

Thème n° 11 : Les remèdes à l'inexécution contractuelle (sauf la responsabilité contractuelle)

I – Connaissances de base

« L'initiative des sanctions part du créancier. La partie se joue entre lui et le débiteur. Mais elle est présidée, d'autorité par le juge qui la conclut » (R. Savatier, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles », in *Rapport de synthèse présenté aux Journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Rev. int. dr. comp., 1964, vol. 16/4, p. 715).

Dans le Code de 1804, le droit de l'inexécution contractuelle est complexe : les textes sont dispersés, certains obscurs et surtout lacunaire : dès le début du XIX^{ème} siècle, le juge joue un rôle fondamental en la matière. La réforme a regroupé l'ensemble des règles relatives à l'inexécution contractuelle en une seule section chapeautée par l'important article 1217 du Code civil. S'en suivent cinq sous-sections qui portent sur chacune des sanctions prévues par ce texte en cas d'inexécution de son obligation promise par le débiteur. Si elles sont au nombre de cinq, cela n'étonnera guère, une fois constatées l'entrée naturelle de l'exception d'inexécution dans le Code civil et celle moins évidente de la réduction du prix.

Chacun des remèdes en cause repose sur des conditions qui lui sont propres, ce qui est naturel dès lors que leur régime sont évidemment différents les uns des autres. Mais, il existe une composante commune, évidente : il s'agit de remèdes à une inexécution contractuelle. On passera sur l'emploi du terme « remède » plutôt que sur celui de « sanction » (le terme remède serait plus à propos dans une optique de pacification et de déjudiciarisation des hypothèses d'inexécution contractuelle), reste à s'entendre sur la condition d'une inexécution contractuelle. Il s'agit de la violation par l'un des cocontractants de la loi contractuelle, le non-respect de la parole donnée. Autrement dit, c'est le manquement d'un contractant à ses obligations : un manquement qui peut être total ou partiel, mais un manquement !

Bref, si le contrat est obligatoire, son inexécution doit être sanctionné (le mot remède ne vient décidément pas naturellement). L'article 1217 du Code civil énonce les différents remèdes-sanctions : « *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 ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*

- *obtenir une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution ».*

Selon le rapport fait au Président relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, l'ordre d'énumération n'a aucune valeur hiérarchique ; il existe donc en apparence une totale liberté reconnue au créancier/demandeur dans le choix de la sanction la plus à même de lui donner satisfaction. Parce que cet ordre en vaut un autre, seront successivement envisagées l'exception d'inexécution (§1), l'exécution forcée en nature (§2), la réduction du prix (§3) et la résolution du contrat (§4). L'étude de la responsabilité contractuelle est réservée pour le moment.

§1) L'exception d'inexécution

« *Frangenti fidem vides, non est fides servanda* » (« À celui qui rompt la foi, la foi n'est plus due »). Avant la réforme de 2016, l'exception d'inexécution était considérée comme un mécanisme de justice privée, consacré par la jurisprudence. Il est vrai que sa parenté avec la loi du Talion en matière civile apparaît dans l'idée que le contrat synallagmatique – il faut que l'on soit en présence d'obligations réciproques pour que l'exception d'inexécution ait un sens – n'oblige une partie que dans la mesure où tous les contractants se sentent effectivement tenus et obligés par la loi contractuelle qu'ils ont faite. Son importance pratique – c'est un mécanisme rapide et efficace de réaction en suite d'une inexécution contractuelle – est telle qu'il n'est pas étonnant de la voir consacrée dans le Code civil, avec la réforme du droit des contrats (A). Reste que la réforme ne s'est pas contentée de reprendre la jurisprudence en la matière, le législateur a innové en instaurant aussi une exception d'inexécution pour l'avenir (B).

A) L'exception d'inexécution par réaction

L'exception d'inexécution traditionnelle est l'un des rares mécanismes du droit des contrats qui trouve son origine en droit canonique (la formule latine *exceptio non adimpleti contractus* est trompeuse puisque l'exception n'existait pas en droit romain). Elle trouve désormais sa place dans le Code civil, la réforme ayant consacré la jurisprudence classique en la matière. A ce titre, l'article 1219 du Code civil dispose que « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave* ».

En bref, l'exception d'inexécution au sens classique est définie comme la possibilité offerte à une partie de ne pas exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Cette faculté est strictement encadrée par une condition importante : l'inexécution doit être suffisamment grave. Implicitement, une telle condition rappelle l'exigence de proportionnalité ; le créancier modérément insatisfait ne saurait abusivement invoquer le bénéfice de l'exception d'inexécution, sauf à engager sa responsabilité.

A cette condition essentielle, s'ajoute celle de l'inexécution d'obligations réciproques. D'où l'idée que l'exception d'inexécution a essentiellement sa place dans les contrats synallagmatiques (l'exception n'a pas de sens dans les contrats unilatéraux). Reste que la Cour de cassation est allée plus avant dans l'idée de réciprocité, puisqu'elle a autorisé l'invocation de l'exception d'inexécution au sein d'un même ensemble contractuel, ce qui constitue un nouvel exemple d'assouplissements prétoriens du principe de l'effet relatif des conventions

(Com. 12 juillet 2005 : « *l'inexécution d'une convention peut être justifiée, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première* »). A la réciprocité, s'ajoute également l'idée d'une certaine concomitance de l'exécution prévue des obligations en cause (l'exception d'inexécution est un moyen de protection, de défense et non un moyen de se venger).

