**, 618 (nbp)

Ethique,

5, 6, 15, 331, 361, 362 et s., 432 et s., 453, 541, v. ég. *Bonne foi*, *Codes de bonne conduite*, *Déontologie*, *Loyauté*

Exclusivité,

58, 250, 444 et s., 504 et s.

Exécution forcée,

133 et s., 155, 231, 465, 569 (nbp), 583 et s., 587 et s., 591 et s., 618, 630, 644, 650

Exhaustivité (règle de),

70, 80, 373, v. ég. *Effet réflexe*

Extériorité (notion),

10, 11, 74, 102, 345

Extranéité,

26, 34, 322, 455, 664

Extinction,

notion, 3, 55 et s., 61 et s., 168, 346, **modes et causes**, 54, **effets**, 104 et s., **Extinction-sanction**, n° 133 et s.

F**Fait juridique,**

16, 28, 34, 54 et s., 69, 84, 88, 119, 145, 166, 172, 173, 317, 344, 372, 455 et s., 462, 478, 487, 546, 581, 664, 666

Faute lourde ou dolosive,

228, 319, 397, 473, 478, 635

Faute lucrative,

479 et s.

Fonds de commerce

95, 114, 193, 272, 302 et s., 374, 468, 476, 500 et s., 545, 588, 621

Force majeure,

55, 264, 296, 439, 458, 569, 632

Force obligatoire,

4, 9, 70, 72, 103, 193, 249, 301, 316, 340, 360, 424 et s., 449, 465, 485, 500, 536, 567, 574, 583, 670

Formalisme,

93, 102, 106 et s., 276, 448, 533, 536, 564, 580

Formation,

4, 23, 32, 50, 55, 61, 63, 77, 79, 82, 91, 95, 97 et s., 123, 126, 128, 162, 165, 179, 197, 223, 229, 240, 242, 252, 259, 264, 269, 279, 284, 294, 303, 311, 322 et s., 326, 363, 383, 391, 404, 420, 431, 517, 536, 563, 632, 634, 668

Franchisage,

24, 58, 305 et s., 313, 365 et s., 375, 399, 402 et s., 406, 417 et s., 429, 435, 438, 468, 479, 544, 621

G**Garantie d'éviction,**

102, 191, 193 et s., 230, 232, 272, 319, 375, 503 et s., 532, 545 et s., 577, 658

Garantie de conformité,

15, 191 et s., 205, 207, 210, 223 et s., 614 et s.

Garantie décennale,

188, 202, 208 et s., 210 et s., 232, 602 et s.

Garantie des vices cachés,

15, 36, 192, 196 et s., 201, 205, 207, 210, 227, 232, 308

H

Histoire du droit,

17 et s., 152, 194 et s., 230, 240, 320

I

Inapplicabilité manifeste, 397, 399, 492, 495, 521

Indemnité d'éviction,

89, 272, 338, 536, 577, 580

Indemnité de fin de contrat,

78, 294, 295, 298, 305 et s., 314, 399, 408, 609, 627, 632 et s., 639

Indemnité de jouissance,

18, 161, 175, 340, 451

Indivisibilité,

21, 131, 170, 514, 521, 570

Institution,

257, 343, 388

Instrumentum,

89, 164, 383, 421

Intérêt général, 199, 208, 228, 232 et s., 308,

408, 483, 539, 568, 570 et s.

Interprétation,

18, 25, 60, 90, 94, 98, 166, 234, 244, 248, 249, 266 et s., 278 et s., 295, 317, 325, 391, 395, 397, 412, 430 et s., 460, 486, 506, 522, 533, 541, 560, 584, 593, 619 et s., 629 et s., 640 et s., 645 et s., 652 et s., 668

J

Josserand Louis,

4 et s., 64 et s.

Juge administratif,

218 et s., 558 et s.

Juge de l'exécution,

583 et s.

Juge des référés,

302, 467 et s., 579 et s.

Jugement (effets),

113, 166, 174, 399, 570, 607 et s., 650

L

Lanceur d'alerte,

474, 483

Le Stanc Christian,

7 et s.

Lésion,

115, 140, 155, 502, 641,

Libéralisme,

223, 320, 344, 367, 392 et s., 402, 408, 507 et s., 561, 582, 657, 662 et s., 670

Liberté contractuelle,

57, 103, 127, 301, 311, 312, 319, 352, 400, 402, 519, 576, 648 et s., v. ég. *Consensualisme*

Licenciement,

60, 78, 95, 96, 527 et s., 580, 607, 609, 632, 635

Limitation du dommage (obligation),

469 et s.

