

DROIT DES OBLIGATIONS (II) **RESPONSABILITE CIVILE ET REGIME DE L'OBLIGATION**

Cours-Séminaire

SEANCE N°13

Exécution forcée et responsabilité civile contractuelle :

I : L'exécution forcée du contrat

L'exécution forcée représente la demande **en justice** formée par le créancier afin d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est due par le débiteur.

En principe, l'exécution forcée s'entend de l'exécution par le débiteur de son obligation (§1), mais le droit permet parfois de l'obtenir indirectement par l'exécution de la prestation par un tiers, mais à la charge du débiteur (§2).

Dans tous les cas, elle permet pour le débiteur d'obtenir la prestation prévue par le contrat (c'est pourquoi on parle souvent d'exécution forcée en nature).

§1. L'exécution forcée par le débiteur

A. La notion d'exécution forcée

L'exécution forcée s'entend **de l'exécution de la prestation promise par le débiteur**. Il n'existe pas, en droit français (et contrairement à d'autres droits) de reconnaissance d'une exécution par équivalent, qui serait le versement d'une somme d'argent correspondant à la contre-valeur de la prestation attendue du créancier.

L'exécution forcée se distingue donc de la responsabilité contractuelle, qui compense le préjudice lié à l'inexécution du contrat, et qui conduit nécessairement à l'octroi de dommages et intérêts (bien que cette distinction soit parfois discutée en doctrine).

Il faut cependant observer que la responsabilité contractuelle peut se cumuler à une demande d'exécution forcée dès lors que l'inexécution imputable au débiteur a causé au créancier un préjudice distinct de la seule absence d'exécution (par exemple, et notamment, un retard).

L'exécution forcée ne sera utilisée que si le créancier trouve encore un intérêt à la réclamer, ce qui ne sera pas le cas si l'exécution ne peut plus être satisfaisante (ex. : le traiteur pour un mariage ne s'est pas présenté le jour du mariage, et il a fallu recourir à un autre prestataire).

B. La mise en oeuvre de l'exécution forcée

1. Les conditions préalables à la demande en exécution forcée

a. Les conditions relatives à la créance

Il n'est pas possible de demander l'exécution forcée de n'importe quelle créance : il faut que cette créance soit suffisamment mature pour que son exécution puisse être immédiatement exigée.

C'est pourquoi la créance doit être :

1. Certaine : l'existence de la dette ne fait l'objet d'aucune contestation
2. Liquide : s'il s'agit d'une créance de somme d'argent, la créance doit pouvoir être précisément évaluée quant à son montant monétaire.
3. Exigible : la créance n'est assortie d'aucun terme, condition, délai, qui en diffère l'exécution.
4. Constatée dans un titre exécutoire, c'est à dire soit un acte notarié revêtu de la formule exécutoire soit une décision de justice. Dans ce dernier cas, en pratique, le titre exécutoire est obtenu en même temps que l'exécution forcée (c'est le juge saisi d'une demande en exécution forcée qui constate préalablement la créance).

b. Les conditions relatives au débiteur

Le créancier doit avoir **mis en demeure le débiteur de s'exécuter**.

La **mise en demeure** est *l'interpellation ferme et écrite du débiteur par laquelle le créancier lui notifie l'exigibilité de son obligation et son intention de ne plus tolérer de retard*.

En effet, tant qu'il n'y a pas eu mise en demeure, le créancier est présumé donner au débiteur un délai supplémentaire.

La mise en demeure peut intervenir sans condition de forme, donc par simple lettre ou par LR/AR (pour plus de sûreté), mais ne doit pas être ambiguë sur l'interpellation qu'elle fait au débiteur.

Cela dit, il y a une utilité cruciale à mettre en demeure par acte d'huissier (par exemple une assignation) : elle interrompt le délai de prescription de la créance

A noter : Le contrat peut dispenser les parties de procéder à une mise en demeure préalable et stipuler, par exemple, que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme.

ATTENTION : la mise en demeure n'est pas nécessaire en matière de RESPONSABILITE CONTRACTUELLE (cf Ch. mixte 6 juillet 2007, doc. p.39)

2. Le domaine de l'exécution forcée

L'article 1142 du Code civil dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». La lecture de cet article semble donc suggérer que l'exécution forcée ne peut pas être réclamée dans toutes les hypothèses, en l'autorisant pour les obligations de donner (a), mais en l'interdisant pour les obligations de faire ou de ne pas faire (b).

En réalité, cette compréhension de l'article 1142 du code civil doit être précisée.

a. L'exécution forcée de l'obligation de donner

Il faut distinguer selon l'obligation de donner en cause :

1. **Obligation de somme d'argent** : ne fait aucune difficulté, puisqu'il s'agit de donner une somme d'argent, c'est à dire le bien fongible par excellence. Il suffira, après avoir obtenu le prononcé de l'exécution forcée, d'obtenir, par exemple, la saisie attribution des rémunérations du débiteur.

2. **Obligation de transférer la propriété d'une chose (corps certain ou chose fongible autre que l'argent)** : la propriété d'un bien se transmet *solo consensu*, l'exécution forcée d'une obligation de donner une chose autre que de l'argent n'a donc pas lieu d'être puisqu'elle n'est pas nécessaire. Le problème porte en réalité sur l'obligation de délivrance, qui est une obligation de faire. A noter que pour les choses fongibles, l'individualisation, et donc le transfert de propriété, ne s'opère qu'à la remise de la chose.

b. L'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire

L'article 1142 du Code civil semble interdire l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. Cette interdiction trouverait son fondement dans la liberté individuelle du débiteur : on ne pourrait le contraindre à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose contre sa volonté.