L'effet logique de l'exception d'inexécution est la suspension des effets du contrat. L'invocation de l'exception est comminatoire ; elle vise à obliger le cocontractant défaillant à exécuter son obligation. Elle est donc par essence temporaire. Les parties demeurent tenues et le contrat n'est pas anéanti (Com. 1^{er} décembre 1992). S'il doit l'être, c'est que la suspension a conduit à un dépassement du temps utile pour l'exécution de la convention, et que l'une des parties a choisi d'agir en résolution.

B) L'exception d'inexécution par anticipation

Original, l'article 1220 ouvre la voie à une nouvelle exception d'inexécution – par anticipation : « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ». Autrement dit, c'est une exception pour risque d'inexécution.

Avant la réforme de 2016, le droit français ne connaissait pas ce modèle de l'exception d'inexécution en droit français, alors que l'exception pour risque d'inexécution était connue du droit allemand comme du droit anglo-saxon. Surtout, elle est un mécanisme essentiel dans les relations d'affaires. Est donc consacrée, avant tout commencement d'exécution, la possibilité pour le créancier d'une obligation, de suspendre l'exécution de sa prestation s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas. Autrement dit, il est possible de suspendre l'exécution de son obligation avant toute inexécution de son cocontractant lorsque celle-ci est prévisible. Le but affiché est de limiter sinon prévenir le préjudice d'un contractant en cas d'inexécution contractuelle.

Une telle faculté est elle aussi conditionnée à la démonstration de conséquences graves de l'inexécution. Une condition supplémentaire est posée par rapport au modèle classique de l'inexécution : la décision de suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais à l'autre partie.

En toutes hypothèses, que l'exception d'inexécution ait été invoquée en réaction ou par anticipation, elle est soumise à la critique judiciaire, dès lors que le juge est saisi par l'une des parties dénonçant l'inexécution contractuelle de l'autre, soit sur le fondement de l'exécution forcée, soit sur celui de la résolution.

§2) L'exécution forcée en nature

A l'exception de la réduction du prix, nouveauté de 2016, déjà réformée en 2018, aucune autre sanction n'a subi autant d'évolution du fait de la réforme du droit des contrats. L'exécution forcée sous l'empire du Code de 1804 était, de l'aveu même des juges, une sanction archaïque, parfois injuste (A). Initiée par le juge (provocateur en l'occurrence), la réforme a profondément modernisé l'exécution forcée en nature (B).

A) L'exécution forcée dans le Code de 1804

Sous l'empire du Code civil de 1804, l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire semblait impossible (en vertu de l'ancien article 1142 du Code civil, selon lequel « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* »). A l'opposé, en vertu de l'ancien article 1184 du Code civil, l'exécution forcée en nature était la sanction dédiée à l'inexécution des obligations de donner.

Or, la jurisprudence avait progressivement mesuré l'impact de ces dispositions, décidant notamment que, quel que soit le type de prestation contractuelle en cause, « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* » (Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005). Encore, la Cour régulatrice a décidé que « *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* » (Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009).

Reste que cette souplesse du juge était à double tranchant, tant le droit de l'exécution forcée en nature apparaissait parfois disproportionné dans sa mise en œuvre. Ainsi, dans l'arrêt du 11 mai 2005, la Haute juridiction décide, au seul constat qu'une construction était inférieure de 33 centimètres en hauteur par rapport aux prévisions d'un contrat d'entreprise, qu'un maître de l'ouvrage peut obtenir du juge qu'il impose à l'entrepreneur et aux frais de ce dernier la démolition intégrale et la reconstruction dans le respect du contrat conclu. Pour ce faire, les juges s'étaient fondés sur les articles 1142 et 1143 du Code civil (ce dernier texte prévoyait notamment que « *le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit* »).

Si le choix donné au demandeur d'agir en exécution forcée quel que soit le type d'obligations en cause est heureux, on ne peut que s'étonner d'une telle sévérité dans sa mise en œuvre par les juges. Comme l'a souligné avec pertinence un auteur, « *la mesure de destruction, par sa brutalité radicale, exalte la force obligatoire* » (F. Dournaux, RDC, 2003/1). Demeure qu'ordonner la destruction et la reconstruction d'une maison au seul constat du non-respect des plans (ayant abouti à un écart de 33 cm de hauteur) est une décision effectivement marquée du sceau de l'intransigeance et de la disproportion. A la suite de la décision de 2005, les juges ont été fortement critiqués ; mais, avec le recul, il est raisonnable de penser qu'il s'agissait d'une solution destinée à provoquer le débat et inspirer la réforme, ce qui a été effectivement le cas, avant que la Cour de cassation ne procède à un revirement d'alignement : elle a notamment décidé que la demande de démolition et de reconstruction d'un ouvrage en raison des non-conformités qui l'affecte peut ne pas être accueillie si elle se heurte au principe de proportionnalité du coût de celle-ci au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées (Civ. 3^{ème}, 17 novembre 2021 ; V. également, Civ. 3^{ème}, 13 juillet 2022, 2 arrêts).