Liquidation,

3, 63, 64, 93, 99, 106, 148 et s., 159 et s., 172, 177, 208, 271, 308, 323, 340, 370, 377, 381, 583 et s., 630, 646

Lock-in effect,

359

Loi dite « Chatel »,
228, 240 (nbp), 253 (nbp), 270 (nbp)

Loi dite « Hamon »,
4 (nbp), 15, 227, 307, 560 (nbp)

Loi dite « Hoguet »,
444 et s., 448 et s.

Loi dite « Justice du XXI^{ème} siècle »,
23, 377, 379, 389, 392 et s., 416 (nbp), 511

Loi dite « Macron »,
4 (nbp), 24, 209 (nbp), 220 (nbp), 366 (nbp),
403 et s., 408, 544

Loi dite « Alur »,
308

Loyauté,
5, 93, 199, 300 et s., 318 et s., 365, 370, 385, 395
et s., 409, 415, 432 et s., 449 et s.

M

Mandat,
3, 54, 105, 126, 199, 242 et s., 449, 450, 453

Métacontrat,
135, 231, 382, 654, 668

Mitigation,
v. *Limitation du dommage*

Mobiles,
94, 100, 272, v. *Cause*

Mutuus dissensus,
3, 52, 104, 154, 519 et s., 529, 549, 560,

N

Négociation,
5, 264, 274, 284, 305, 322 et s., 358 et s., 364,
381, 410 et s., 420, 449, 473

Negotium,
89, 134, 224, 380

Nemo auditur...
176, 294, 333, 334, 336

Notaire,
92 et s., 95, 111, 199, 277, 445, 533

Nouveauté,
fait nouveau, 601 et s.
situation nouvelle, 81, 82, 99, 101 et s., 121 et s.,
148, 160, 164 et s., 168, 180, 188, 345, 382, 557,
587, 589, 600, 649, 661 et s.

Novation,
130, 263, 448, 514

Nullité,
3, 53, 59, 104, 105, 112, 118, 127 et s., 136 et s.,
141 et s., 148 et s., 154 et s., 159 et s., 163 et s.,
170 et s., 276 et s., 306, 333, 335 et s., 341, 379,
391, 393 et s., 399, 407, 411, 415, 423, 464 et s.,
471, 477, 492, 497 et s., 505 et s., 521, 531, 535
et s., 540, 553, 569, 571 et s., 575, 583, 585, 588,
618, 621 et s., 647, 652

O

Obligations accessoires,
63, 79, 110, 113, 247, 264, 370, 383, 416, 417,
421, 511, 512, 655

Obligation de moyen,
441 (nbp), 455 (nbp), 456, 462 (nbp)

Obligation de résultat,
229, 456

Obligation de vider les lieux,
4, 18, 65, 89, 91, 104, 238, 438, 451 et s., 458,
569, 580, 641

Obligations négatives,
156, 370, 428 et s., 455, 474, 478, 481, 536

Obligations positives,
67, 156, 372, 434 et s., 481

Obsolescence programmée,
15, 92, 228

Opportunisme,

6, 312, 319, 375, 443, 525

Opposabilité,

71, 102, 104 et s., 113 et s., 186, 445, 467, 495, 508 et s., 514 et s.

Optimisation,

39, 86, 94, **204 et s., 224 et s., 232, 277, 292 et s. 299 et s., 317,** 323, 344, 347, 350, 356 et s., 367, 373, 420, 483, 486, 551, 577, 584, 612, 616, 654, 658, **661, 663, 670**

Option (exécution forcée et résolution),

584, 587, **591 et s., 594 et s.,** 618, 644, 650, v. ég. *Exécution forcée, Résolution*

Ordonnance « Réforme du droit des contrats »,

21, 22, 23, 57, 79, 100, 105, 113, 130 et s., 135, 137 et s., 141 et s., 144, 147 et s., 151, 154, 181, 235, 255, 256 et s., 261 et s., 268 et s., 321, 325 et s., 344, 379, 394, 403, 408, 473, 477, 479, 560 et s., 579, 591, 594, 616