La jurisprudence n'a cependant pas interprété strictement l'article 1142, car cela aurait vidé de tout intérêt la possibilité de demander l'exécution forcée d'une obligation dans la plupart des cas, qui n'aurait eu alors d'efficacité qu'à l'égard des obligations de donner une somme d'argent. Il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

α. L'exécution de l'obligation de faire

La jurisprudence admet l'exécution forcée d'une obligation de faire, **dès lors qu'il ne s'agit pas d'une obligation personnelle de faire**, c'est à dire *une obligation de faire dont l'exécution forcée supposerait une contrainte exercée sur la personne même du débiteur* :

1. **Obligation de livrer** : il s'agit de la simple obligation d'apporter la chose vendue. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de contraindre directement le débiteur à s'exécuter, car le créancier peut entrer en possession de la chose seul, avec l'aide de la force publique le cas échéant. On notera toutefois que l'exécution forcée de ce type d'obligation peut être paralysée ou limitée pour des considérations d'ordre public. Ainsi, l'expulsion, qui est l'exécution d'une obligation de restituer par le locataire, ne peut pas intervenir pendant certaines périodes et, en toute hypothèse, ne peut concerner que les biens du locataire et non le locataire lui-même. Il faut aussi réserver le cas de l'impossibilité matérielle

2. **Obligation d'effectuer une prestation de services** : l'exécution forcée n'est pas possible en principe si le débiteur s'y oppose. Toutefois, si l'obligation contractée ne l'a pas été *intuitu personae*, il demeure possible de la faire exécuter par un tiers (article 1144 du Code civil). De plus, avant même une exécution par un tiers, il est possible de prononcer une astreinte qui va faire peser sur le débiteur une contrainte financière l'incitant à s'exécuter.

β. L'exécution forcée des obligations de ne pas faire

En principe, il n'est *a priori* pas possible d'obtenir l'exécution forcée d'une obligation de ne pas faire, sous réserve de l'article 1143 et de l'astreinte.

L'article 1145 prévoit en effet que « *si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* ».

3. Le recours à l'astreinte

L'**astreinte** se définit comme *la condamnation judiciaire du débiteur à payer au créancier une somme d'argent par fraction de retard, par période de temps ou par infraction constatée, pour l'amener à s'exécuter spontanément*.

L'astreinte représente un moyen d'obtenir l'exécution de n'importe quelle obligation (y compris de faire ou de ne pas faire) par le biais de l'action en exécution forcée, **en exerçant sur lui une pression financière**.

Il existe deux sortes d'astreinte :

1. L'astreinte provisoire, qui est une astreinte qui peut être révisée à tout moment.
2. L'astreinte définitive, dont le montant ne peut pas être ultérieurement modifié par le juge.

Une fois l'astreinte prononcée, il conviendra de saisir ultérieurement le juge afin de la liquider, lorsque le débiteur se sera exécuté, ou lorsque l'inexécution paraîtra certaine. En cas d'astreinte provisoire, il tiendra compte du comportement du débiteur pour définir le montant définitif de l'astreinte.

§2. L'exécution du contrat par un tiers aux dépens du débiteur

A. L'article 1143 du Code civil

L'article 1143 du Code civil autorise le créancier d'une obligation de ne pas faire de demander la **destruction de ce qui a été fait en contravention de l'engagement**.

Il ne peut donc s'appliquer à une obligation de faire. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a jugé qu'en présence d'un pacte de préférence (qui impose une obligation pour le débiteur de proposer au créancier la conclusion d'un contrat en priorité), la conclusion par le débiteur du contrat envisagé avec un tiers n'est pas la méconnaissance d'une obligation de ne pas faire, mais d'une obligation de faire (Civ. 1, 10 juillet 2002, doc p. 29).

La destruction évoquée par le texte s'entend de celle d'une construction matérielle, sans qu'il soit nécessaire de prouver un préjudice : de nouveau, il ne s'agit pas ici d'une responsabilité contractuelle, mais d'une exécution forcée d'une obligation de ne pas faire (Civ. 3, 21 juin 2000, doc. p. 31).

En revanche, si le créancier a choisi de solliciter l'indemnisation de l'inexécution résultant du manquement à l'obligation de ne pas faire, c'est-à-dire la voie de la responsabilité contractuelle, il renonce implicitement à en demander l'exécution

forcée. C'est pourquoi, dans un tel cas, la demande ultérieure en application de l'article 1143 du code civil est irrecevable faute pour le créancier de démontrer un intérêt à agir : c'est une illustration de ce que la responsabilité contractuelle ne peut pas se cumuler avec l'exécution forcée lorsque l'une comme l'autre ont pour objet de remédier à l'inexécution de la prestation promise (Civ. 3, 19 novembre 2008, p. 32).

Il faut que la destruction soit possible. Si la situation est devenue irréversible (divulcation d'un secret), alors seul des dommages et intérêts seront dus.

Le coût de cette destruction sera supporté, au titre d'une obligation de somme d'argent, par le débiteur, même si elle a été exécutée par un tiers, voire par le créancier lui-même.

B. L'article 1144 du Code civil

L'article 1144 du Code civil autorise le créancier d'une obligation de faire à demander que cette obligation soit exécutée par un tiers, aux dépens du débiteur. Le créancier peut alors, par exemple, obtenir la fourniture du bien attendu auprès d'un tiers, et en réclamer le prix au débiteur, mais devra y être autorisé par le juge.

CHAPITRE II : LES SANCTIONS VISANT A LA REPARATION DU DOMMAGE CONSECUTIF A L'INEXECUTION

Il est possible que l'inexécution du contrat cause un dommage au cocontractant victime de cette inexécution.

Il faut comprendre ce préjudice comme un préjudice distinct de celui résultant de l'inexécution elle-même. Il s'agit d'un dommage qui s'ajoute au simple fait de ne pas avoir obtenu ce qui était prévu au contrat. Par exemple, le retard constitue un préjudice. Il peut également y avoir un préjudice s'ajoutant au retard, par exemple une perte financière.

Section 1 : Les conditions de la responsabilité contractuelle

Toute responsabilité repose sur la réunion de trois conditions complémentaires : un fait générateur, un préjudice, et un lien de causalité reliant ce fait générateur à ce préjudice.