B) L'exécution forcée dans la réforme du droit des contrats

La réforme du droit des contrats a grandement modernisé le droit de l'exécution forcée, notamment en introduisant la considération économique dans l'analyse de la sanction. Cela vaut alors que l'exécution forcée est demandée directement au débiteur (1), ou qu'on demande à ce que l'exécution soit réalisée par un tiers, aux frais du débiteur (2).

1) L'exécution forcée directe

L'abandon du triptyque entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire a logiquement conduit à l'abandon de la règle portée par l'ancien article 1142 du Code civil, ce que la Cour de cassation avait déjà globalement fait d'ailleurs. Encore, la réforme a pris le soin de dépasser la formule sibylline de l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil, pour éclairer la matière d'un texte nouveau relatif à l'exécution forcée directe, c'est-à-dire l'exécution forcée en nature par le débiteur défaillant lui-même. Ainsi, en vertu de l'article 1221 du Code civil, « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ».

Ainsi, le texte consacre un véritable principe de l'exécution forcée en nature, lequel se trouve dans le droit fil d'une jurisprudence qui relève qu'en l'absence de toute impossibilité d'exécuter, le juge doit ordonner l'exécution forcée en nature lorsqu'elle est demandée par le créancier quelle que soit la gravité (même minime) de l'inexécution reprochée (Civ. 3^{ème}, 22 mai 2013 ; Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015). Le texte nouveau a, en outre, le mérite de la cohérence avec les prescriptions du Code de procédure civiles relative à la procédure d'injonction de faire (art. 1425-1 et s.), qui apparaissait contraire à la règle posée à l'ancien article 1142 du Code civil. Le texte de l'article 1221 pose une condition (mise en demeure) et deux exceptions au principe de l'exécution forcée en nature : d'une part, l'hypothèse de l'exécution impossible ; d'autre part, en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (l'intérêt de cette exception est de prévenir les procédures abusives d'exécution forcée). En cela, on constate un bris partiel de la jurisprudence de 2005 (Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005). C'est cette introduction de la raison économique venant mesurer la rigueur juridique qui constitue le principal vecteur de modernisation.

La Cour de cassation n'a pas manqué d'opérer un revirement d'alignement en la matière en choisissant d'abandonner la solution de 2005 pour appliquer aux situations antérieures à la réforme une solution s'inspirant des textes réformés (Civ. 3^{ème}, 13 juillet 2022, 2 arrêts). Les faits de l'une de ces deux affaires sont assez analogues à ceux ayant donné lieu à l'arrêt de 2005, puisqu'en l'espèce, une maison d'habitation est construite sans que soit respecté le cahier des charges du lotissement ; la SCI propriétaire et l'architecte sont assignés, au principal, en démolition de l'ouvrage et, à titre subsidiaire, en dommages-intérêts. Les juges du fond ont effectivement constaté une violation du cahier des charges, mais considérant, après expertise, que cela n'entraînait pas une situation objectivement préjudiciable pour les requérants, ils ont repoussé la prétention visant à la démolition. Le pourvoi s'appuyait alors logiquement sur l'ancien article 1143 du Code civil pour souligner le droit d'obtenir la destruction de la construction réalisée en violation de la convention, puisqu'en l'espèce, il n'y avait nulle impossibilité d'exécution. Force est de constater que le pourvoi était pleinement cohérent à la fois au regard des textes et au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Haute juridiction. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi principal en décidant que : « *Ayant retenu qu'il était totalement disproportionné de demander la démolition d'un immeuble d'habitation collective dans l'unique but d'éviter aux propriétaires d'une villa le désagrément de ce voisinage, alors que l'immeuble avait été construit dans l'esprit du règlement du lotissement et n'occasionnait aucune perte de vue ni aucun vis-à-vis, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de la démolition pour le débiteur et son intérêt pour les créanciers, a pu déduire, de ces seuls motifs,*

que la demande d'exécution en nature devait être rejetée et que la violation du cahier des charges devait être sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts ». Cette décision est clairement inspirée du nouvel article 1221 du Code civil et rend homogène le droit de l'exécution forcée en nature, nonobstant la date de conclusion du contrat. Au surplus, un tel alignement souligne la pertinence du droit nouveau et le recours au critère de proportionnalité.

2) L'exécution forcée indirecte

La faculté d'exécution forcée en nature par un tiers existait déjà pour certaines obligations de faire (anciens articles 1143 et 1144 du Code de 1804). La réforme la généralise et la modernise. En effet, cette faculté est désormais encadrée par le dispositif de l'article 1222 du Code civil aux termes duquel « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction* ».

Le rôle du juge dans la mise en œuvre de ce dispositif doit être étayé. En cas d'exécution visant seulement à un remplacement, le juge n'a pas à être saisi préalablement ; autrement dit, la substitution se fait aux risques et périls du créancier, à moins qu'il n'ait saisi le juge pour obtenir une avance des sommes. A l'opposé, si la demande a pour objet une destruction, la saisine préalable du juge est obligatoire ; le juge devant autoriser la destruction (le contrôle judiciaire préalable est logique face à l'irréversible).