Ordre public,

67, 127, 175, 222, 224, 227, 232, 250, 251, 270, 336, 344, 353, 387, 453, 494, 517, 538, 545, 647

P

Pacte de préférence,

89, 93, 358, 361 et s., 364, 618

Paiement,

3, 52, 64, 70, 81, 86, 88, 89, 104, 106, 108 et s., 133, 152, 172, 203, 271, 279, 280, 295, 306, 311, 399, 408, 432, 443 et s., 447, 449, 451 et s., 464 et s., 497, 531, 569, 570, 590, 598, 607 et s., 616, 626

Pérennité,

38, 73, 85, 186, 229, 268, 272, 273, 298, 347, 359 et s., 564, 653

Personne morale,

53, 57, 475, 476

Perte de chance,

95, 208, 503

Pesée des intérêts,

25, 293, 299 et s., 308, 485, 488 et s., 507, 568

Postériorité,

11 et s., 43, 48, 70, 77, 110, 136, 168, 201, 216, 346

Potestativité,

391, 393 et s., 497 et s., 530, 610

Préavis,

50, 60, 78, 295, 296, 300 et s., 324, 364, 527

Prérogative,

344, 389 et s., 394, 523 et s., 526, 533 et s., 536 et s., 560, 567, 570, 576, 584, 610, 618 et s., 627

Prescription,

113, 129, 205, 219, 226, 308, 411, 432, 583, 595, 605 et s., 635

Présomption,

15, 227, 239, 242, 272, 274, 402 et s., 405, 408, 445, 458, 563,

Preuve,

102, 209, 219, 227, 238, 266, 272, 283, 311, 403, 520, 532 et s., 549

Principes directeurs,

301, 320, 323, 330, 347, v. ég. *Bonne foi, Équité, Liberté contractuelle*

Prix,

18, 106, 111, 133, 134, 136, 143, 153, 162, 170, 176, 195, 226, 292, 301, 304, 307, 402, 441, 503, 546, 588 et s., 598, 614 et s., 622, 647 et s.

Procédures collectives,

73, 86, 106 et s., 110, 113, 172, 208, 305, 307, 308, 322, 399, 485, 492 et s., 495, 570 et s., 608, 317, 630, 657

Promesse,

114, 192, 194, 195, 230, 264 et s., 303, 314, 343, 391, 471, 472, 622

Proportionnalité,

73, 176, 226, 228, 316, 360, 387, 400, 406, 408,

415, 417, 418, 430, 440, 452, 479, 505 et s., 618, 626, 656

Propriété,

57, 81, 93, 102, 106, 108, 116, 152, 208, 213, 244, 264, 276, 307, 308, 361, 387, 437, 459, 499, 510, 511 et s., 533, 534, 544, 589, 622, 652, 658

Prorogation,

18, 21, 64, 73, 79, 234, 236, 238, 240 et s., 247 et s., 250 et s., 257 et s., 261 et s., 264 et s., 275, 277, 317, 343, 411,

Publicité,

93, 102, 106 et s., 276, 445, 475

Punctuation,

63, 74,

Q

Quasi-contrat,

151, 154, 157, 174, 305, 306, 364, 448, 449, 481

R

Ratification,

v. *Confirmation*

Reconduction,

18, 21, 36, 78, 79, 234 et s., 236 et s., 241 et s., 247 et s., 255 et s., 260 et s., 270 et s., 278 et s., 313, 317, 322, 343, 347, 358, 361, 447, 449

Rédaction (acte),

92 et s., 209, 243, 259, 312, 368, 427, 430 et s., 432, 445, 481, 519, 523, 544 et s., 560, 632 et s., 636 et s.

Réflexe (effet ou obligation),

80, 175, 323, 373, 615

Régulation,

34, 222 et s., 232, 270, 289, 307, 308, 317 et s., 334, 344, 352, 359, 375, 385, 401, 420 et s., 424 et s., 430, 457, 538 et s., 550 et s., 564, 654 et s.

Réintégration,

87, 156, 580, 609, 624

Relations commerciales établies,

280 et s., 396 et s., v. ég. *Rupture brutale*

Relevé d'office,

95, 113, 275, 573 (mbp), 613

Renonciation,

54, 87, 96, 113, 118, 218, 242, 315, 359, 405, 512, 517 et s., 522 et s., 525 et s., 532 et s., 539, 549, 593, 643, 657

Renouvellement,

v. *Reconduction*

Réputation,

365, 542, 658

Requalification,

59, 251, 275, 280, 585, 617 et s.