§1. Le fait générateur

Le fait générateur de la responsabilité contractuelle s'analyse dans une inexécution du contrat (A), à laquelle il faut assimiler le simple retard dans l'exécution (B).

A. L'inexécution d'une obligation

L'**inexécution** d'une obligation se définit comme *le défaut d'exécution d'une obligation prévue au contrat*.

Une telle inexécution s'apprécie au regard de **l'intensité de l'obligation souscrite par le débiteur**, c'est à dire selon qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat.

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat

A l'origine, la question de l'intensité s'est posée en raison d'un conflit résultant de la lecture de deux articles du Code civil apparemment contradictoires :

1. L'article 1137 du Code civil dispose que le créancier doit prouver que le débiteur n'a pas fourni les soins d'un bon père de famille pour obtenir la condamnation de celui-ci sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Il faut donc prouver la **faute** du débiteur à l'origine de l'inexécution du contrat.

2. L'article 1147 du Code civil dispose au contraire que le débiteur est responsable du seul fait de l'inexécution, à moins qu'il ne prouve que cette inexécution est due à une force majeure. Selon cet article, **il suffirait donc de prouver l'inexécution**, sans établir qu'elle est fautive, pour obtenir la condamnation du débiteur.

Afin de résoudre ce conflit, qui n'est en réalité qu'apparent, le juriste **René Demogue** a proposé, en 1928, de distinguer entre **obligation de moyens** et **obligation de résultat**.

1. L'**obligation de moyens** est *l'obligation qui consiste pour le débiteur en la mise en oeuvre de tous les meilleurs moyens, soins, diligences, en vue d'obtenir le résultat vers lequel tend l'obligation*. En d'autres termes, la personne tenue d'une obligation de moyens ne s'oblige pas au résultat promis, mais à faire tout son possible pour parvenir à ce résultat. Par exemple, un médecin ne peut pas s'engager à guérir, car l'art médical n'est pas infallible. Mais il doit à son patient de mettre en oeuvre toute la compétence qu'on attend habituellement d'un médecin pour parvenir à la guérison de son patient. Dans ce cas, nous verrons qu'il faut prouver non seulement l'inexécution mais également le caractère fautif de cette exécution pour enclencher une éventuelle responsabilité contractuelle.

2. L'**obligation de résultat** est *l'obligation qui implique pour le débiteur la réalisation stricte et complète d'un objectif déterminé*. Par conséquent, la personne tenue à une obligation de résultat s'engage à obtenir le résultat promis. Ainsi, celui qui s'engage à vendre une voiture doit effectivement transférer la propriété du véhicule, on exige de lui ce strict résultat, et non pas simplement qu'il fasse son possible. On en déduit alors que la simple inexécution du contrat (qu'elle soit fautive ou non) suffit à permettre la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle du débiteur (sauf s'il démontre la force majeure).

Cette distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat **n'est pas toujours aisée à mettre en oeuvre**, car la séparation entre les deux notions paraît parfois subtile.

Plusieurs critères sont relevés par le juge, lorsqu'il doit déterminer l'intensité de l'obligation à la charge de l'une des parties :

1. Il doit tout d'abord examiner la **volonté expresse présente dans le contrat**. Si l'une des stipulations du contrat permet de déterminer l'intensité de l'obligation en cause, il faut alors respecter la volonté des parties.

2. Le silence du contrat sur l'intensité n'est pas nécessairement problématique, s'il précise la **nature de l'obligation en cause**. En effet, les obligations de ne pas faire et les obligations de donner sont nécessairement des obligations de résultat. L'application du critère de distinction entre moyens et résultat n'intervient donc qu'en présence d'une obligation de faire.

3. L'un des critères principaux de la distinction, en cas de silence du contrat, consiste **dans la vérification du degré d'aléa présent dans le contrat quant au résultat promis**. Si le résultat promis peut être facilement obtenu, alors la probabilité d'obtention de ce résultat est grande, ce qui signifie que l'aléa est faible. En ce cas, on peut assez facilement considérer que l'obligation est de résultat. Par exemple, dans une vente de voiture, la livraison de la voiture ne pose pas de difficultés particulières de mise en oeuvre : c'est pourquoi l'obligation de délivrance de la voiture, qui est une obligation de faire, est une obligation de résultat. En revanche, s'il persiste une incertitude sur l'obtention du résultat désiré,

alors l'obligation ne sera que de moyens. En ce qui concerne le médecin, celui-ci ne peut jamais garantir la guérison : son obligation est donc une obligation de moyens, car il persiste un aléa sur la réalisation du résultat voulu.

4. Un autre critère, complémentaire du précédent, est employé par les juges pour déterminer l'intensité de l'obligation en cause : c'est la **participation du créancier à l'activité du débiteur**. Plus le créancier joue un rôle actif dans l'exécution de l'obligation du débiteur, moins le débiteur a de maîtrise sur l'obtention ou non du résultat promis. Par exemple, l'expert comptable doit établir pour son client une comptabilité la plus fidèle possible, mais cela suppose que son client lui livre toutes les pièces comptables nécessaires, et en temps utile. L'expert comptable ne saurait être responsable d'une erreur comptable, dès lors qu'elle est liée à la négligence de son client : son obligation est donc de moyens, et non de résultat. Dans le même ordre d'idées, l'obligation est de moyens lorsque **le créancier a accepté les risques liés à l'exécution du contrat**. Par exemple, la personne qui utilise un « tire-fesses » pour remonter une pente neigeuse accepte le risque de tomber, dans la mesure où elle prend une part active à ce procédé de remonte-pente mécanique (cf. Civ 1 5 novembre 1996 et 21 octobre 1997, doc, p. 56, pour une illustration ; Civ. 1 10 mars 1998, doc. 63 pour une illustration de l'absence de faute car il n'était pas possible au débiteur de mieux faire).

Ces différents critères permettent donc de déterminer l'intensité de l'obligation en cause. Ils ne permettent pas toujours d'être totalement sûr que le choix opéré est le bon, mais permettent en tous cas de le justifier.