§3) La réduction du prix

Cette possibilité existait implicitement en droit positif sous l'empire du Code civil de 1804, puisque la Cour de cassation usait tantôt des articles 1142 et 1147 du Code civil pour réduire le prix de la chose, objet du contrat, en cas d'inexécution partielle ou encore en cas d'inexécution fautive (par. ex., Com. 29 mars 2009), tantôt du droit spécial des contrats (par ex., de la vente ou encore du bail). La réforme du droit des contrats entérine cette possibilité.

Dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, l'article 1223 du Code civil disposait que « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais* ». Le dispositif était d'une totale innocuité pratique et ce, pour deux raisons : d'une part, dans la plupart des cas, il ne s'agissait que d'une sollicitation du créancier de réduire le prix, sans grande chance de succès ; d'autre part, si une demande de réduction du prix est acceptée par l'autre partie, ce n'est nullement un remède à l'inexécution dont il s'agit, mais d'une simple modification d'un commun accord du contrat (un avenant conclu au moment de l'exécution). Bref, le texte devait être corrigé, ce qui a été fait.

A compter du 1^{er} octobre 2018, l'article 1223 du code, dans sa rédaction issue de la loi du 20 avril 2018, énonce que « *En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au*

juge la réduction de prix ». Désormais, il ne s'agit plus d'une sollicitation, mais d'une notification de la décision du créancier. Encore, la réduction du prix peut être demandée au juge si le créancier a déjà payé. L'action estimatoire connue en droit de la vente en cas de vices cachés (art. 1644 du Code civil) a clairement inspiré le juge et désormais le législateur qui généralise la réduction du prix comme sanction en cas d'inexécution imparfaite de ses obligations par le débiteur. L'exigence de proportionnalité donne la mesure de la réduction du prix qui peut être sollicitée, ce qui renvoie à l'idée d'équilibre contractuel, y compris en cas d'inexécution. Le plus remarquable est que la saisine du juge n'est pas un préalable. L'exécution imparfaite peut être acceptée par le créancier qui va proposer une réduction de prix (par notification s'il n'a pas déjà payé). Assurément, un tel mécanisme va participer à la déjudiciarisation de l'inexécution contractuelle, sans pour autant suivre les (trop) rigoureuses prescriptions de la transaction.

§4) La résolution du contrat

Une fois n'est pas coutume (le juriste le sait mieux que quiconque), commençons par les effets avant d'envisager les sources et les causes. La résolution est une proche amie de la nullité mais en aucun cas ne doit être confondue avec elle. Certes, les deux mettent fin au contrat (ce sont deux mécanismes d'anéantissement), et ce, en principe, de manière rétroactive (art. 1229 alinéa 1^{er} C. civ.). Certes, les deux donnent lieu, en principe à restitution (c'est d'ailleurs le même dispositif relatif aux restitutions, prévu par les articles 1352 à 1352-9 du Code civil réformé, qui trouve à s'appliquer). Cependant, les deux mécanismes ne sauraient être confondus et doivent même être opposés : la nullité sanctionne le non-respect d'une des conditions de formation du contrat tandis que la résolution est un remède à l'inexécution contractuelle.

Ensuite, réglons une question terminologique : la résolution et la résiliation constituent-ils deux mécanismes distincts ? La réponse est négative. Il n'y a ici qu'un seul remède à l'inexécution : la résolution. La résiliation n'est qu'une des modalités de la résolution. C'est ainsi que le juge a construit la matière et l'affirmation demeure pertinente. Ainsi, contrairement à ce qui a pu être écrit en commentaire de l'ordonnance de 2016 ou encore de la loi du 20 avril 2018, la distinction entre la résolution et la résiliation figure bien dans les nouveaux textes du Code civil. A la décharge de ces annotateurs, il fallait être attentif car le législateur n'a pas fait preuve d'une grande clarté en disposant dans le nouvel article 1229 que « *Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation* » (alinéa 3). La première partie du dispositif vise clairement la résolution dans tous ses effets : celle qui porte un anéantissement rétroactif de la convention. Le texte justifie que la convention est anéantie pour l'avenir mais aussi pour le passé dès lors que la convention n'a de sens que si elle est exécutée en son entier. Au contraire, si les effets passés de la convention « *ont trouvé leur utilité* » tout le temps où le contrat a été correctement – normalement – exécuté, il n'y a lieu de donner effet à l'anéantissement du contrat qu'à compter de l'inexécution constatée. C'est alors une simple résiliation. La jurisprudence fait une application constante de cette distinction tout en portant une précision qui ne figure pas expressément dans le code : « *Dans un contrat synallagmatique à exécution*

échelonnée, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, sauf si les différentes prestations confiées forment un tout indivisible » (Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2021). L'exception posée *in fine* par les hauts conseillers est des plus opportunes (V. déjà, une solution antérieure dans laquelle la Cour de cassation visait le caractère indissociable des prestations, Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2021) ; cela permet de retrouver implicitement la notion d'utilité de l'article 1229 du Code civil.

Les contours des effets de la résolution déterminés, reste à envisager les causes de résolution. En vertu de l'article 1224 du Code civil, « *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* ». Sans suivre l'ordre du texte, il s'agit d'envisager successivement la résolution judiciaire (A), le jeu de la clause résolutoire (B) et enfin la résolution préventive (C).

A) La résolution judiciaire

La résolution judiciaire était la seule résolution régit dans le Code de 1804 (ancien art. 1184 C. civ.). Aujourd'hui, concurrencée dans le Code civil, comme dans la pratique, par la résolution conventionnelle et la résolution unilatérale, la résolution judiciaire n'a que faiblement intéressée les rédacteurs de la réforme du droit des contrats.