Résiliation,

3, 24, 53, 73, 77, 78, 89, 98, 104, 132, 134, 139, 140, 166, 170, 173, 214, 216, 217, 252, 271, 280, 296, 298, 302, 305, 311, 331, 377, 397, 399, 403, 406, 412, 447, 449, 450, 451, 458 et s., 464, 466, 469, 470, 573 et s., 588, 594, 643 et s.

Résolution,

23, 53, 65, 67, 73, 77, 104, 106, 107, 108, 112, 127, 129 et s., 138 et s., 144, 148, 150 et s., 154 et s., 159 et s., 168 et s., 177, 179 et s., 226, 231, 268, 331, 367, 377, 379, 383, 388, 392, 397, 465, 472, 477, 531, 553, 559 et s., 563 et s., 565 et s., 570 et s., 579 et s., 587 et s., 591 et s., 614 et s., 641 et s.

Restitutions,

148 et s., 155 et s., 434 et s., 615

Rétractation,

174, 253

Rupture brutale,

296, 300 et s., 397, 501

S

Savoir-faire,

365, 374 et s., 403 et s., 415 et s., 544

Secret (confidentialité),

366, 370, 406, 409, 415, 473 et s., 483, v.
Confidentialité

Sécurité juridique,

107, 136, 145, 172, 176, 179, 223 et s., 228, 291,
318, 344, 347, 352, 356, 385, 393 et s., 405, 549,
560, 574, 577, 591, 594, 596, 597, 657

Sénescence (règle de),

76

Servitude,

116 et s., 140, 224,

Soft Law,

v. *Codes de bonne conduite*

Solidarisme,

186, 195, 320, 322, 344, 347, 364, 450, 541, 569,
v. *Coopération*

Solidarité (clause),

86, 451 et s.

Statu postquam,

82 et s.

Statu quo ante,

163 et s.

Successions,

19, 20, 115, 257, 307, 498

Summa divisio,

18, 50, 260

T

Temps (notion, 11 et s. - intermédiaire, 17, 147, 157, 161, 166, 172, 177, 216, 253, 284, 359, 381, 499, 527, 580 et s., - temps et droit, 1, 4, 6, 10, 21, 26, 69, 107, 125, 127, 184, 310, 334, 361, 413, 660)

Terme - extinctif,

3, 50, 53, 61, 65, 77 et s., 119, 237, 238, 241, 243, 255, 261, 263 et s., 267 et s., 274, 279, 282, 284, 313, 343 et s., 348, 364, 411, 441, 517, 654, 660 ;
suspensif, 53, 119, 264

Tiers,

40, 54, 95, 102, 105 et s., 111, 113 et s., 169 et s., 172, 182, 186 et s., 193 et s., 231, 257, 277, 308, 317, 322, 340, 344, 351, 359, 361, 364, 423, 441, 455, 457 et s., 475, 482, 499, 503, 508 et s., 547 et s., 563, 599, 655, 657, 672

U

Usufruit,

53, 54, 57, 268, 413, 497, 534, 536 et s.

Usure,

3, 77, 126, 162, v. ég. *Restitutions*

Utilitarisme,

83, 92 et s., 224, 299, 352, 357, 365, 367, 378, 400, 487 et s., 500, 656, 662

V

Vente,

2, 4, 15, 81, 100, 102, 106, 108, 111, 114, 115, 133 et s., 136 et s., 143, 147, 159, 169, 170, 187 et s., 199, 201, 206, 207, 209, 223 et s., 228, 230, 277, 294, 304, 307 et s., 311, 314, 330, 364, 375, 380, 437, 441, 443 et s., 447 et s., 450, 469, 505, 532, 534 et s., 536 et s., 525, 546, 567, 584, 587 et s., 593, 601 et s., 614, 617, 619, 622, 630, 641, 647, 652