Cette incertitude dans l'intensité de l'obligation est liée au caractère très théorique de la distinction élaborée par René Demogue, qui est **trop catégorique**.

Elle ne permet pas de rendre compte avec suffisamment de précision de la réalité. C'est pourquoi la jurisprudence a parfois recours à des **qualifications hybrides**, qui mélangent les régimes des obligations de résultat et de moyens :

1. Obligation de moyens renforcée : cette qualification est retenue lorsque le débiteur est tenu d'une obligation pour laquelle il ne peut pas garantir de résultat, mais qui relève cependant d'une mise en oeuvre aisée en raison de sa compétence professionnelle particulière. En ce cas, la jurisprudence estime que la faute du débiteur est présumée, en cas d'inexécution du contrat. C'est par exemple le cas de l'obligation de conservation du dépositaire.

2. Obligation de moyens atténuée : cette qualification est retenue lorsque l'obligation de moyens est affectée d'un aléa assez fort, pour que seule une faute lourde engage la responsabilité du débiteur. C'est par exemple le cas de la faute du salarié, qui n'engage sa responsabilité personnelle que s'il commet une faute suffisamment grave (sinon, seul l'employeur sera responsable envers le client victime de la faute du salarié).

3. Obligation de résultat atténuée : cette qualification est retenue lorsque le débiteur s'engage bien à un résultat, mais où l'éventuelle inexécution est envisagée par le juge avec plus de mansuétude. Dans ce cas, la jurisprudence

admet que le débiteur apporte la preuve de son absence de faute, pour éviter d'être responsable. C'est la même chose que l'obligation de moyens renforcée.

4. Obligation de résultat aggravée : cette qualification, peu fréquente, implique une telle sévérité que même la force majeure ne supprime pas l'obligation du débiteur de répondre de l'inexécution du contrat.

La preuve de l'inexécution contractuelle

La preuve de l'inexécution contractuelle dépend de la nature de l'obligation en cause.

En présence d'une obligation de résultat, le créancier doit prouver :

- l'inexécution, c'est à dire l'absence d'obtention du résultat promis.
- Le lien de causalité. Pendant longtemps, il a été jugé que le lien de causalité est présumé (présomption simple) mais la Cour de cassation paraît être revenue sur cette présomption en exigeant qu'il soit démontré que c'est l'exécution de la prestation qui est à l'origine du dommage
- Le préjudice

En présence d'une obligation de moyens, le créancier doit prouver :

- **l'inexécution, d'une part, et le caractère fautif de cette inexécution, d'autre part.** La faute contractuelle s'apprécie ici de la même manière qu'une faute délictuelle, en comparant le comportement du « bon contractant » et celui du contractant en l'espèce. Inversement, le débiteur peut démontrer qu'il n'a pas commis de faute pour éviter d'être condamné.
- la causalité
- le préjudice

On observe ainsi que, **dans les deux hypothèses, la charge de la preuve initiale pèse sur le créancier qui invoque l'inexécution.**

Toutefois, cette preuve est plus facile à apporter en présence d'une obligation de résultat, alors qu'elle l'est moins en présence d'une obligation de moyens. Il faut cependant relever que, parfois, la charge de la preuve est allégée. C'est notamment le cas en présence d'une obligation de moyens renforcée ou de résultat atténué, où le caractère fautif de l'inexécution est présumé (il suffit donc de prouver l'absence d'obtention du résultat promis). Dans ce cas, ce sera au débiteur de démontrer qu'en réalité, il n'a pas commis de faute.

En présence d'une **obligation de résultat**, la seule preuve de l'absence du résultat promis, suffit à démontrer l'inexécution. Seule la preuve d'une force majeure permettra au cocontractant auteur de l'inexécution d'échapper à sa responsabilité.

En présence d'une **obligation de moyens**, le créancier devra démontrer que le débiteur ne s'est pas comporté comme il aurait dû, c'est à dire qu'il a commis une faute, qui constitue précisément l'inexécution.

B. Le retard dans l'exécution

Le simple fait d'être en retard dans l'exécution du contrat, quel que soit l'intensité de l'obligation concernée, constitue un préjudice qui doit être indemnisé au titre de la responsabilité contractuelle.

Dans ce cas, le créancier peut réclamer le versement de dommages et intérêts dits **moratoires**. Pour leur obtention, il convient de démontrer le retard dans l'exécution, c'est à dire que le créancier refuse désormais tout délai supplémentaire au débiteur. Il faut par conséquent l'avoir mis en demeure.

Si l'obligation est monétaire, les di moratoires porteront sur des intérêts de retard. L'article 1153 du code civil les fixe de manière forfaitaire par application du taux d'intérêt légal, et dispense le créancier de démontrer l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Si l'obligation est de faire ou de ne pas faire, les di moratoires porteront sur une somme qu'il conviendra de déterminer en fonction du préjudice invoqué par le créancier, qu'il lui appartient de prouver.

§2. Le préjudice

A. Les caractères du préjudice

1. Le caractère direct

Selon l'article 1151 du Code civil, le préjudice doit être la « *suite immédiate et directe* » du fait dommageable. En réalité, cet article n'a de spécificité qu'en matière contractuelle, où il signifie concrètement que tout préjudice n'est pas indemnisable en matière contractuelle **mais seulement le préjudice qui pouvait être prévu au moment de la conclusion du contrat**. Cette appréciation est certes divinatoire, mais il faut justifier de la possibilité d'anticiper l'hypothèse de tel préjudice.

Cf Civ. 1 28 avril 2011, doc. p. 66, où la SNCF n'est pas tenue d'indemniser deux clients des conséquences d'un retard dès lors qu'elle ignorait leur destination finale.

2. Le caractère certain

Le préjudice est certain dès lors qu'il est suffisamment vraisemblable pour mériter réparation. Cela donne lieu à plusieurs hypothèses :

1. Préjudice actuel : préjudice déjà réalisé au moment où le juge statue. Sous

réserve qu'il soit démontré par la victime, et suffisamment important pour donner lieu à indemnisation, ce type de préjudice est toujours certain.