L'article 1227 du Code civil dispose que « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice* ». Se trouve ici immédiatement mentionné un point essentiel : la résolution judiciaire n'est pas exclue par la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou par le jeu d'une résiliation unilatérale préventive.

A noter cependant que ce texte n'est pas d'ordre public, ce qui signifie que les clauses de renonciation à la résolution, admises en jurisprudence (Com. 15 décembre 2009 ; Civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011 : « *l'article 1184 (ancien) du Code civil n'étant pas d'ordre public, un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat dès lors que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, est non équivoque* »), demeurent valables sous l'empire de la réforme (selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, le texte du nouvel article 1227 du Code civil « *n'entend pas remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation judiciaire : en effet ces clauses ne font en principe que limiter les modalités de l'exécution de l'obligation sans priver le créancier du droit d'obtenir l'exécution de sa créance par l'un des autres remèdes énumérés par l'article 1217 de l'ordonnance (tels que l'exécution forcée en nature). Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice* »). Ainsi, la clause de renonciation semble toujours possible à la condition sans doute du respect des conditions traditionnelles posées par le juge : le créancier ne doit pas se retrouver sans recours. Autrement dit, la renonciation doit être ciblée et temporaire, elle ne doit paralyser que la résolution et non les autres sanctions de l'inexécution (exécution forcée et responsabilité notamment).

En sus de l'inexécution contractuelle elle-même, deux conditions doivent être remplies : d'une part, au risque de la tautologie, la résolution doit faire l'objet d'une demande en justice (idéalement, cette demande est précédée d'une mise en demeure, mais ce n'est plus une obligation – ce que l'on constate en creux dans le texte de la réforme –, puisqu'il est acquis en procédure civile, qu'une introduction d'instance vaut mise en demeure) ; d'autre part,

l'inexécution doit être suffisamment grave pour justifier la résolution par le juge. Relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, rien n'est ici systématique, il est question de casuistique : la seule question que le juge doit se poser étant celle de savoir s'il y a une raison suffisante de libérer, en droit, les parties de la force obligatoire. La sanction, grave, doit donc être proportionnée à l'inexécution, elle-même grave. Il n'y a pour autant pas besoin de caractériser une faute au sens strict mais seulement une inexécution, ce que la Cour de cassation rappelle avec constance (Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2014 : « *En statuant ainsi, alors que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements et alors même que cet empêchement résulterait de la force majeure, la cour d'appel a violé [l'ancien article 1184 du Code civil]* »). Encore, dans un arrêt de 2023, la Haute juridiction a rappelé avec force cette idée : la résolution judiciaire peut être mise en œuvre même si l'inexécution n'est pas liée à la faute du débiteur ni conditionnée par elle (Com. 18 janvier 2023, à propos de l'annulation d'un salon événementiel en raison de la crise sanitaire) ; autrement dit, dans le processus de résolution stricto sensu, la faute n'intervient pas dans l'analyse judiciaire, à moins que s'y ajoute une action en responsabilité. La résolution judiciaire peut donc être prononcée par le juge sans que l'inexécution soit imputable au débiteur de l'obligation.

B) La clause résolutoire

La validité de la clause résolutoire de plein droit a été affirmée par le juge dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle (Civ. 2 juillet 1860), de sorte que son introduction dans le Code civil par la réforme était une évidence (art. 1225 C. civ).

C'est un accord de volonté visant à laisser la décision de la résolution ou de résiliation à la maîtrise des parties désignées par la clause (toutes ou certaines seulement, la liberté de prévision n'étant ici pas limitée). L'intérêt de cette clause pour les parties est de retirer au juge son pouvoir d'appréciation quant à la gravité de l'inexécution réalisée, condition au centre de la résolution et de la résiliation judiciaires. Il s'agit donc d'un mécanisme de résolution conventionnelle de plein droit indépendamment de la nature et de la gravité du manquement. Dès lors que l'inexécution entre dans les prévisions de la clause, elle peut justifier l'invocation de la clause. Ainsi, la Cour de cassation affirme que, lorsque la résolution procède d'une clause, le juge du fond ne peut l'écartier, au motif qu'il estime que la résolution est disproportionnée en regard de l'inexécution (Com. 14 décembre 2004). Visant à priver le juge de sa marge d'appréciation et du contrôle qu'il exerce sur le point de savoir si la force obligatoire a encore un sens ou non, cette clause fait, logiquement, l'objet d'un contrôle judiciaire particulièrement rigoureux *a posteriori*, notamment sur le fondement de l'obligation de bonne foi (Civ. 3^{ème}, 24 septembre 2003 ; Civ. 3^{ème}, 8 juillet 2021).

Selon l'article 1225 du Code civil, « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Néanmoins, ce texte est supplétif ; dès lors, on doit considérer que la clause prévoyant la résolution « *en cas d'inexécution* » sans autre précision est valable. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.

C) La résolution préventive (ou unilatérale pour faute grave)

Instrument mixte, mêlant justice privée et justice étatique, la résolution préventive est une création prétorienne récente (de la fin du XX^{ème} siècle), qui a bouleversé l'horizon du droit de la résolution voire du droit de l'inexécution contractuelle (1). C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur a institutionnalisé et sécurisé le mécanisme dans la réforme du droit des contrats (2).