Vie privée,

475, v. ég. *Confidentialité*

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	I
SOMMAIRE.....	V
INTRODUCTION.....	1
I. Apparitions de l'après-contrat dans les disciplines juridiques	5
II. Compréhension phénoménologique du temps postérieur.....	14
III. Approche socio-économique du rapport contractuel.....	16
IV. Les mécanismes postcontractuels dans l'histoire.....	20
V. Actualité du sujet.....	24
VI. Problématisation et construction de l'après-contrat.....	28
PREMIÈRE PARTIE	
L'APRÈS-CONTRAT, UN TEMPS HORS DU CONTRAT.....	37
TITRE I.	
UN TEMPS QUI SUCCÈDE À L'EXTINCTION.....	39
CHAPITRE 1. L'extinction du contrat : un instant tourné vers l'avenir.....	43
SECTION 1 : L'ouverture de l'après-contrat par la clôture de la durée contractuelle.....	43
§1) La fin conçue par le droit civil	43
A- Le positionnement temporel de l'après-contrat.....	43
B- L'extinction selon le Code civil	47
a) <i>La présence dispersée des mécanismes extinctifs.....</i>	<i>47</i>
b) <i>Le principe transversal de prohibition des engagements perpétuels.....</i>	<i>52</i>
C- La conception doctrinale l'extinction.....	53
a) <i>La doctrine du coup de foudre</i>	<i>57</i>
b) <i>La théorie de l'arriéré obligatoire</i>	<i>61</i>
§2) La fin comme marqueur de la durée du contrat	63
A- La nécessité de retenir une conception instantanée de l'extinction	63
B- L'identification du repère fondamental de l'extinction.....	70
a) <i>Pour les contrats de durée</i>	<i>70</i>
b) <i>Pour les contrats instantanés.....</i>	<i>77</i>
SECTION 2 : L'orientation de l'après-contrat vers le <i>statu postquam</i>	81
§1) La mesure des effets du contrat.....	81
A- Le renoncement à une conception nihiliste de l'après-contrat.....	82

B-	L'après-contrat, jauge d'efficacité du contrat.....	86
C-	L'évaluation rétrospective de l'utilité de l'opération	91
D-	Les finalités recherchées en dehors du contrat.....	97
§2)	La portée des effets extinctifs.....	105
A-	L'extinction dépendante des mesures de publicité	109
B-	L'opposabilité de la cession de créance.....	112
C-	L'opposabilité des effets de la compensation.....	116
D-	L'opposabilité des effets de la confusion.....	119
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	125
CHAPITRE 2.	La disparition du contrat : les désordres de la rétroactivité	129
SECTION 1 :	La rétroactivité, outil d'emprise du droit sur le temps.....	131
§1)	La place de l'après-contrat dans l'anéantissement rétroactif de l'acte.....	133
A-	L'effet rétroactif, obstacle au développement de l'après-contrat ?	133
a)	<i>L'influence de la nullité et de la résolution.....</i>	<i>134</i>
b)	<i>Fonction sanctionnatrice de l'anéantissement ou fonction extinctive de la sanction.....</i>	<i>138</i>
B-	L'après-contrat, point de départ de l'anéantissement rétroactif	142
§2)	La place de l'effet rétroactif dans les mécanismes extinctifs.....	145
A-	La persistance de la rétroactivité dans la résolution du contrat à exécution instantanée.....	145
B-	La nébulosité de l'effet rétroactif dans le Code civil	148
C-	L'abandon de la rétroactivité de la résolution : un effet d'annonce.....	150
SECTION 2 :	La rétroactivité, facteur de désordre dans le temps de l'extinction	153
§1)	Le concept de rétroactivité : aux origines du désordre	153
A-	La source du désordre : l'abstraction trompeuse de la rétroactivité.....	154
B-	L'auxiliaire du désordre : la technique des restitutions.....	155
a)	<i>Le fondement justificatif des restitutions.....</i>	<i>157</i>
1.	<i>Difficultés d'identification du fondement</i>	<i>157</i>
2.	<i>La nouvelle codification.....</i>	<i>161</i>
b)	<i>L'effet restitutif, un effet liquidatif.....</i>	<i>166</i>
§2)	L'orientation de l'après-contrat : les suites du désordre	171
A-	Le désordre chronologique.....	172
B-	Le désordre logique	176
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	189