2. Préjudice futur : préjudice qui se réalisera dans l'avenir. On distingue :

Préjudice virtuel : préjudice en puissance, qui ne s'est pas encore réalisé, mais dont on est sûr qu'il va se réaliser. Ce préjudice doit être considéré comme certain (par exemple, évolution d'une pathologie : les soins futurs sont un préjudice virtuel)

Préjudice éventuel : préjudice qui ne représente qu'une simple possibilité. En principe, ce préjudice n'est pas certain et ne mérite aucune indemnisation.

3. Perte d'une chance : par suite du fait dommageable, la victime s'est trouvée ou se trouve empêchée de courir une chance de gain, d'avantage, ou d'accéder à la situation qui lui était distinctement ouverte. L'événement en lui-même n'est pas certain, mais ce qui est certain, c'est qu'il ne peut plus se produire en raison du fait générateur. Pour être indemnisable, la perte de chance doit donc être certaine. Elle est définie comme **la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable** (Civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n°05-20.213 ; Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, n°05-15.674) et ne peut conduire qu'à une indemnisation moins importante que celle qui aurait été versée si le préjudice avait été certain.

En outre, en matière contractuelle, la preuve de la certitude est parfois présumée.

Ainsi, lorsque l'inexécution consiste dans un **retard d'exécuter une obligation de somme d'argent**, l'article 1153 du Code civil prévoit que le débiteur devra des intérêts de retard à compter de la mise en demeure, qui sont calculés à partir du taux d'intérêt légal. **Il s'agit donc d'un cas où le préjudice est automatiquement calculé, donc présumé.** Pour les autres obligations, il revient au juge d'évaluer souverainement le préjudice.

Le préjudice est également **présumé en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire** : c'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de cassation Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n°05-19.978 (cf. déjà Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, doc. p. 35) =

« Sur le moyen unique :

Vu l'article 1145 du code civil ;

Attendu que, si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention ;

Attendu que MM. X... et Y..., médecins, qui avaient constitué une société civile immobilière pour acquérir et gérer un immeuble sis à Escaudoeuvres, ainsi qu'une société civile de moyens, avaient conclu en outre un contrat d'exercice en commun dans les locaux sociaux ; que ce dernier acte stipulait, en cas de retrait de l'un des associés, sa non-réinstallation dans un rayon de vingt kilomètres pendant trois ans ; que, suite à une situation de mésentente, M. Y..., cessant toute

collaboration avec M. X..., a ouvert un cabinet personnel situé à 400 mètres de l'ancien ; que, pour débouter M. X... de sa demande en dommages-intérêts au titre du préjudice subi, la cour d'appel a relevé que, si la violation de la clause de non-concurrence avait constitué une faute susceptible d'engager la responsabilité contractuelle de M. Y..., aucun préjudice consécutif n'était établi, et que la simple contravention à la clause ne saurait le constituer ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE »

Cet arrêt appelle plusieurs remarques :

1. L'obligation de ne pas faire est une obligation de résultat. (par définition, elle est dépourvue d'aléa). La cour d'appel a donc commis une erreur en relevant la faute du médecin, qui n'avait pas à être constatée.

2. Le préjudice est réputé constitué. La solution n'est pas évidente. Elle rappelle celle retenue par la Cour de cassation en matière d'atteinte à la vie privée : Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996 a en effet jugé que la seule atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation. Mais l'évaluation des dommages et intérêts demeure la grande inconnue. En outre, on peut se demander si la solution est spécifique aux obligations de ne pas faire ou doit être généralisée aux obligations de résultat dans leur ensemble. Dans le premier cas, on peut considérer que l'obligation de ne pas faire doit être rapprochée d'une clause pénale qui répute l'existence d'un préjudice. On peut penser que les parties, en stipulant l'obligation, ont considéré que la violation de l'obligation impliquerait un préjudice. Dans le second cas, il y aurait automaticité de la responsabilité à un point sans doute excessif qui confinerait à l'idée de garantie, puisqu'il y aurait présomption de causalité, préjudice réputé et absence de preuve de la faute. L'arrêt donnerait alors du crédit à la thèse selon laquelle la responsabilité contractuelle se réduirait à une compensation pécuniaire de l'exécution attendue.

3. Caractère légitime

Pour être réparable, le préjudice doit être légitime, ou licite, c'est à dire conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

A une époque, la condition de légitimité était utilisée afin de délimiter le cercle des personnes autorisées à invoquer un préjudice par ricochet. Ainsi, Crim. 13 février 1937 exigeait que le préjudice par ricochet consiste dans atteinte à un « intérêt légitime juridiquement protégé ». Cette solution permettait d'exclure l'action en réparation de la concubine en cas de décès du concubin, car aucun lien de droit n'existait entre ces deux personnes.

Ch. Mixte 27 février 1970, *Dangereux*, abandonne cette jurisprudence. En définitive, il n'est pas nécessaire de démontrer l'atteinte à un droit pour obtenir réparation. En revanche, l'exigence de légitimité subsiste, bien que la notion même de légitimité soit plutôt floue. Par exemple, la personne qui travaille « au

noir » ne peut réclamer, à la suite d'un accident de la circulation, l'indemnisation liée à la perte de ses rémunérations : Civ. 2^{ème}, 24 janvier 2002.

B. Les différents types de préjudice

Le préjudice contractuel s'entend soit :

1. d'un **gain manqué** (*lucrum cessans*), c'est à dire de *la perte d'une perspective favorable*.
2. d'une **perte éprouvée** (*damnum emergens*), c'est à dire de *la perte d'un élément actuel du patrimoine du créancier*.

§3. Le lien de causalité

A. La notion de lien de causalité

Le **lien de causalité** se définit comme *le rapport de cause à effet par lequel le fait générateur a engendré le dommage subi par la victime*.

La causalité sera plus particulièrement étudiée au titre de la responsabilité délictuelle.