1) Une création prétorienne

Avant 1998, le droit français ne connaissait que les deux formes de résolution précédemment évoquées, la résolution judiciaire et la clause résolutoire. A ces mécanismes consécutifs à la démonstration d'une inexécution, s'ajoutait naturellement, en vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels, la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, dans le respect d'une information du cocontractant et d'un préavis stipulé, sinon raisonnable et, en vertu du principe d'intangibilité contractuelle, la résiliation d'un commun accord, le *mutuus dissensus*.

En 1998, la Cour de cassation a ajouté un nouveau mécanisme : la « *résiliation préventive* », appellation litigieuse, dès lors que la résiliation en cause peut intervenir que le comportement grave du cocontractant ait déjà eu lieu ou qu'il soit fortement prévisible. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que le qualificatif de préventif a du sens. Le mécanisme est aussi appelé, de manière tout aussi peu pertinente, « *résiliation unilatérale* » au risque de la confondre avec la cessation unilatérale des relations contractuelles à durée indéterminée, possible en dehors de toute inexécution présente ou à venir. Bref, il s'agit de la faculté unilatéralement reconnue à toute partie à un contrat synallagmatique à exécution successive de se libérer pour l'avenir d'avoir à en exécuter les obligations qui en dérivent pour elle, en réponse à un comportement grave de son cocontractant (Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998). Cette faculté a même été étendue par les juges aux contrats synallagmatiques à exécution successive à durée déterminée (Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2003), de sorte que la résiliation préventive apparaît comme une importante mesure du principe d'intangibilité contractuelle. Ce qui semble gouverner ce remède à l'inexécution réside dans l'idée que la certitude de l'inexécution est tellement forte qu'il ne serait pas justifié d'imposer au créancier d'attendre de subir l'inexécution, devenue une simple question de date. Quelque chose dans l'attitude du débiteur doit véritablement et gravement rompre la confiance qu'une partie a dans l'autre (Com. 29 septembre 2015).

La crainte qui justifie le recours à cette résiliation préventive par son auteur doit résulter d'un comportement grave du cocontractant, ce qui expurge la mise en œuvre de cette résiliation préventive d'être licitement fondée sur des craintes que rien ne fonderait, ni n'objecterait dans les faits (la résiliation-prévention pour pure paranoïa, non justifiée par un comportement réellement grave de l'autre partie, est sanctionnée *a posteriori* par le juge). Le comportement grave, établi, doit être tel qu'il implique en lui-même que la poursuite de l'exécution soit radicalement compromise. Les formes conventionnelles pour la résolution du contrat ne s'imposent pas à la partie qui exerce son droit à la résiliation préventive (Com. 10 juillet 2012 ; Com. 20 octobre 2015).

2) Une consécration dans la réforme du droit des contrats

En vertu de l'article 1226 alinéa 1^{er} du Code civil, « *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* ». Ce texte peut immédiatement donner une appellation pertinente à ce mécanisme : « *la résiliation-notification* » (il n'a pas encore fait l'objet de pareille désignation par les juges, mais seulement par certains auteurs et praticiens).

Au titre des nouveautés par rapport au modèle prétorien antérieur à la réforme, le texte du nouvel article 1226 du Code civil exige le respect d'un formalisme qui s'impose hors cas d'urgence : le créancier doit mettre en demeure le débiteur d'exécuter son engagement dans un délai raisonnable (le recours à cette notion est toujours aussi malheureux en ce qu'il est source d'un contentieux abondant). La mise en demeure doit mentionner expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier est en droit de résoudre le contrat. Le but de ce formalisme est comminatoire. Ce n'est que si l'inexécution persiste que le créancier va notifier la résolution au débiteur.

En effet, l'alinéa 3 de l'article 1226 dispose que « *Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ». A noter que le rapport rendu au Président relatif à l'ordonnance de 2016 précise que l'article 1226 du Code civil n'est pas d'ordre public, ce qui signifie que les parties peuvent conventionnellement modifier les modalités du texte, notamment s'agissant de la mise en demeure et de la notification. Reste que cela peut sembler étrange pour des contractants d'encadrer contractuellement la résolution unilatérale dès lors que la résolution conventionnelle (la clause résolutoire) existe.

In fine, le texte du Code consacre également la jurisprudence relative aux suites de la résolution préventive et le possible recours au juge. Ainsi, il est souligné que le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution ; autrement dit, c'est à celui qui a provoqué la résolution unilatérale de rapporter la preuve du comportement grave qui l'a conduit à choisir ce mode de terminaison du contrat (Com. 22 novembre 2023).

Conclusion sur la date de terminaison du contrat en cas de résolution :

En vertu de l'article 1229 alinéa 2 du Code civil, issu de la réforme, le mode de résolution joue un rôle important quant à la détermination de la date de terminaison du contrat. Trois possibilités sont ainsi recensées :

- la résolution a lieu à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en résolution ;
- la résolution a lieu à la date prévue par les parties en cas de mise en œuvre de clause résolutoire ;
- la résolution a lieu à la date de la réception par le débiteur de la notification en cas de résolution unilatérale décidée par le créancier.