TITRE II : UN TEMPS QUI SUIT LE CONTRAT	193
CHAPITRE 1. La force des effets contractuels après le contrat.....	196
SECTION 1 : Les obligations de garantie, outil de sécurisation du temps postcontractuel	199
§1) Les contours de la notion de garantie	199
A- Sens et origine de la garantie	200
B- La théorie de la garantie	204
§2) La place privilégiée de la garantie dans l'après-contrat.....	207
A- La distinction entre obligations d'exécution et de garantie	207
B- Un standard de protection défini par des délais d'action.....	213
SECTION 2 : Les obligations de garantie, représentatives des enjeux postcontractuels.....	219
§1) La responsabilité des constructeurs	219
A- L'effectivité dans le temps de la garantie	220
B- Le point de départ de la garantie	228
§2) Les garanties prévues par le droit de la consommation	233
A- L'intervention du législateur.....	233
B- La protection renforcée du garanti.....	239
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	243
CHAPITRE 2. La stabilisation de la relation <i>inter partes</i> par-delà l'extinction	247
SECTION 1. Les ambiguïtés de la nouvelle relation.....	249
§1) Les difficultés notionnelles du régime de la stabilisation.....	249
A- Le chaos terminologique	250
a) <i>L'origine du régime : la tacite reconduction</i>	<i>250</i>
b) <i>L'approche difficile des notions mobilisées par la relation nouvelle.....</i>	<i>254</i>
c) <i>Le hiatus entre l'usage des mots et le sens technique des notions.....</i>	<i>256</i>
B- L'intérêt de la distinction	259
a) <i>L'intérêt déjà apparent dans le Code civil de 1804.....</i>	<i>260</i>
b) <i>L'enjeu de la distinction lisible dans la jurisprudence.....</i>	<i>262</i>
c) <i>La portée de la distinction mesurée en-dehors du Code civil.....</i>	<i>264</i>
§2) Les opportunités de clarification du régime de la stabilisation	268
A- L'apport de la réforme du 10 février 2016.....	269
a) <i>Le contenu de la nouvelle codification</i>	<i>269</i>
b) <i>La réception des nouveaux textes.....</i>	<i>273</i>
c) <i>L'absence de fondement technique commun</i>	<i>275</i>

B-	L'interprétation de l'intention des parties	279
a)	<i>La liberté de principe ne pas renouveler</i>	279
1.	<i>La conciliation entre les effets du terme extinctif et le régime de la stabilisation</i>	279
2.	<i>L'effectivité de la liberté de ne pas renouveler</i>	282
3.	<i>L'abus dans la liberté de ne pas renouveler</i>	284
b)	<i>Le recours aux stipulations</i>	287
c)	<i>L'interprétation du comportement des parties</i>	292
1.	<i>L'application d'une consigne donnée par le législateur</i>	293
2.	<i>L'appréciation de la portée d'une stipulation</i>	294
3.	<i>La poursuite volontaire de la relation nonobstant l'éviction par les parties du principe de la reconduction</i>	295
3.1	<i>En l'absence de toute clause relative à la reconduction</i>	296
3.2	<i>En présence d'une clause de stabilisation</i>	297
3.3	<i>En présence d'une clause écartant la stabilisation</i>	298
SECTION 2 :	L'influence de l'ancienne relation	301
§1)	La recherche d'optimisation du droit de l'extinction	301
A-	Les circonstances de l'extinction	302
a)	<i>L'encadrement du droit de rompre</i>	302
b)	<i>Les valeurs protégées</i>	310
1.	<i>La loyauté et l'équité dans les relations commerciales</i>	312
2.	<i>La stabilité au service d'une optimisation du droit de l'extinction</i>	317
B-	Les suites de l'extinction	323
§2)	Le rayonnement de la bonne foi en-dehors de la durée du contrat	330
A-	La pertinence d'une obligation de bonne foi postcontractuelle	331
a)	<i>La place de la bonne foi en droit des contrats</i>	332
b)	<i>La bonne foi postcontractuelle dans les droits étrangers</i>	335
B-	La bonne foi dans les suites de l'anéantissement rétroactif du contrat.....	341
a)	<i>La nature de l'obligation de bonne foi mise en question par l'anéantissement rétroactif</i>	341
b)	<i>La nature de l'obligation de bonne foi éclairée par le régime de responsabilité</i>	347
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	353
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	357