B. La notion de force majeure

Cf séance sur la causalité. La **force majeure** se définit comme *l'événement imprévisible et irrésistible qui provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince) le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité*.

Section 2 : La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle

§1. L'existence du droit à réparation

A. L'exigence d'une mise en demeure

La **mise en demeure** est *l'interpellation ferme et écrite du débiteur par laquelle le créancier lui notifie l'exigibilité de son obligation et son intention de ne plus tolérer de retard*.

En matière de responsabilité contractuelle, selon l'article 1146 du Code civil, les dommages et intérêts ne sont dus qu'après mise en demeure du débiteur. Une première lecture de cet article suggère que la mise en demeure est une condition de la responsabilité contractuelle.

Toutefois, deux articles dispensent de la mise en demeure :

- article 1145 du Code civil : en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire
- article 1146 du Code civil : si le temps d'exécution d'une obligation de faire ou

de donner est passé, la mise en demeure n'est pas nécessaire.

Mais la question qui s'est posée est celle d'une **généralisation de l'exception au recours à la mise en demeure lorsque celle-ci ne présente plus aucune utilité**.

La question a été récemment tranchée par la Cour de cassation. Cf commentaire de D. Mazeaud :

« En l'occurrence, était en cause un contrat de vente de vins de Bordeaux. L'acheteur, un négociant, avait indiqué que les bouteilles devaient être mises à sa disposition entre le 20 mars 2004 et le 31 décembre 2004, apparemment selon sa convenance. Quoiqu'il ait précisé en juillet que la délivrance devait maintenant intervenir « le plus vite possible », le producteur ne s'exécuta point. N'ayant toujours pas pu disposer de la marchandise fin novembre 2004, le négociant entama une action en résolution de la vente et en réparation du préjudice commercial par lui subi. Apparemment, le défendeur ne contesta pas qu'il aurait dû délivrer avant cette date et qu'il y avait irrémédiablement manqué ; il se borna à opposer qu'il n'avait pas été mis en demeure sans, apparemment encore, qu'on lui réponde que la précision de juillet en constituait une ou que l'assignation de novembre en tenait lieu. Jugeant que dans de telles conditions, une mise en demeure n'était pas nécessaire, un arrêt le condamna.

Une chambre mixte l'approuve au motif « qu'ayant retenu, par des motifs non critiqués, que l'inexécution du contrat était acquise et avait causé un préjudice à la société Deli K star, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il y avait lieu de lui allouer des dommages-intérêts » (**Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823**).

La mise en demeure est une institution tournée vers l'exécution. Son sens est cependant obscurci parce que la notion d'exécution (du contrat ?, de l'obligation ?) est elle-même équivoque, tout comme celle de responsabilité contractuelle et, par là, de dommages et intérêts compensatoires. Sur un plan pratique, il reste que la mise en demeure sert soit à préciser au débiteur ce qu'il doit faire pour exécuter quand ce point est d'une manière ou d'une autre demeuré concrètement flou (formulation abstraite de l'obligation, indétermination quelconque), soit à lui laisser une dernière chance de ce faire quand il sait déjà à quoi s'en tenir et que sa dette est exigible, tout en mettant ce temps supplémentaire à son débit (intérêts de retard, charge des risques). Quand la situation est telle qu'une mise en demeure préalable n'aurait servi à rien et ne servirait plus parce que l'inexécution est définitivement consommée sur le point en litige, l'exigence de l'article 1146 s'écarte. Tel était ici le cas, car il avait été jugé « par des motifs non critiqués » que l'inexécution était acquise, irrémédiablement acquise.

Cette solution a été généralisée, et la jurisprudence estime de manière constante que si le dommage est causé de manière irréversible, une mise en demeure n'est pas nécessaire : Civ. 3^Ème, 25 juin 1975, D.1975 IR p.203 »

Par conséquent, la mise en demeure ne serait nécessaire **que si l'inexécution**

n'est pas définitivement constituée et lorsque l'exécution de l'obligation reste possible, de sorte que le préjudice consécutif à l'inexécution ne serait pas constitué.

B. Les clauses de non obligation, de non responsabilité et limitatives de responsabilité

Le principe de liberté contractuelle autorise les parties à délimiter le périmètre de leurs obligations respectives, mais aussi à déterminer les conséquences éventuelles de leur inexécution.

Il est possible à l'une des parties d'exclure totalement sa responsabilité, voire d'exclure certaines obligations de ce qu'elle doit au titre du contrat, ou simplement de réduire le montant des dommages et intérêts qu'elle devra verser à l'autre partie en cas d'inexécution.

On parle ainsi de **clause de non obligation** lorsque cette clause *décharge le débiteur d'une obligation qu'il devrait en principe supporter (par exemple parce que la loi la prévoit).*

On parle de même de **clause de non responsabilité** lorsque la clause *exclut toute responsabilité du débiteur à raison de son inexécution.*

On parle enfin de **clause limitative de responsabilité** qui est une *clause par laquelle une partie entend n'assumer la responsabilité éventuelle de l'inexécution de son obligation que dans une mesure déterminée.*

De telles clauses sont en principe parfaitement autorisées. Il est cependant possible de les remettre en cause grâce à différents mécanismes

1. Ces clauses peuvent constituer des **clauses abusives**, si elles sont conclues entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur. Dans un tel cas, la clause sera réputée non écrite.
2. Elles sont également **paralysées en cas de faute intentionnelle ou lourde**. La faute intentionnelle consiste dans la recherche volontaire de l'inexécution, tandis que la faute lourde s'entend d'une faute d'une particulière gravité.
3. Si la clause porte atteinte à une obligation essentielle, il est possible d'appliquer la jurisprudence Chronopost.
4. Il existe certaines interdictions légales (article 103 alinéa 3 du Code de commerce pour les contrats de transport terrestre de marchandise), mais seulement pour les clauses de non obligation ou de non responsabilité.
5. Enfin, certains auteurs (comme G. Viney et P. Jourdain) estiment que les clauses limitatives de responsabilité, de non obligation ou de non responsabilité ne sont pas valables lorsqu'elles sont relatives à un dommage corporel. Pourtant la jurisprudence n'a jamais posé une telle interdiction en principe, même si la loi (article 1386-15 du Code civil) et parfois le juge admettent assez facilement une telle interdiction.