Conclusion sur les clauses qui résistent à la résolution :

Pour conclure sur la résolution, il faut mentionner la volonté du législateur de la réforme de mettre un terme à quelques débats doctrinaux et hésitations prétoriennes concernant le sort

de certaines clauses dans le cadre d'une résolution. Logiquement, si le contrat est anéanti, son contenu disparaît ; pourtant certaines stipulations survivent à son anéantissement. Comme cela a été souligné, « *il n'a pas de raison de faire obstacle à l'application des clauses légalement formées régissant les suites de la fin du contrat* » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédé, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^{ème} éd., n° 823). Avant la réforme, la Cour de cassation s'était prononcée pour la survie de clauses compromissaires (Com. 12 novembre 1968), de compétence juridictionnelle (Civ. 1^{ère}, 11 janvier 1978), mais aussi d'une clause pénale (Civ. 3^{ème}, 6 janvier 1993). A l'opposé, ne survivaient pas à la résolution, les clauses de non-concurrence (Civ. 1^{ère}, 29 novembre 1989) et les clauses limitatives de responsabilité (Com. 5 octobre 2010). Présentées ainsi, ces solutions pourraient apparaître certaines, mais il faut avouer qu'à côté des décisions citées, d'autres révélaient des inflexions et des hésitations, difficiles à concilier avec l'exigence de sécurité juridique. Le législateur est intervenu pour éclairer la matière, consacrer quelques solutions, en briser d'autres. Désormais, l'article 1230 du Code civil 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* ». Rien n'est dit sur les clauses d'indemnisation et les clauses pénales – ce qui est regrettable –, mais il est possible d'avancer que ces clauses entrent effectivement dans la catégorie des stipulations destinées à produire effet même en cas de résolution, dès lors elles survivent à la résolution.

Conclusion sur le cumul des remèdes et transition vers la responsabilité contractuelle :

Quelles sont les règles d'incompatibilité entre les différentes sanctions ? Au contraire, quels sont les cumuls possibles ? Aucune réponse ne résulte de la lecture du Code civil. Déjà, sous l'empire du Code de 1804, cette question était ardue. Le législateur de 2016 ne s'est pourtant pas emparé de la question. En effet, l'article 1217 alinéa 2 du Code civil dispose seulement que « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* ». Aussi, c'est dans la jurisprudence et en vertu d'un principe de cohérence contractuelle, que l'on peut successivement porter cinq affirmations réglant les éventuels concours ou conflits (en sus des éléments déjà rapportés par exemple en matière de résolution) :

1^{ère} affirmation : il est impossible d'invoquer ensemble l'exécution forcée et la résolution (Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009) et il est impossible pour le juge de les prononcer en même temps (Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005).

2^{ème} affirmation : il est impossible d'invoquer successivement exécution forcée et résolution (Civ. 3^{ème}, 20 janvier 2010 : le fait d'avoir d'abord opté pour l'exécution forcée du contrat interdit de demander ensuite la résolution, même pour la première fois en appel, et inversement ; V. également Civ. 2^{ème}, 8 septembre 2011).

3^{ème} affirmation : Il est possible d'invoquer l'exception d'inexécution, avant d'agir en exécution forcée ou en résolution.

4^{ème} affirmation : Il est possible de notifier une réduction du prix, avant d'agir en exécution forcée ou en résolution.

5^{ème} affirmation : La responsabilité contractuelle peut se cumuler avec toutes les autres sanctions à la condition de prouver l'existence d'un préjudice (Civ. 3^{ème}, 3 décembre 2003 ; Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2017). Autrement dit, la responsabilité contractuelle est à la fois une

sanction indépendante des autres remèdes, mais aussi une sanction complémentaire des autres remèdes. Elle a donc définitivement un caractère particulier, ce qui se vérifie dans la loi, en doctrine et en jurisprudence.

II – Actualités

- Com. 18 octobre 2023, pourvoi n° 20-21.579 : Résolution et exigence de mise en demeure.

Voici une décision empreinte de pragmatisme. S'il n'est pas nécessaire pour comprendre la solution portée par cet arrêt d'en rappeler les faits, il convient de souligner les deux textes qui servent de fondements au raisonnement de la Haute juridiction : d'une part, l'article 1224 du Code civil dispose que « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* », d'autre part, l'article 1226 du Code civil dispose, *in limine*, que « *Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. 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 (...)* ». C'est donc en application de ces textes que la Haute juridiction décide que le créancier peut, à ses risques et périls, en cas d'inexécution suffisamment grave du contrat, le résoudre par voie de notification, après avoir, sauf urgence, préalablement mis en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, une telle mise en demeure n'a pas à être délivrée, lorsqu'il résulte des circonstances qu'elle est vaine. Ainsi une cour d'appel, dont l'arrêt fait ressortir que le comportement de l'une des parties était d'une gravité telle qu'il avait rendu matériellement impossible la poursuite des relations contractuelles, n'était pas tenue de rechercher si une mise en demeure avait été délivrée préalablement à la résiliation du contrat par l'autre partie. La solution doit être approuvée et révèle une nouvelle fois que le pragmatisme judiciaire (ici, l'inutilité d'une vaine mise en demeure, qui ne serait alors qu'une condition formelle et non matérielle) permet parfois d'éviter une interprétation trop littérale et trop rigide d'un article pour lui préférer l'efficacité du mécanisme porté par le texte (ici, la résiliation unilatérale).