SECONDE PARTIE	
L'APRÈS-CONTRAT, LE CONTRAT HORS DE SA DURÉE.....	361
TITRE I. UN CONTENU ANTICIPÉ PAR LE CONTRAT	363
CHAPITRE 1. L'ingérence du contrat dans l'après-contrat : Les raisons	365
SECTION 1 : La protection des intérêts postcontractuels	367
§1) La fonction des clauses postcontractuelles.....	368
A- Promouvoir la coopération et optimiser les intérêts économiques	369
a) <i>Pérenniser la relation</i>	<i>370</i>
1. <i>La clause de renégociation postcontractuelle.....</i>	<i>370</i>
2. <i>Le droit de préférence postcontractuel.....</i>	<i>373</i>
b) <i>Moraliser les comportements</i>	<i>375</i>
c) <i>Sécuriser les transactions</i>	<i>381</i>
B- Diversité et identité des clauses postcontractuelles	385
a) <i>Diversité de contenu des clauses postcontractuelles.....</i>	<i>386</i>
b) <i>Identité partagée des clauses postcontractuelles</i>	<i>388</i>
1. <i>Une unité de nature : des effets du contrat.....</i>	<i>388</i>
2. <i>Une unité fonctionnelle : la protection d'un intérêt postcontractuel.....</i>	<i>391</i>
§2) L'autonomie des clauses postcontractuelles	394
A- L'immunité des clauses face à l'extinction	396
B- Les liens entre le contrat et ses clauses	401
C- La signification de l'autonomie.....	405
SECTION 2 : L'atténuation contrôlée des effets de l'extinction	411
§1) La validité des clauses postcontractuelles	411
A- L'essor grandissant des clauses processuelles.....	413
a) <i>Le consentement à la clause</i>	<i>414</i>
b) <i>Une tendance à la libéralisation</i>	<i>417</i>
c) <i>Le domaine d'applicabilité de la clause</i>	<i>421</i>
B- Les clauses substantielles, le cas de la clause de non-concurrence.....	429
a) <i>Le principe de la licéité</i>	<i>430</i>
b) <i>Le consentement à la clause</i>	<i>435</i>
c) <i>La nécessité de la clause</i>	<i>436</i>
d) <i>La contrepartie de l'obligation postcontractuelle.....</i>	<i>437</i>
§2) La durée des obligations postcontractuelles.....	442
A- La clause processuelle	443

B- La clause d'inaliénabilité	445
C- La clause de non-concurrence	446
a) <i>La durée des clauses de non-concurrence en droit du travail</i>	447
b) <i>La durée des clauses restrictives en droit commercial</i>	449
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	455
CHAPITRE 2. La gestion de l'après-contrat par le contrat : Les sanctions	459
SECTION 1 : L'identification de l'inexécution postcontractuelle	461
§1) La violation d'obligations négatives	461
A- La pression insidieuse du contrat sur l'après-contrat	462
B- L'impact de la rédaction de la clause sur l'identification de l'inexécution	463
C- La question de la moralisation de l'après-contrat.....	467
§2) La violation d'obligations positives	469
A- L'obligation de restitution.....	469
a) <i>La rétention de la chose</i>	471
b) <i>L'impossibilité de rendre la chose</i>	472
B- La clause de rémunération dans le mandat immobilier	474
a) <i>La présentation de l'acquéreur faite en cours de mandat</i>	474
b) <i>La présentation de l'acquéreur après expiration du mandat</i>	477
C- La clause de solidarité dans le bail d'habitation	481
SECTION 2 : La sanction de l'inexécution postcontractuelle	485
§1) Les fondements de la responsabilité de l'ancien contractant	485
A- L'obligation de sécurité du transporteur	487
B- La responsabilité du sous-locataire se maintenant dans les lieux après résiliation du bail....	489
C- La responsabilité du débiteur de la clause de non-concurrence	492
D- La responsabilité du créancier de l'obligation de non-concurrence	494
§2) Les moyens de lutter contre le dommage postcontractuel	496
A- La prévention du dommage.....	496
B- La réponse au dommage postcontractuel	502
C- La sanction prononcée en présence de clauses de gestion de l'inexécution.....	508
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	513