Nous nous concentrerons sur la jurisprudence Chronopost et son évolution.

Avant les arrêts Chronopost

Depuis 1990, la Cour de cassation a parfois reconnu la possibilité d'un contrôle de la cause objective conduisant à l'annulation partielle du contrat, et plus précisément à la suppression d'une clause du contrat jugée sans cause.

Civ. 1^{ère}, 19 décembre 1990 : annule pour défaut de cause la clause « réclamation » insérée dans certains contrats d'assurance, qui permettait à l'assureur d'exclure sa garantie lorsque la demande de la victime est introduite après la fin de la garantie contractuellement prévue. Cette solution a désormais caduque depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 qui a validé ces clauses au sein d'un article L.124-5 du Code des assurances. A relier avec la problématique de la prise en compte de la cause lors de l'exécution du contrat.

Com 6 avril 1993 : concerne la pratique des dates de valeur, qui permet aux banques de facturer, le cas échéant des agios à un client débiteur, alors qu'il a déposé un chèque ou des espèces pour renflouer son compte. Cette pratique est désormais censurée, l'obligation de payer des intérêts étant alors dépourvue de cause.

La jurisprudence Chronopost

Com. 22 octobre 1996 Chronopost : La Cour de cassation déclare nulle pour défaut de cause une clause limitative de responsabilité stipulée dans un contrat de transport de courrier, qui prévoyait qu'en cas de non respect du délai de livraison prévue, seul le prix d'envoi serait remboursé (alors que le préjudice, résultant d'une perte de chance d'obtenir un marché, était bien plus important).

La solution s'appuie sur l'idée d'obligation fondamentale : la clause contredit l'obligation fondamentale du transporteur, et doit donc être supprimée puisqu'elle met en danger la pérennité du contrat.

Si la solution ne manque pas d'intérêt du point de vue de son opportunité, elle est techniquement défailante : on ne distingue pas la cause qui fait défaut, et en principe, l'absence de cause donne lieu à l'annulation du contrat dans son entier. En d'autres termes, la solution retenue s'appuie plutôt sur l'idée d'un principe de cohérence. D'ailleurs d'autres fondements techniques auraient pu être trouvés : faute lourde, clause pénale.

Com. 9 juillet 2002 : confirme la solution de 1996, mais la prive de toute portée pratique en reconnaissant l'application d'une clause type issue du droit commun

des transports, qui prévoit un plafond légal d'indemnisation que seule une faute lourde peut mettre en échec.

Il reste alors à se demander ce qu'est une faute lourde. A cet égard, Civ. 2^{ème}, 2 décembre 1997, *Brink's* estime que la faute lourde peut résulter de la violation d'une obligation fondamentale, par la simple stipulation d'une clause limitative de responsabilité contraire à cette obligation. En suivant ce raisonnement, on reviendrait alors à la solution de 1996, par le raisonnement suivant :

- stipulation dans le contrat de transport d'une clause limitative de responsabilité, conforme à la clause type imposée en droit des transports
- la clause ne peut donc être remise en cause par la jurisprudence de 1996, puisqu'elle est administrative, et non contractuelle d'origine, quand bien même elle viderait de son sens l'obligation fondamentale de célérité du transporteur
- Mais elle peut être paralysée par la faute lourde du transporteur.
- Cette faute lourde, selon l'arrêt de 1997, pourrait se caractériser uniquement par la violation d'une obligation fondamentale.
- Or, l'obligation de célérité est considérée en jurisprudence comme une obligation fondamentale
- Donc, il y aurait systématiquement faute lourde en cas de violation de cette obligation par le transporteur, par la simple stipulation d'une clause pourtant imposée par la loi

Mixte 22 avril 2005 : La Cour de cassation réaffirme ses différentes solutions :

1. Si il n'y a pas de clause type de limitation de responsabilité, alors Chronopost 1 s'applique (nullité de la clause pour absence de cause)
2. S'il y a une clause type, application du plafond de limitation réglementaire

La Cour précise, sur ce second point, **que la faute lourde ne peut simplement résulter de la stipulation de la clause limitative de responsabilité, mais doit s'apprécier conformément au comportement du débiteur.** En d'autres termes, la faute lourde résulte d'un comportement blâmable, non d'une stipulation contractuelle. La jurisprudence de 1997 n'est donc pas applicable au cas Chronopost.

CE 6 juillet 2005 : Le conseil d'Etat avait été saisi de la validité de la clause type réglementaire de limitation de responsabilité. Il décide qu'elle est tout à fait valable, ce qui renforce la position de la Cour de cassation

Viennent ensuite des arrêts qui confirment la position de 2005, rendus par la Chambre commerciale :

- **Com 21 février 2006** : la faute lourde doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur
- **Com 30 mai 2006** : la cour d'appel n'a pas recherché si la clause limitative de responsabilité, en l'espèce, était prévue par un contrat type. Cela signifie que, en l'absence d'un tel contrat type, la clause peut être annulée conformément à Chronopost 1 (1996)
- **Com 13 juin 2006** : reprend la solution de février = la faute lourde doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur

Mais cette jurisprudence devait connaître une nouvelle évolution qui en a perturbé la compréhension.

En effet, dans un arrêt *Faurecia* (Cass. com., 13 févr. 2007 : JurisData n° 2007-037369 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 43 ; JCP G 2007, I, 185, n° 10 et les réf.) la Cour de cassation a considéré que :

1. Maintient la référence à l'absence de cause, mais sans nuance : si la clause porte atteinte à une obligation essentielle, il y a défaut de cause (et non plus seulement lorsque la réparation est tellement faible qu'elle constitue un manquement à l'obligation. Analyse reprise par un arrêt *Extand* (Cass. com., 5 juin 2007 : JurisData n° 2007-039240 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 157)
2. Applique le régime de la faute lourde, puisque la clause serait paralysée (et non annulée). Il y a donc *a priori* une incohérence que la jurisprudence ultérieure va lever.