- Civ. 3^{ème}, 6 juillet 2023, pourvoi n° 22-10.884 : Exécution forcée et proportionnalité.

Le contentieux de la démolition et de la reconstruction de bien immobilier non conforme aux prescriptions des parties continuent d'alimenter les prétoires. Pour rappel, la Cour de cassation a longtemps considéré, s'appuyant sur une conception restrictive et sévère de la force obligatoire et une application rigoureuse de l'exécution forcée en nature de l'article 1184 ancien du Code civil, qu'en cas de construction non conforme aux plans, le créancier pouvait demander la destruction et la reconstruction de l'immeuble (Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005) ; une position brisée par la réforme de 2016, le code civil prévoyant désormais, en son article 1221 du Code civil, que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». La seconde partie de ce texte mesure donc le droit du créancier en pareilles hypothèses d'obtenir l'exécution forcée. La Cour de cassation avait alors le choix de maintenir en fonction de la date du contrat deux régimes de l'inexécution différents ou de procéder à une forme d'homogénéisation par le jeu des revirements d'alignement. Elle a notamment

décidé que la demande de démolition et de reconstruction d'un ouvrage, en raison des non-conformités qui l'affecte, peut ne pas être accueillie si elle se heurte au principe de proportionnalité du coût de celle-ci, au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées (Civ. 3^{ème}, 17 novembre 2021 ; V. également, Civ. 3^{ème}, 13 juillet 2022, 2 arrêts). La présente décision se situe dans cette lignée désormais bien installée, puisque la Cour de cassation décide que le juge saisi d'une demande de démolition-reconstruction d'un ouvrage en raison des non-conformités qui l'affectent, que celle-ci soit présentée au titre d'une demande d'exécution forcée sur le fondement de l'article 1221, anciennement 1184, du code civil, ou sous le couvert d'une demande en réparation à hauteur du coût de la démolition-reconstruction, doit rechercher, si cela le lui est demandé, s'il n'existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées. En cas de disproportion manifeste, les dommages-intérêts alloués sont souverainement appréciés au regard des seules conséquences dommageables des non-conformités retenues, dans le respect du principe de la réparation sans perte ni profit pour la victime.

- Com. 18 janvier 2023, pourvoi n° 21-16.812 et Civ. 1^{ère}, 8 mars 2023, pourvoi n° 21-24.783 : Résolution du contrat et Covid-19. Ces décisions viennent compléter utilement le contentieux de l'inexécution contractuelle en raison de la crise sanitaire. Commençons par l'affaire plus topique ayant donné lieu à l'arrêt du 8 mars 2023 : en l'espèce, avant le début de la pandémie du Covid-19, un contrat de réservation de salle pouvant accueillir plusieurs centaines de personnes est conclu en vue d'une réception de mariage en octobre 2020. Un acompte est versé par le père du marié ; au moment où devait avoir lieu la réception, les événements familiaux ne peuvent réunir plus de 30 personnes, en raison de la réglementation de lutte contre la pandémie. Le père du marié demande la restitution de l'acompte quand le propriétaire de la salle réclame le paiement du solde. C'est d'ailleurs cette dernière demande qui est accueillie par les juges du fond. Manifestement, ces derniers ont confondu l'hypothèse dans laquelle le créancier souhaite obtenir la résolution du contrat dont il ne peut ou veut plus profiter, avec l'hypothèse dans laquelle le créancier demande la résolution du contrat en raison d'une inexécution contractuelle et d'un cas de force majeure. Dans le premier cas, la Cour de cassation rappelle régulièrement que « *le créancier ne peut obtenir la résolution du contrat en soutenant que la force majeure l'a empêché de profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit* » (Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020). Dans le second cas, l'alinéa 2 *in fine* de l'article 1218 du Code civil dispose que « *Si l'empêchement [caractérisant la force majeure] est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations* ». Toute la question en l'espèce était de savoir dans laquelle de l'une ou de l'autre des hypothèses se trouvaient les parties. En effet, la Cour de cassation reproche au juge du fond ne pas avoir recherché si l'obligation du propriétaire ne consistait pas à mettre à la disposition de son cocontractant un espace dans lequel il pourrait effectivement accueillir plusieurs centaines de personnes qu'elle s'était trouvée elle-même dans l'impossibilité d'exécuter. Cette décision est à mettre en rapport avec un arrêt de janvier 2023, dans lequel, les juges ont décidé, sur le fondement des articles 1217, 1227 et 1229 du Code civil, que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, peut provoquer la résolution du contrat* » et que « *lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre* ». En bref, on le comprend, si la prestation due est inexécutée, le créancier peut demander la résolution – tel est le cas dans ces deux décisions ; mais si la

prestation due est exécutée, mais qu'elle n'est plus voulue ou plus utile du seul point de vue du créancier, il ne peut demander la résolution (telle est l'hypothèse du preneur à bail commercial pendant la période du confinement ; le bailleur mettait bien à disposition le local commercial et exécutait donc son obligation, même si malheureusement pour le preneur locataire, il ne pouvait accueillir du public et exploiter son activité commerciale, V. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2022, 3 arrêts).

Prépa ISP