TITRE II. UN DEPLOIEMENT CONTENU PAR DES LIMITES	517
CHAPITRE 1. L'efficacité relative des clauses postcontractuelles	519
SECTION 1 : La mise en échec des clauses postcontractuelles	521
§1) L'efficacité des clauses mise en échec par le contexte économique ou juridique	521
A- L'efficacité de la clause contournée par l'objet de l'action ou de l'acte	522
a) <i>L'objet de l'action</i>	<i>522</i>
b) <i>L'objet du contrat</i>	<i>525</i>
B- L'efficacité de la clause endiguée par l'activité développée par le contrat.....	527
a) <i>L'inefficacité d'une clause généralisée</i>	<i>529</i>
b) <i>Les sanctions de l'article L. 442-6 du Code de commerce</i>	<i>531</i>
c) <i>L'encadrement de la profession d'avocat</i>	<i>533</i>
§2) L'efficacité des clauses mise en question par leur opposabilité <i>extra partes</i>.....	534
A- L'opposabilité de la clause processuelle dans une chaîne de contrats.....	535
B- L'opposabilité de la clause processuelle au sein d'un ensemble contractuel.....	539
SECTION 2 : Le non-recours aux clauses postcontractuelles.....	543
§1) L'inefficacité des clauses provoquée par la volonté des parties.....	543
A- La renonciation à une clause processuelle.....	544
a) <i>La renonciation mutuelle à une clause processuelle.....</i>	<i>544</i>
b) <i>La renonciation unilatérale à une clause processuelle</i>	<i>547</i>
B- La renonciation à une clause substantielle	549
C- La preuve de la renonciation	554
§2) L'inefficacité des clauses pondérée par des alternatives	560
A- Des alternatives à l'échelle d'intérêts collectifs	560
B- Des alternatives à l'échelle des rapports individuels.....	566
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	571
CHAPITRE 2. L'après-contrat et l'office du juge	573
SECTION 1 : La fin du contrat et l'office du juge	575
§1) Le rôle de premier plan des juges du fond	575
A- L'office du juge dans le contentieux privé de l'extinction	576
a) <i>Le rôle du juge judiciaire dans l'extinction du contrat</i>	<i>577</i>
1. <i>La place judiciaire de la résolution.....</i>	<i>577</i>
2. <i>La tendance à la privatisation de la résolution</i>	<i>582</i>

b) <i>Le rôle du juge judiciaire dans la survie du contrat</i>	585
B- L'office du juge dans le contentieux public de l'extinction.....	591
a) <i>Le rôle du juge administratif dans l'extinction du contrat</i>	591
b) <i>Le rôle du juge administratif dans la survie du contrat</i>	595
§2) Les rôles stratégiques du juge des référés et du juge de l'exécution	597
A- Le rôle stabilisateur du juge des référés	598
B- Le rôle modérateur du juge de l'exécution.....	602
SECTION 2 : Les droits nés du contrat et l'office du juge	607
§1) L'évolution des droits dans le temps	607
A- L'après-contrat et l'autorité de la chose jugée.....	608
a) <i>L'identification de la finalité de l'action</i>	608
b) <i>L'option entre exécution forcée et résolution du contrat</i>	611
1. <i>Un premier mouvement jurisprudentiel favorable à la liberté procédurale du créancier</i>	612
2. <i>L'infléchissement jurisprudentiel de la liberté procédurale du créancier</i>	615
B- L'après-jugement et ses « rebondissements »	620
a) <i>Un fait nouveau matériel</i>	621
b) <i>Un fait nouveau juridique</i>	624
§2) L'apparition du droit par l'œuvre du juge	626
A- Les pouvoirs du juge face à la demande des parties	627
a) <i>Le relevé d'office</i>	627
1. <i>Les sanctions assortissant la garantie de conformité</i>	628
2. <i>Les restitutions à la suite de l'anéantissement du contrat</i>	629
b) <i>La requalification de la demande</i>	631
B- Les pouvoirs du juge sur le contrat	633
a) <i>Les occasions de requalification</i>	634
1. <i>Un outil de correction</i>	634
2. <i>Un outil de sanction</i>	636
2.1 <i>La requalification-sanction automatique</i>	637
2.2 <i>La requalification-sanction indirecte</i>	638
b) <i>Les occasions manquées</i>	640
1. <i>La requalification manquée et l'efficacité des obligations postcontractuelles</i>	641
1.1 <i>L'omission du juge sanctionnée</i>	641
1.2 <i>L'occasion perdue par le demandeur</i>	642
2. <i>La requalification manquée de la fin du contrat</i>	646
c) <i>Le juge tenu par les clauses du contrat</i>	649
CONCLUSION DU CHAPITRE	655

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	659
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	663
ANNEXES.....	671
BIBLIOGRAPHIE.....	683
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	775
TABLE DES MATIÈRES.....	787