Un arrêt marque un pas en ce sens. En l'occurrence, une société exploitant une usine d'incinération de déchets ménagers avait conclu un contrat de fourniture d'énergie avec EDF. Suite à des coupures inopinées de courant, certains de ses équipements industriels avaient été endommagés. À la demande d'indemnisation intégrale engagée sur cette base, EDF opposait une clause limitative de réparation. La cour d'Aix en avait admis l'efficacité. La chambre commerciale l'en approuve au motif « qu'ayant relevé que la clause litigieuse limitait l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur, la cour d'appel a pu retenir que cette stipulation n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit » (**Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069** : JurisData n° 2007-042000).

Cette formule recentre le raisonnement. Là où les arrêts *Faurecia* et *Extand* commandaient d'écarter mécaniquement la clause dès que le fait générateur de responsabilité invoqué était un manquement à une obligation essentielle, cet arrêt juge qu'elle ne mérite la suppression que si sa présence dans le contrat contrarie la portée de l'engagement. Pour éclairer cette idée, il ajoute que cette contrariété dépend du point de savoir si la clause vide ou non l'obligation essentielle de « toute substance ». C'est laisser entendre que, par le plafond de dommages et intérêts qu'elle instaure, la clause peut enlever « un peu » de substance à l'obligation essentielle, voire « beaucoup », mais pas « toute ».

En définitive :

- si la clause limitative de responsabilité vide de sa substance l'obligation essentielle, elle est réputée non écrite.
- Si il y a manquement grave à une obligation essentielle, il y a faute lourde et la clause est paralysée (Com 10 mars 2009, civ. 1 29 juin 2010, doc. p. 76 et s.).

§2. Le quantum de la réparation

A. Les règles d'évaluation du préjudice contractuel

En principe, le préjudice (quelle qu'en soit la nature) est **souverainement évalué par les juges du fond** (ce qui implique un contrôle restreint de la Cour de cassation). En pratique, le juge devra évaluer, le cas échéant à l'aide d'un expert, la consistance du préjudice, en tenant compte des éléments exposés ci-dessus.

L'évaluation du préjudice contractuel est cependant soumise à une règle particulière, issue de l'article 1150 du Code civil. Cet article limite en effet le droit à réparation en matière contractuelle **au seul préjudice prévu ou prévisible**. Cette règle procède de l'idée qu'une personne ne peut vouloir s'obliger au delà de ce qui était raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat.

Cette limitation, également soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, ne joue pas en présence d'une **faute dolosive** (intentionnelle) **ou lourde** (manquement non intentionnel d'une particulière gravité).

B. La clause pénale

La **clause pénale** se définit comme *la clause par laquelle les parties fixent par avance l'évaluation ou les bases d'évaluation des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution*.

1. La notion de clause pénale

La clause pénale poursuit deux finalités :

- finalité réparatrice : elle prévoit une indemnisation forfaitaire en cas

d'inexécution

- finalité comminatoire : elle prévoit une indemnisation suffisamment importante pour inciter le débiteur à s'exécuter plutôt qu'à ne pas s'exécuter.

La difficulté dans la qualification de clause pénale réside dans l'existence de la finalité réparatrice, car on pourrait la confondre avec une clause limitative de responsabilité, qui prévoit également un certain montant pour l'indemnisation au titre de l'inexécution contractuelle.

Cette difficulté n'est pas résolue, dans la mesure où il n'est pas exigé que le montant de l'indemnisation prévu soit particulièrement élevé, même si c'est le cas en pratique. Il suffit, pour qualifier une clause de clause pénale, de constater une évaluation forfaitaire du dommage en cas d'inexécution, prévue dès la conclusion du contrat par les parties.

Il ne faut pas le confondre non plus avec le dédit : article 1590 en cas de promesse de vente avec arrhes, celui qui les a donné peut se dédire en les perdant, celui qui les a reçus en en rendant le double. Ce n'est pas une clause pénale (cf. civ. 3 15 février 2006, doc. p. 92)

2. Le régime de la clause pénale

Pour pouvoir être mise en oeuvre, le créancier qui invoque la clause pénale (qui ne s'applique pas automatiquement) doit démontrer l'inexécution (qui dépend de l'intensité de l'obligation assumée), mais n'a pas à démontrer le préjudice (Civ. 3 20 décembre 2006, doc. p. 89), qui est réputé par la seule existence de la clause.

Le créancier ne peut invoquer la clause que s'il a **mis en demeure le débiteur de s'exécuter (article 1230 du Code civil)**. Mais, à nouveau, encore faut-il que cette mise en demeure soit nécessaire. Si l'exécution ne peut plus être obtenue, la mise en demeure n'est pas nécessaire.

Si la clause pénale peut être efficace pour obtenir l'exécution du contrat, elle peut également conduire à des abus. C'est pourquoi la loi permet au juge de remettre en cause le montant prévu par la clause pénale lors de la conclusion du contrat.

Tout d'abord, une loi du 9 juillet 1975 a inséré un alinéa 2 à l'article 1152 du Code civil, **qui permet au juge de réviser le montant de la clause pénale, en cas d'inexécution totale, lorsque le montant de la clause lui apparaît manifestement excessif ou dérisoire**. Le juge peut ainsi réduire la clause jusqu'à un montant symbolique, si le préjudice est inexistant. Mais le juge ne peut aller en deçà du préjudice effectivement subi : Com. 29 janvier 1991, BC IV, n°43.

Ensuite, l'article 1231 du Code civil permet au juge de diminuer la peine prévue **en cas d'inexécution partielle du contrat, à proportion de l'intérêt retiré de l'exécution partielle du débiteur**. Il faut observer que cet article peut se combiner avec l'application de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil, avec une

réduction/majoration en cas de caractère manifestement excessif ou dérisoire de l'indemnité prévue.